

Proceso No 23734

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.215

Bogotá, D. C., primero (1º) de noviembre de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor del procesado LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual modificó parcialmente la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, en el sentido de que lo absolvió por el delito de hurto calificado y agravado y lo condenó a la pena principal de 30 años de prisión y multa de 300 salarios mínimos como coautor responsable de la conducta punible de secuestro extorsivo agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. De acuerdo con las diligencias que figuran en el expediente, el 20 de noviembre de 1999, en la zona de construcción del conjunto residencial La Valvanera del barrio Perdomo

de Bogotá, el ingeniero civil Elpidio Enciso Chavarro, de 61 años de edad, fue plagiado por cuatro personas que se lo llevaron en la camioneta de su propiedad marca Chevrolet Blazer, de placas BGA-269.

Durante el tiempo en que permaneció retenido Elpidio Enciso Chavarro, miembros de su familia adelantaron bajo la supervisión del GAULA varias negociaciones con los captores, hasta que acordaron la entrega de \$80'000.000 a favor de estos últimos, la cual se hizo efectiva la noche del 3 de octubre de 2000 en el municipio de Tocaima, donde se les informó que la víctima sería liberada durante el transcurso de la semana.

El 6 de octubre de 2000, en la vía que de Armenia conduce a Bogotá, en las afueras de Ibagué, miembros del Departamento de Policía Tolima que realizaban un retén observaron que un automóvil tipo campero marca Mitsubishi, de placas BDE-689, que iba con dirección a Ibagué, frenó de manera brusca al notar el operativo de los uniformados y se devolvió en su camino, ante lo cual decidieron darle alcance.

Los agentes encontraron al campero Mitsubishi estacionado más adelante, con las puertas abiertas y la persona que lo conducía a un lado, a la vez que observaron a tres individuos alejándose del mismo. Uno de ellos, el de mayor edad, era guiado por los otros dos, pues tenía los ojos vendados y usaba gafas oscuras. Después de escuchar explicaciones insatisfactorias sobre lo que estaba sucediendo, los uniformados decidieron trasladarlos a todos al Departamento de Policía localizado en Ibagué con el fin de verificar la autenticidad de los documentos del automotor, así como la identidad de los implicados.

Una vez en las mencionadas instalaciones, la persona que tenía vendados los ojos, cuando tuvo la certeza de que estaba seguro y al lado de agentes del orden, les informó que se trataba del secuestrado Elpidio Enciso Chavarro y que los individuos que

lo acompañaban (David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA, el conductor del vehículo) eran algunos de sus plagiarios.

2. Iniciado el proceso penal correspondiente, el organismo instructor vinculó a los capturados mediante indagatoria, les resolvió la situación jurídica y, en resolución que calificó el mérito del sumario, les formuló cargos por los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado, de conformidad con lo establecido en los artículos 169, 170 numerales 2 y 7 de la ley 599 de 2000 y 349, 350 y 351 del decreto ley 100 de 1980.

Dicha providencia fue confirmada en su integridad por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

3. Conoció en la etapa siguiente el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que dictó sentencia en contra de David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA y los condenó a la pena principal de 32 años de prisión y multa de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes como coautores responsables de los delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado y agravado, según la pena de prisión prevista en los artículos 169 y 170 numerales 2 y 7 de la ley 599 de 2000, la pena de multa establecida en el artículo 268 del Código Penal anterior y los artículos 349, 350 numeral 2 y 351 numeral 6 del decreto ley 100 de 1980.

Igualmente, los condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 10 años, al pago de daños y perjuicios derivados de la ejecución de las conductas punibles y, por último, les negó los mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

4. Apelada dicha providencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la modificó

de manera parcial, en el sentido de que absolvió a los procesados por el delito de hurto calificado y agravado y, en razón de ello, modificó la pena impuesta, reduciéndola a 30 años de prisión y multa de 300 salarios mínimos por la comisión de la conducta punible de secuestro extorsivo agravado, así como disminuyó el monto del pago por concepto de daños y perjuicios.

Adujo el Tribunal ad quem en sustento de su decisión que, si bien es cierto que los informes de los funcionarios en ejercicio de actividades de policía judicial carecen de valor probatorio alguno dentro del proceso penal, también lo es que el informe mediante el cual se dejó a disposición de la Fiscalía a los capturados en el presente caso fue determinante para efectos de orientar la investigación, en aras de establecer, mediante la práctica de los testimonios de los agentes del orden y la recaudación de otros medios probatorios, que la detención administrativa de David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA no sólo obedeció a motivos razonables, necesarios y no desproporcionados (a pesar de que para el momento de la detención la Policía no tuviese idea alguna de la conducta punible que se estaba perpetrando), sino que de dicha actuación se infiere sin lugar a dudas que las mencionadas personas participaron en el secuestro de Elpidio Enciso Chavarro.

