

Proceso No 26087

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 28.

Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil siete (2007).

VISTOS

Resuelve de fondo la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de abril de 2006, mediante la cual revocó parcialmente la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, por cuyo medio los condenó como coautores penalmente responsables del concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado, hurto calificado agravado y concierto para delinquir agravado.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El día 5 de abril de 2005, tres ciudadanos que se identificaron como miembros de la Policía Nacional, pertenecientes a la SIJIN, se presentaron en el establecimiento de comercio de propiedad de José Camilo Orjuela Cárdenas, ubicado al sur de esta ciudad, manifestándole tener información según la cual se dedicaba a la venta de materiales

de construcción de procedencia ilícita, lo que podían demostrar mediante un video que tenían en su poder. A continuación, agregaron que para no involucrarlo en un proceso judicial estaban dispuestos a recibir alguna suma de dinero.

Luego procedieron a registrar el inmueble, hallando un arma de fuego sin salvoconducto, motivo por el cual exigieron al comerciante la suma de diez millones de pesos, que luego rebajaron a cinco, también con amenaza de judicializarlo si a ello no procedía.

Posteriormente, todos abordaron una camioneta, en la cual recorrieron varios sectores de la ciudad, mientras concretaban su exigencia. El recorrido en el automotor se prolongó hasta cuando Orjuela Cárdenas entregó a los sujetos la suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000) y la referida arma de fuego.

Hacia las 7 de la mañana del día siguiente, tres personas que dijeron pertenecer al CTI de la Fiscalía General de la Nación, irrumpieron violentamente en la residencia de Orjuela Cárdenas, situada en la carrera 42 No. 72 A-04 sur de esta misma ciudad, en momentos en que éste no se encontraba, pero sí su cónyuge Nancy Cristina Barrera Rojas, quien regresaba de dejar a su hija en el colegio ubicado a pocas cuadras de allí. Los individuos preguntaron insistentemente por la menor pero, al no encontrarla, arremetieron contra la mujer, a quien amordazaron y golpearon, luego de lo cual la accedieron carnalmente, al tiempo que le manifestaban que tal comportamiento lo desarrollaban en represalia por la actitud que asumió su cónyuge el día anterior al negarse a entregar la suma de dinero que le era exigida. Finalmente, se apoderaron de algunos electrodomésticos y elementos de valor cuantificados en suma aproximada a los diez millones de pesos (\$ 10.000.000).

El comerciante formuló denuncia penal en contra de los hoy procesados LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO, a quienes señaló como integrantes del grupo que lo amedrentó el primero de los días aludidos. Con fundamento en esta notitia criminis, la Fiscalía solicitó de un Juzgado de Control de

Garantías la expedición de orden de captura en su contra.

Efectuada ésta, durante audiencia preliminar realizada ante el Juzgado 22 Penal Municipal con similares funciones, el ente fiscal formuló imputación en contra de los antes nombrados por la presunta comisión de los delitos de concusión, hurto calificado agravado, acceso carnal violento y concierto para delinquir, delitos por los cuales se los afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Posteriormente, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de los inculcados, a través del cual efectuó la siguiente imputación fáctica: “una organización delictiva integrada por, por lo menos, dos policías de la SIJIN de Bogotá, LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO, incurrieron (sic) el 5 de abril de 2005 al establecimiento comercial de propiedad de Camilo Orjuela para constreñirlo a entregar una suma de dinero, a cambio de que no fuera llevado retenido, supuestamente por poseer arma de fuego sin el correspondiente salvoconducto.

Desplegaron ilícitas inspecciones y registros abusivos para finalmente quitarle \$ 80.000 a la víctima. Al día siguiente, 6 de abril de 2005, irrumpen en su residencia, hurtan electrodomésticos y otros objetos y acceden carnalmente a la señora NANCY CRISTINA BARRERA ROJAS, esposa de Camilo Orjuela”.

Ni a través del anterior escrito, como tampoco durante la audiencia de formulación de la acusación, el ente fiscal incluyó imputación jurídica alguna.

Posteriormente, en los alegatos de apertura del juicio oral la Fiscalía presentó un relato detallado y extenso de los hechos en similares términos a los de la acusación, sin embargo, agregó que el comerciante Orjuela Cárdenas fue obligado a abordar la camioneta en la que se desplazaban los acusados con quienes recorrió varios sectores de la ciudad. También relacionó los medios demostrativos para ser practicados durante el

debate público para anunciar, seguidamente, que su pretensión era la de demostrar que los procesados (i) coartaron la libertad de un individuo, (ii) afectaron la libertad sexual de una mujer, (iii) vulneraron el bien jurídico del patrimonio económico, y (iv) se concertaron además para delinquir.