Ejemplo de lo anterior lo ilustró el Tribunal con el hecho de que, aunque David Andrés Pohorce Miranda y Óver Clavijo Marín negaron tener cualquier tipo de relación con la persona que conducía el campero Mitsubishi, los agentes del orden afirmaron bajo la gravedad del juramento que en el interior de dicho vehículo hallaron documentos de identificación pertenecientes a uno de ellos. O con el hecho de que la Policía haya encontrado en poder de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA, tal como se deduce de los testimonios de los uniformados y del acta de incautación correspondiente, 39 billetes de \$20.000, que a la postre resultaron ser de idéntica denominación a los entregados por la familia de Elpidio Enciso Chavarro para pagar el rescate.

Adicionalmente, el ad quem recalcó que la defensa tuvo la oportunidad de ejercer durante la etapa de juzgamiento el derecho de contradicción respecto de los testimonios de los uniformados y que, en todo caso, las inconsistencias que se advierten en las narraciones de los mismos resultan intrascendentes, pues cualquier duda en cuanto al número de personas que ocupaban el automóvil o que bajaron a la víctima del vehículo, fue despejada por el relato que del día de su liberación presentó Elpidio Enciso Chavarro durante la actuación procesal.

Así mismo, precisó que el hecho destacado por la defensa de que el informe de captura haya sido suscrito por el teniente Marco Antonio Celemín Ortiz, persona que de acuerdo con las declaraciones no presencié de manera directa el inicio de los hechos, se debía a que era el comandante de la Unidad de Reacción y Control Halcón, a la que estaban adscritos los agentes que sí estuvieron al tanto de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la detención, sin que por ello se pueda poner en duda el hecho de que las personas que transportaban a Elpidio Enciso Chavarro en un vehículo automotor eran los procesados o que la actuación de los uniformados no fue realizada con la debida transparencia e integridad.

Por último, consideró que, a pesar de que estaba demostrada la participación funcional de los procesados en la conducta punible de secuestro extorsivo agravado, no sucedía otro tanto en lo que al delito contra el patrimonio económico respecta, toda vez que no existe medio de prueba alguno, ni ningún esfuerzo investigativo realizó la Fiscalía en ese sentido, que evidencie que David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín o LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA intervinieron de cualquier manera el día en que arrebataron a Elpidio Enciso Chavarro de su lugar de trabajo, que fue cuando se presentó la sustracción del vehículo de placas BGA-269, sin que tampoco se pueda inferir con certeza que el acuerdo de voluntades por parte de los procesados se remonta desde el día en que comenzó el plagio.

5. Contra el fallo de segundo grado, interpuso el defensor de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fundamentó de la forma en que a continuación se reseña.

LA DEMANDA

Bajo la formulación de un único cargo, que definió como una violación indirecta a la ley sustancial proveniente de un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba, el demandante, con el propósito de que la Corte casara la sentencia del Tribunal y dictara un fallo absolutorio de reemplazo, presentó las siguientes consideraciones:

1. Tanto el juzgado como el cuerpo colegiado tergiversaron y distorsionaron el sentido de los medios de prueba, ya que no sólo le otorgaron valor probatorio al informe policivo suscrito por el teniente Marco Antonio Celemín Ortiz, persona que no podía elaborarlo puesto que nunca presenció los hechos que allí narra, sino que además su contenido contradice la verdad de lo que aconteció, pues no es cierto que los uniformados que iban en persecución del campero Mitsubishi de placas BDE-689 jamás lo perdieron de vista, ni tampoco que en el interior de dicho vehículo encontraron documentos pertenecientes a David Andrés Pohorce Miranda y Óver Clavijo Marín. Por el contrario, su protegido se trata de una persona que, por razones del destino, estaba precisamente en el lugar de los hechos y fue víctima de un montaje urdido por los agentes del orden en aras de establecer vínculos inexistentes entre todos los capturados, así como entre éstos y la realización de la conducta punible.

Prueba de esto último radica en el hecho de que el mismo día de la captura la Policía no elaboró las correspondientes actas de incautación de elementos respecto de cada una de las personas detenidas, con las cuales hubiera podido demostrar a quién se le decomisó y qué clase de billetes conformaban el dinero supuesta-mente encontrado en

poder de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA.

En estas condiciones, el informe de policía es nulo de pleno derecho por violación al debido proceso.

2. Los operadores jurídicos dejaron de considerar varios medios de prueba que favorecían a los procesados e incluso no ordenaron la práctica de ciertas diligencias durante el desarrollo de la actuación que hubieran conducido a un fallo absolutorio, como adelantar un reconocimiento en el que la víctima del secuestro estableciera si las voces de las personas capturadas correspondían a las de sus captores, o un reconocimiento en el que la persona que pagó el rescate por la liberación de Elpidio Enciso Chavarro identificara a alguno de los procesados como el individuo al que le entregó los \$80'000.000.

3. Se aplicó erróneamente la ley al momento de dosificar la pena, en la medida en que el a quo dedujo la gravedad de la conducta punible en razón de la concurrencia de la circunstancia genérica de mayor punibilidad atinente al tiempo en el que la víctima duró secuestrada, cuando ésta también había sido reconocida como agravante específica en el fallo, con lo cual vulneró el principio de non bis in ídem.

Tampoco era viable reconocer como circunstancia específica de agravación ni como circunstancia genérica de mayor punibilidad, al contrario de lo que hizo el a quo, la relativa a que los secuestradores obtuvieron la utilidad, provecho o finalidad perseguidos, como quiera que, tal como lo adujo el Tribunal cuando absolvió por el delito de hurto calificado y agravado, no existe prueba alguna que permita concluir que los procesados participaron de alguna manera en la sustracción del vehículo de placas BGA-269, ni tampoco en el plagio de Elpidio Enciso Chavarro, ni mucho menos en su posterior cautiverio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Señaló en un principio el Procurador Delegado que, a pesar de que el demandante

formuló un cargo único en la modalidad de error de hecho por falso juicio de identidad, en el desarrollo del mismo planteó varios temas de distinta índole, con lo cual se advierte que su intención no es la de que se examine la legalidad del fallo de segundo grado en sede del recurso extraordinario, sino la de revivir el debate jurídico y probatorio ya agotado en las instancias.

2. Después de referirse a la manera como el defensor hubiera formulado correctamente cada uno de los reproches expuestos de acuerdo con la técnica de casación, estimó que, en cualquier caso, no sería posible acoger como conclusión la necesidad de proferir un fallo absolutorio, en la medida en que la valoración conjunta de los medios de prueba que hizo el Tribunal se sujetó a los parámetros de la sana crítica y desechó por completo las versiones de los procesados.

Así mismo, precisó que, si bien es cierto la Policía Nacional no es en estricto sentido policía judicial, aquélla contribuye con las funciones de ésta e incluso ostenta el deber de informar de manera veraz a las autoridades competentes de la ocurrencia de las acciones delictivas que lleguen a su conocimiento, tal como lo ha analizado la Corte en varias oportunidades.

Agregó que por la actitud sospechosa con la que se devolvió el vehículo de placas BDE-689 al advertir el retén, el posterior abandono del mismo, la forma como era guiado Elpidio Enciso Chavarro con los ojos vendados, las malas explicaciones rendidas a los agentes y la imposibilidad de que en ese momento estuviera presente un fiscal delegado, era evidente que la Policía Nacional cumplió en este caso con los deberes constitucionales de vigilancia, prevención y aseguramiento de la prueba, sin que por lo demás fuese relevante que el procesado haya participado o no en el arrebatamiento y vigilancia de la víctima.

3. Consideró, sin embargo, que le asiste cierta razón al demandante cuando se quejó del

proceso de dosificación de la pena, ya que el juez de primera instancia dedujo circunstancias genéricas de agravación punitiva señaladas en el artículo 66 del decreto ley 100 de 1980 que no habían sido imputadas jurídicamente por el organismo acusador en la resolución que calificó el mérito del sumario, por lo cual no podía moverse dentro de los denominados cuartos medios, como en efecto lo hizo, e incluso cometió un error al establecer los límites para la pena del delito de secuestro extorsivo agravado entre los 24 y los 40 años de prisión, cuando en realidad debía moverse de 24 a 42 años, esto es, partiendo de la pena prevista en el artículo 169 de la ley 599 de 2000, aumentada de una tercera parte a la mitad.

En consecuencia, pidió a la Corte que casara parcialmente el fallo con el fin de redosificar dentro del cuarto mínimo las penas de prisión y de multa impuestas a los procesados, pero respetando los extremos de 24 a 40 años de prisión erróneamente previstos por el juez, en atención al principio de prohibición de la reformatio in pejus.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sobre el cargo formulado

1.1. Cuando se alega al amparo de la causal primera de casación violación indirecta a la ley sustancial proveniente de un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba, lo que en teoría se pretende expresar es que el Tribunal, al emitir el fallo impugnado en sede de este extraordinario recurso, distorsionó o tergiversó el contenido fáctico de determinado medio de prueba, haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque realizó una lectura equivocada de su texto, o bien porque le agregó aspectos que no contiene, o bien porque omitió tener en cuenta partes importantes del mismo.

Por ejemplo, se incurre en un falso juicio de identidad si el juez afirma en la sentencia que Tiberio sostuvo en su testimonio que Cayo fue quien asesinó a Lucio, cuando de la

simple lectura de tal declaración se advierte que lo único que dijo Tiberio era que una persona, que por determinadas características morfológicas o de cualquier otra índole le pareció que se trataba de Cayo, fue la que atacó a Lucio. En este caso, al confrontar el contenido literal de la declaración con la manera como fue tratada por el funcionario judicial en la sentencia, se desprende que este último distorsionó la genuina expresión fáctica del elemento probatorio.

Sin embargo, en casación no basta con que el demandante aluda a la existencia de una distorsión o tergiversación de semejante índole, sino además resulta indispensable para efectos de la prosperidad del recurso demostrar la trascendencia del equívoco, por lo que éste debe ser confrontado con las restantes premisas mediante las cuales el juez construyó el fallo impugnado, en aras de establecer una violación de la ley sustancial, ya sea por ausencia de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

1.2. En el presente asunto, el defensor de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA, a pesar de que formuló como cargo un falso juicio de identidad, cuestionó por diferentes vías, tal como lo destacó el Procurador, la conclusión a la que llegaron las instancias en virtud de la valoración en conjunto de la prueba, por no corresponder con su particular visión de lo ocurrido el día en que se detuvo a su protegido y a los otros dos procesados.