Concluida la fase probatoria del juicio oral, el fiscal delegado solicitó a través de los alegatos conclusivos la condena de los acusados por los delitos de (i) concierto para delinquir agravado (artículo 340 y 342, numeral 5), (ii) tortura agravada (artículo 178 y 179, numerales 2, 5 y 6), (iii) secuestro extorsivo agravado (artículo 168, 169 y 170, numerales 2 y 5); (iv) hurto calificado agravado (artículos 240 y 241); y (v) acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211, numeral 1).

El 4 de diciembre de 2005 el juzgado de conocimiento profirió sentencia de primera instancia, por cuyo medio condenó a los acusados como autores penalmente responsables de las conductas punibles de secuestro extorsivo agravado, concierto para delinquir agravado y hurto calificado agravado a las penas principales de seiscientos treinta y seis (636) meses de prisión y multa por valor de 23.750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años, al tiempo que los absolvió de los cargos por los delitos de tortura y acceso carnal violento. En la misma decisión les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Contra la anterior determinación, interpuso recurso de apelación el defensor común de los procesados, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de abril del año inmediatamente anterior, en el sentido de revocar la condena por el delito de hurto calificado agravado y, en su lugar, absolver de los cargos por tal infracción. Adicionalmente, modificó el fallo de responsabilidad en contra de los procesados en relación con el delito de secuestro extorsivo, para “en su lugar condenarlos por el delito

de concusión en concurso con el de concierto para delinquir". Como consecuencia de esa determinación, redujo la pena principal a quince (15) años y un (1) mes de prisión y la pecuniaria a 87.15 salarios mínimos legales mensuales vigentes e impuso como principal la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 7.95 años, decisión que ahora es recurrida en casación, exclusivamente por el defensor de los procesados.

La impugnación extraordinaria se sustentó mediante demanda oportunamente allegada, la cual fue admitida el 22 de septiembre del año inmediatamente anterior.

LA DEMANDA

El defensor conjunto de los procesados LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO formula tres cargos contra el fallo de segunda instancia del Tribunal. El primero de ellos con fundamento en la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 por desconocimiento del debido proceso y, los dos restantes con apoyo en la primera de las causales, por violación directa de la ley sustancial. Las censuras propuestas son del siguiente tenor:

1. Primer cargo. Causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Desconocimiento del debido proceso:

Comienza por indicar el casacionista que, de conformidad con pacífica y reiterada jurisprudencia y doctrina, cuando el juzgador profiere un fallo desatendiendo los parámetros de la acusación, desconoce las reglas fundamentales del debido proceso, por afectación de su estructura básica, tal como ocurrió en el asunto sometido a consideración puesto que, a través del fallo proferido por el Tribunal, no se respetó la congruencia que debe existir entre la sentencia y los cargos formulados.

Lo anterior produjo, a su juicio, una “actividad contraria a derecho que conllevó a actualizar los supuestos de violación de derechos o garantías fundamentales” de sus representados “en el ámbito específico del debido proceso y derecho de defensa”, originando “una sentencia viciada de nulidad por afectación de la estructura básica del proceso penal”.

Destaca el impugnante que a su defendido se le conculcó el derecho de defensa, porque no se garantizó en su favor el ejercicio de contradicción, en la medida en que no conoció de la imputación con sustento en la cual resultaron condenados sus defendidos, situación que los privó no sólo de expresar sus opiniones en torno a ella sino también de presentar ante el juez los elementos fácticos y jurídicos que dan sustento a sus razones, con la consecuente mengua de su capacidad de postulación para oponerse a la pretensión punitiva del Estado.

Sostiene que, como lo ha reconocido la Sala, en el principio de congruencia se encuentra inmersa la garantía del derecho de defensa y la condición de regla estructural del proceso, principio que aquí resultó quebrantado en tanto la representante del ente fiscal, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 250 Superior, acusó a los presuntos infractores ante el juez de conocimiento, con desconocimiento del ordenamiento penal, por los delitos de secuestro extorsivo (artículos 168, 169 y 170, numerales 2 y 5 del Código Penal), concierto para delinquir agravado (artículos 340 y 342 ibídem), hurto calificado agravado (artículo 240, num. 1° e inc. 2° y artículo 241 del mismo estatuto), acceso carnal violento (arts. 205 y 211, num. 1° ibídem) y tortura (arts. 178 y 179, numerales 2, 5 y 6 ejusdem).