En otras palabras, el demandante en ningún momento confrontó el contenido literal de medio de prueba alguno con lo que el Tribunal haya sostenido en la fundamentación del fallo de condena con el fin de demostrar, por ejemplo, que le dio un alcance que en realidad no expresa, bien sea porque lo leyó de manera incorrecta o porque cercenó o adicionó apartes que tienen incidencia en el sentido de la decisión.

Lo que se advierte, en cambio, es que el defensor se refirió dentro del mismo cargo, en forma desordenada e incoherente, a otros errores de hecho distintos al falso juicio de identidad. Por ejemplo, en determinado momento del escrito, el defensor hizo alusión, sin

formularlo, a un falso juicio de existencia cuando aseveró que el Tribunal dejó de considerar varios medios de prueba que conducirían a la absolución de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA; y, en otro apartado, quiso proponer la existencia de un falso juicio de legalidad cuando sostuvo que el ad quem le otorgó mérito probatorio a un informe de policía que, como tal, carece de valor alguno en ese sentido.

Incluso el demandante llegó a referirse dentro del desarrollo del cargo a una violación del debido proceso por desconocimiento del principio de investigación integral, al no haberse practicado ciertos medios de prueba que en su opinión favorecerían la situación de su protegido, vulneración que debía ser formulada al amparo de la causal tercera de casación en tanto implica que la sentencia habría sido dictada en un juicio viciado de nulidad.

En cualquier caso, sin embargo, estos planteamientos resultan inocuos, pues el demandante jamás demostró la existencia de yerro fáctico o irregularidad alguna ni tampoco su trascendencia respecto de las conclusiones a las que llegó el ad quem en el fallo, por lo que, en últimas, su escrito es tan solo un alegato en el que se queja de que los sentenciadores no adoptaron la decisión que le hubiera gustado a él, y no un cuestionamiento debidamente formulado y desarrollado acerca de la correspondencia con el ordenamiento jurídico del fallo de segunda instancia, sobre el cual recae una doble presunción de acierto y legalidad.

1.3. Las anteriores anomalías, que de por sí resultan suficientes para desestimar por infundado el recurso interpuesto, se agravan aún más cuando se advierte con el análisis de las piezas que obran en el expediente que el demandante partió para efectos de su argumentación de afirmaciones que riñen con la realidad del proceso.

Al respecto, no es cierto que el Tribunal Superior de Bogotá le haya otorgado mérito probatorio alguno al informe de policía de fecha 6 de octubre de 2000 suscrito por el

teniente Marco Antonio Celemín Ortiz¹, en aras de confirmar la condena que por el delito de secuestro extorsivo agravado se profirió en contra de los procesados.

Por el contrario, lo que afirmó el ad quem en este sentido no sólo se ajusta a lo que una pacífica y reiterada línea jurisprudencial de la Sala ha señalado respecto de la ausencia de valor probatorio de los informes que se realizan en ejercicio de actividades de policía judicial y de su calidad como criterios orientadores de la investigación², sino que además respondió de manera correcta el alegato en su momento expuesto por el demandante y reiterado en la solicitud de casación, acerca de que la persona que suscribió el informe no presencié directamente los hechos, al sustentar la irrelevancia de tal situación frente al valor de las declaraciones de los agentes que sí intervinieron en la captura.

Tampoco es cierto que el Tribunal extrajo del informe policivo el hecho de que en el vehículo marca Mitsubishi de placas BDE-689 se encontraron documentos pertenecientes a uno de los procesados que acompañaban a la víctima cuando la Policía hizo su aparición, pues en la providencia de segunda instancia se observa que el ad quem lo tomó de la primera declaración que bajo la gravedad del juramento presentó el cabo primero Benavides Cardozo el 7 de octubre de 20003, en la que señaló que encontró documentos pertenecientes a David Andrés Pohorce Miranda en la parte trasera del campero (“[e]n el aciento [sic] de atrás del vehículo en mención encontré una cartera o papelera de color negro, de cuero, marca Russley, la cual procedí a registrar para ver a quién pertenecía, observando que los documentos que había en el interior de esa papelera o cartera correspondían al señor David Andrés Pohorce Miranda”⁴).

1.4. Aunado a lo anterior, la Sala advierte que, si en últimas lo que el demandante pretendía era demostrar, o siquiera plantear la razonable posibilidad, de que LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA fue una persona completamente ajena a los hechos, o que incluso fue víctima de una conspiración por parte de los agentes del orden que se

empecinaron por incriminarlo injusta-mente del secuestro, fracasó de manera rotunda en cualquiera de esos sentidos, pues ni siquiera se molestó por confrontar sus hipótesis con los contundentes argumentos que el Tribunal esgrimió en aras de desechar la versión de los hechos suministrada por el procesado.

En efecto, si lo que en realidad pasó era que los miembros de la Policía Nacional que estaban adelantando el retén emprendieron la persecución de un campero Mitsubishi de color rojo que frenó intempestivamente y dio marcha atrás, de suerte que varios metros más adelante se detuvieron ante un vehículo distinto pero de similares características conducido por el desprevenido LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA, la Sala no comprende por qué razón encontraron justo en las proximidades del mencionado automotor, con los ojos vendados y en compañía de otros dos individuos, a Elpidio Enciso Chavarro, quien hasta ese momento había sido víctima de un secuestro que duró más de diez meses y que en declaración de fecha 10 de octubre de 20005 afirmó que el día en que lo iban a liberar fue transportado en un automóvil cuyo conductor dio un giro brusco después de anunciar la presencia de un retén, por lo que luego fue bajado del mismo y llevado a pie por otras dos personas antes de que fueran detenidos por los agentes (“[y]o estaba vendado y con las gafas. Al subir al jeep [...] continuamos el camino por la misma carretera y trocha hasta salir a una carretera con pavimento [...], luego, a unos 15 ó 20 minutos oigo que el chofer dice: ‘hay [sic], hijueputa, un retén’, da un cabrillaso [sic] para la izquierda para devolverse y camina muy poco y me bajan dos personas del carro [...] empezamos a caminar para pasar el retén a pie [...] oigo una voz que grita: ‘esos tres, tráigamelos’”6).

Y si además era cierto que LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA estaba conduciendo el vehículo solo y que antes de su captura no tenía conocimiento alguno de la existencia de David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y el ingeniero Elpidio Enciso Chavarro, ni mucho menos de la conducta punible que se estaba cometiendo en contra de este último⁷, tampoco se entienden las razones por las cuales el cabo primero

Benavides Cardozo encontró documentos pertenecientes a David Andrés Pohorce Miranda dentro del vehículo de placas BDE-689, tal como se adujo en precedencia, ni los motivos por los que la Policía encontró en poder del procesado la suma de \$795.000 repartidos, en su mayoría, en billetes de \$20.000 cada uno⁸, que resultaron ser de idéntica denominación a la de los que hicieron parte de los \$80'000.000 entregados por los familiares de la víctima para obtener su liberación⁹.

Y, finalmente, si todo obedeció a una compleja maquinación por parte de los agentes del orden adscritos al Departamento de Policía Tolima, resulta contrario a la lógica y al sentido común que hayan actuado de esa manera, pues, como bien se adujo en la sentencia proferida por el Tribunal, al momento de la detención ni siquiera sabían que se encontraban ante la perpetración de un delito de secuestro extorsivo que estaba bajo seguimiento exclusivo del GAULA Bogotá; e incluso resulta físicamente imposible que hayan pretendido incriminar al procesado cambiándole un dinero (que él mismo admitió tener en su poder¹⁰) por el que había sido entregado días atrás a cambio de obtener la liberación de Elpidio Enciso Chavarro.

De ahí que la ausencia de la práctica de los medios de prueba que extraña el demandante es intrascendente para efectos de cuestionar la legalidad de la decisión impugnada, toda vez que no se observa, ni tampoco se argumentó, de qué manera habría incidido en la conclusión del ad quem la realización de actas individuales de incautación de elementos, o de un reconocimiento de voces por parte del secuestrado, o de un reconocimiento de personas por parte de quien entregó la suma del rescate.

Obsérvese sobre este último aspecto que, tal como lo precisó el Procurador Delegado, la única acción que en el plano probatorio se discutió durante el proceso era si los sindicados habían intervenido en la conducta punible de la que fue víctima Elpidio Enciso Chavarro transportándolo desde el sitio de su cautiverio hasta donde fueron descubiertos por la Policía, y de ninguna manera si estas personas tuvieron o no cualquier

otro tipo de participación o de división funcional de tareas en el secuestro.

2. Sobre los reclamos del demandante acerca de la individualización de la pena

2.1. En lo que a estos aspectos concierne, que por lo demás fueron incluidos en forma tan incoherente como desacertada dentro del desarrollo del cargo formulado por falso juicio de identidad, la Sala considera oportuno precisar, en primer lugar, que no es cierto que se presenta una vulneración al principio de non bis in ídem si se reconocen al mismo tiempo, como lo hizo la funcionaria de primera instancia, la circunstancia específica de agravación punitiva prevista en el numeral 2 del artículo 170 de la ley 599 de 2000 (sin las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la ley 733 de 2002) y la circunstancia genérica de agravación establecida en el numeral 3 del artículo 66 del decreto ley 100 de 1980, que dicen:

“Artículo 170 [ley 599 de 2000]-. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

“[...] 2-. La privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince (15) días”.

“Artículo 66 [decreto ley 100 de 1980]-. Agravación punitiva. Son circunstancias que agravan la pena, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

“[...] 3-. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal y bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente”.

En un Derecho Penal orientado hacia la protección de bienes jurídicos como sin lugar a dudas lo es el colombiano, la naturaleza graduable del injusto se refleja no sólo en las

distintas consecuencias punitivas previstas para cada una de las modalidades de la conducta punible y algunas formas de participación (delito consumado y tentado; delito doloso y culposo; autor, cómplice y sujeto activo no calificado), sino además en el reproche que, en virtud de la mayor o menor afectación al bien jurídico que se pretende amparar, debe ser valorado por el juez como criterio para fundamentar la pena en cada situación en particular. La Corte, al respecto, ha señalado lo siguiente:

“[...] aparejada a la libertad de configuración de que dispone el legislador para señalarle a las diversas especies de delitos diferentes consecuencias punitivas de acuerdo, entre otras razones, con la naturaleza del bien jurídicamente protegido, está la facultad que le confiere al juzgador para que en cada caso valore las circunstancias concretas que rodean el hecho específico, atendiendo por ejemplo a la intensidad del injusto, que bien puede medirse por los efectos nocivos de la conducta que se reprime. En este sentido, como lo dijera la Corte en sentencia del 18 de febrero de 1958, ‘[d]os hechos tipificados en la misma disposición penal pueden acarrear pena diferente a sus autores, según las modalidades de cada uno. Así, las lesiones que ocasionan desfiguración facial acarrear pena de uno a seis años de prisión. Pero como la manera de manifestarse la actividad delictuosa en estos casos no es siempre igual, es razonable y justo sancionar más severamente, dentro de los límites legales, a quien ha desfigurado totalmente el rostro de una persona, que a quien sólo le ha dejado una cicatriz que afea el semblante. De la misma manera en el peculado, no habría razón justa para sancionar con la misma pena a quien se ha apropiado poco más de tres mil pesos que a quien ha tomado cien mil, aunque para ambos casos la disposición aplicable sea la misma’”¹¹.

En este orden de ideas, una privación al derecho de libertad con fines de extorsión que, por ejemplo, haya durado 24 días constituye sin lugar a dudas un delito de secuestro extorsivo agravado, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 170 de la ley 599 de 2000 (actual numeral 3 del artículo 170 del Código Penal), al igual que lo

sería un secuestro que haya durado 24 meses, pero esto no significa que tanto el uno como el otro deban tener idénticas o similares consecuencias punitivas para los penalmente responsables, toda vez que refulge una mayor afectación al bien jurídico, y por lo tanto un mayor grado de reproche, en el evento en el que la lesión al derecho de libertad supera el límite establecido por el legislador en meses o incluso años y no tan solo en unos cuantos días, como sucede en los ejemplos planteados.

Por lo tanto, la exagerada prolongación o no del proceso consumativo de una conducta punible de ejecución permanente como la de secuestro extorsivo no sólo es un factor que incide en aras de determinar la gravedad de la misma, sino que por lo demás no representa vulneración alguna al principio de non bis in ídem, ni a cualquier otra garantía fundamental, si en un caso en el que el secuestro supera con creces el límite de los 15 días se reconoce, aunada a la agravante específica, la circunstancia genérica de agravación de que trata el numeral 3 del artículo 66 del anterior Código Penal, de conformidad con el sistema de dosificación previsto para dicho ordenamiento.

2.2. En segundo lugar, tampoco es cierto que, de acuerdo con los hechos imputados y demostrados en el proceso, no se puede configurar la agravante relativa a la obtención del provecho o utilidad perseguidos por los secuestradores en este caso, pues, como se analizó en precedencia, LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA tenía en su poder parte de la suma de dinero que fue entregada para conseguir la liberación de la víctima y, por lo tanto, no hay duda de que les resulta atribuible a los procesados, tanto desde el punto de vista objetivo como del subjetivo, la circunstancia de agravación en comento.

En consecuencia, los supuestos errores en el proceso de individualización de la pena aducidos por el defensor no son tales, sin perjuicio del que en efecto se reconocerá en el siguiente apartado, cuando la Corte se pronuncie acerca de la solicitud de casación parcial presentada por el representante de la Procuraduría General de la Nación.

La Sala, teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, no casará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en razón de los cargos formulados por el demandante.

3. Sobre la solicitud del Ministerio Público

3.1. El principio de congruencia entre acusación y sentencia, que se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 29, 235 numeral 4, 250 y 251 de la Carta Política, es aquel que predica una adecuada correlación entre la conducta punible por la cual se acusa y la decisión definitiva adoptada.

Con la entrada en vigencia de ley 600 de 2000, el legislador adoptó un régimen de congruencia que, en lo esencial, tiende al denominado sistema naturalista, que fundamenta la correlación entre la acusación y la sentencia en el hecho histórico investigado, por lo que el juez jamás podrá sustentar un fallo de condena en el evento de que incluya acciones, comportamientos o circunstancias que, aunque probadas dentro del proceso, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica contenida en la calificación del mérito del sumario.

En relación con la imputación jurídica en la providencia acusatoria, ésta puede ser modificada durante la etapa de juzgamiento, incluso agravando la situación del procesado, siempre y cuando en este último caso se haya aplicado la figura de que trata el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, en los eventos en los cuales por una u otra razón se ha dejado de dar trámite a este mecanismo, el juez no puede disponer que se retrotraiga la actuación si, al momento de proferir el fallo, encuentra que hubo un error en la adecuación típica cuya variación afectaría los intereses del procesado, de suerte que tendrá que dictar sentencia según la imputación fáctica formulada, pero respetando como límite la imputación jurídica señalada en la providencia acusatoria. Lo anterior, no sólo en

atención del principio de preclusión de los actos procesales, sino también con base en el principio de imparcialidad del funcionario judicial¹².

En este orden de ideas, cuando el juez evidencia que no aparecen consignadas en la providencia acusatoria o en su equivalente, de una manera clara e inequívoca desde el punto de vista jurídico, cualquier conducta o circunstancia específica o genérica de agravación de la misma, y en general cualquier clase de adecuación típica que genere un incremento de la punibilidad o que vaya en detrimento de los derechos del procesado, no podrá deducirlas en la sentencia únicamente con base en los hechos imputados y demostrados que fueron objeto de acusación, pues de lo contrario vulneraría el principio de congruencia.

3.2. En el asunto que concita el interés de la Sala, le asiste parcialmente la razón al Procurador Delegado cuando adujo que la juez de primera instancia, al momento de dosificar la sanción punitiva por el delito de secuestro extorsivo agravado, violó el principio de congruencia al haber reconocido circunstancias genéricas de agravación punitiva que no fueron imputadas jurídicamente en la resolución acusatoria.

Sin embargo, el representante del Ministerio Público también consideró como error en la determinación de los extremos punitivos uno que no era tal, pues la juez a quo acertó en este caso al escoger una pena para el delito de secuestro extorsivo agravado que oscila entre 24 y 40 años de prisión.

En efecto, la pena de 18 a 28 años de prisión y multa de 2.000 a 4.000 salarios mínimos prevista en el artículo 169 de la ley 599 de 2000 para el delito de secuestro extorsivo entró a regir en nuestro ordenamiento jurídico el 25 de julio de 2001 y ha sido modificada por el artículo 2 de la ley 733 de 29 de enero 2002, que la incrementó en prisión de 20 a 28 años y multa de 5.000 a 50.000 salarios mínimos, y más recientemente por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, que la aumentó en la tercera

parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, para un total de 26 años y 8 meses a 42 años de prisión y multa de 6.666,66 a 75.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con anterioridad al 25 de julio de 2001, la norma vigente era el artículo 268 del decreto ley 100 de 1980, modificado por el artículo 1 de la ley 40 de 1993, que establecía una pena principal de 25 a 40 años de prisión y multa de 100 a 500 salarios mínimos legales.

A su vez, la pena de 25 a 40 años para el delito de secuestro extorsivo del artículo 268 del decreto ley 100 de 1980 se incrementaba de 8 a 20 años de prisión en razón de las circunstancias de agravación previstas en el artículo 270 ibídem, para una pena total que oscilaba entre 33 y 60 años de prisión.

En vigencia del artículo 169 de la ley 599 de 2000, la pena de 18 a 28 años para el delito de secuestro extorsivo se aumentaba de una tercera parte a la mitad por las circunstancias de agravación contempladas en el artículo 170 del mismo ordenamiento, en una pena que quedaría de 24 a 42 años, si no fuera porque el numeral 1 del artículo 37 del Código Penal establece como límite una sanción máxima de 40 años de prisión.

Posteriormente, con la entrada en rigor de la ley 733 de 2002, la pena para el delito de secuestro extorsivo agravado, como si se tratase de un tipo con sanción autónoma (tal como lo es el secuestro extorsivo respecto del secuestro simple), quedó fijada entre 28 y 40 años de prisión y multa de 5.000 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, la ley 890 de 2004 incrementó la duración máxima de la pena de prisión en 50 años (salvo en los casos de concurso en los que el límite asciende a 60 años), así como todos los tipos penales contenidos en la parte especial del ordenamiento sustantivo en una tercera parte del mínimo y en la mitad del máximo.

En este orden de ideas, la pena para los delitos de secuestro extorsivo agravado que se regían bajo la leyes 599 y 600 de 2000 antes de la entrada en vigencia de la ley 733 de 2002 oscila de 24 a 40 años de prisión, en armonía con lo previsto en los artículos 37, 169 y 170 de la ley 599 de 2000.

Por lo tanto, cuando el Procurador Delegado sostuvo que la juez a quo cometió una equivocación al fijar el límite máximo punitivo por el delito de secuestro extorsivo agravado en 40 años de prisión, en lugar de 42 años, quien en realidad incurrió en error fue él, pues la sanción punitiva para la conducta punible cometida por David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA en este caso (que se prolongó desde el 20 de noviembre de 1999 hasta el 6 de octubre de 2000) era, en aplicación del principio de la ley penal más favorable, la establecida en los artículos 169 y 170 de la ley 599 de 2000, en armonía con el límite máximo señalado en el numeral 1 del artículo 37 ibídem, sin las modificaciones posteriores introducidas por la ley 733 de 2002 y la ley 890 de 2004.

3.3. Ahora bien, lo cierto es que, en este caso, la Fiscalía General de la Nación no imputó clara ni inequívocamente, desde un punto de vista jurídico, circunstancia genérica de agravación alguna en la resolución de primera instancia que calificó el mérito del sumario¹³, ni tampoco en la providencia de segunda instancia¹⁴, que a su vez tenía que estar ceñida al principio de limitación¹⁵.

Por lo anterior, y al no haber adelantado la diligencia de variación de la calificación jurídica contemplada en el artículo 404 de la ley 600 de 2000, la funcionaria de primera instancia no podía reconocer en el fallo, a pesar de que estuviesen imputadas desde el punto de vista fáctico y las considerase suficientemente demostradas en la actuación, las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 3 y 7 del artículo 66 del Código Penal anterior.

De ahí que el ámbito de movilidad no podía oscilar entre los llamados cuartos medios, sino que debía estar circunscrito al denominado cuarto mínimo, que en una pena que va de 24 a 40 años de prisión corresponde a uno que se mueve entre los 24 y los 28 años de prisión.

En consecuencia, como el Tribunal Superior de Bogotá al momento de proferir el fallo de segunda instancia no reparó en esta irregularidad, la Sala casará de manera oficiosa y parcial la providencia en mención y, por lo tanto, modificará la pena para el delito de secuestro extorsivo agravado respetando en forma proporcional el criterio que tuvo el juzgador para individualizar. Es decir, si en un ámbito previsto para los cuartos medios, que oscilaba de los 28 años y un día a los 36 años de prisión fijó una pena de 30 años de prisión, en un ámbito que se mueve entre los 24 y los 28 años, la pena quedará fijada en 25 años de prisión en contra no sólo de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA, sino de los procesados David Andrés Pohorce Miranda y Óver Clavijo Marín, en virtud del principio de aplicación extensiva de la casación dispuesto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

3.4. En lo que respecta a la pena de multa, si bien es cierto que la juez acertó en escoger los límites de 100 a 500 salarios mínimos previstos en el artículo 268 del decreto ley 100 de 1980, en aplicación de la ley penal más favorable, también lo es que se equivocó al individualizar la misma mediante el sistema de cuartos previsto en la ley 599 de 2000, pues ésta se determina de conformidad con lo señalado en el inciso 2º del artículo 46 del decreto ley 100 de 1980, o bien en el numeral 3 del artículo 39 del actual Código Penal, que establecen entre otros factores de análisis la situación económica de los procesados y las demás circunstancias que indiquen su posibilidades de pagar.

En el presente asunto, como el juzgado de primera instancia no presentó una motivación para fijar la pena de multa distinta a la aplicación del sistema de cuartos y a las funciones que debe cumplir la pena privativa de la libertad en el caso concreto¹⁶, y

teniendo en cuenta además que los procesados manifestaron en las respectivas diligencias de indagatoria dedicarse a actividades económicas más bien precarias¹⁷, la casación oficiosa y parcial de la Sala también incluirá la modificación a la pena de multa impuesta, la cual será reducida al mínimo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA.

En todo lo demás, el fallo impugnado permanecerá incólume.

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

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo en razón de los cargos formulados por el defensor de LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA.
2. CASAR de oficio y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de modificar la pena privativa de la libertad de treinta (30) años de prisión y multa de trescientos (300) salarios mínimos impuesta a los procesados David Andrés Pohorce Miranda, Óver Clavijo Marín y LUIS EDUARDO SALAZAR QUINTANA y, en su lugar, reducírsela a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión y multa de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en contra de cada uno de los procesados.
3. PRECISAR que, en todo lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
R. GONZÁLEZ DE L.

MARÍA DEL

Impedido

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SOCHA SALAMANCA

JULIO ENRIQUE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 101-102 del cuaderno original I de la actuación principal

2 Cf., entre otras, sentencias de 27 de marzo de 2003, radicación 17247; 4 de febrero de 2004, radicación 13362; 13 de octubre de 2004, radicación 22262; y 7 de septiembre de 2006, radicación 22512.

3 Folios 126-129 del cuaderno original I de la actuación principal

4 Folio 127 ibídem

5 Folios 154-161 ibídem

6 Folio 159 ibídem

7 Folio 201 ibídem

8 Folios 107-110 ibídem

9 Folios 148-149 ibídem

10 Folio 199 ibídem

11 Sentencia de 4 de abril de 2002, radicación 11940, citando a la Gaceta judicial, Tomo LXXXVII, pág. 218.

12 Cf. sentencia de 20 de marzo de 2003, radicación 19960.

13 Folios 41-67 del cuaderno original IV de la actuación principal

14 Folios 41-52 del cuaderno original de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal

15 Cf. sentencia de 8 de julio de 2004, radicación 15001

16 Folios 121-125 del cuaderno original IV de la actuación principal

17 Folios 183, 191 y 197 del cuaderno original I de la actuación principal