No obstante lo anterior, añade, el juez colegiado “teniendo como base conceptual que la actuación estaba enmarcada en el proceso ordinario en el que la acusación goza de cierta permisibilidad, exigiéndose normativamente tan sólo que en el escrito de acusación

se consignen los hechos jurídicamente relevantes” consideró que debía tener mayor alcance la axiología de los principios y valores constitucionales cuyo objetivo irradia el proceso en busca de justicia material, que otorga al funcionario judicial atribución para modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio inicio al proceso, siempre y cuando se preserve el denominado por la Sala “núcleo básico de la conducta imputada”. En ese orden de ideas, agrega, como quiera que el delito de concusión se imputó a los procesados desde un comienzo, esto es, desde la audiencia realizada ante el juez de control de garantías, sin importar que hubiera sido o no modificado hasta el final de la audiencia del juicio oral como secuestro extorsivo, el ad quem profirió fallo de condena por el primero de los delitos mencionados.

En sentir del casacionista si bien el sistema procesal se inclina por una imputación fáctica, ello no puede significar que desaparezca “el claro y perentorio mandato contenido en el artículo 448” de la Ley 906 de 2004, según el cual “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, último condicionamiento que no respetó el Tribunal, con evidente afectación de la estructura del proceso penal que tiene rango constitucional, de acuerdo con los artículos 29 y 250 numeral 4° de la Carta Política.

La modificación del Tribunal, luego de abrogarse la potestad de dictar sentencia en relación con delitos que el órgano constitucional y legalmente facultado para ello no solicitó, señala el libelista, “desnaturaliza el poder de acusación que no obstante las reformas aun se mantiene en cabeza de la Fiscalía, deviniendo como consecuencia lógica y jurídica que se conculquen las bases fundamentales del juicio, como lo son el debido proceso y derecho de defensa”.

Advierte que, según lo ha precisado la Sala, el principio de lealtad se materializa a

través del de congruencia, lo cual implica que es de la esencia del debido proceso y, por esa razón, “bajo ninguna consideración pueden hacerse en la sentencia, menos en forma por demás caprichosa, cambios de última hora sin que haya existido acto procesal previo y expreso por parte del funcionario competente para elevar la acusación”.

Esa actitud, recalca, vulnera los derechos de legalidad, contradicción y defensa, pues al acusado se lo condena por un hecho punible que no ha tenido oportunidad de rebatir plenamente, pues se ve sorprendido con una modificación introducida directamente por el fallador de segundo grado.

Recalca, además, que la función acusadora de la Fiscalía no se agota con el escrito de acusación, pues ella tan sólo es una labor preparatoria del juicio oral. En esa medida, se mantiene intacta durante su realización, correspondiéndole entonces la obligación de dar cumplimiento al principio rector de prevalencia del derecho material, previsto en el artículo 228 constitucional, en especial cuando, de conformidad con el 443 de la Ley 906, una vez la evidencia física y los medios de convicción aportados al juicio han sido controvertidos y pasan a ser pruebas, a través de sus alegaciones finales expone su criterio relativo a su análisis “siendo su deber tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado acusación”, lo cual permite no sólo el respeto de las garantías del acusado, sino también la efectividad del derecho material.

A partir de lo expuesto, colige el casacionista que en el actual sistema acusatorio, cuando el fiscal varía o complementa durante su alegación final los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación, “este devenir constituye, inevitablemente, el presupuesto procesal de la sentencia”, por constituir la fase en la que precisa el marco de referencia dentro del cual se desarrollará la controversia con los demás sujetos intervinientes.

De esta manera, puntualiza, “no puede el funcionario judicial Colegiado,

caprichosamente en aras de lo que para él representa la verdad real o el alcance de los fines superiores del Estado, desconocer la misión que le corresponde desempeñar al juez en el nuevo sistema penal acusatorio, que no sólo es la de ser regulador de las formas procesales, sino también, buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, de ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del imputado o acusado, quedando vedado de su ámbito de competencia la labor de inmiscuirse en la función acusadora, ya que, por mandato constitucional y legal ésta es privativa y excluyente de la Fiscalía General de la Nación, razón potísima para que el fiscal jamás pueda perder la titularidad de la acusación en ninguna de las etapas del proceso”.

Para el defensor, entonces, una tal actitud desplegada por el Tribunal, configura un retroceso hacia “funestos sistemas procesales inquisitivos”, en donde convergían en el juez las funciones de acusación y juzgamiento.

Pero, en un sistema que pretende ser de partes, de justicia rogada y regido por el principio de igualdad de armas, ocupa un lugar preponderante el derecho de contradicción. Además, el sistema procesal de partes por el cual se rige el juicio oral, impone que los pronunciamientos de los jueces sean consecuencia de las peticiones de los intervinientes en el juzgamiento, mas no fruto del resultado caprichoso y oficioso del juzgador de turno.

Ello también, continúa el demandante, porque bajo el nuevo sistema, adquiere clara preponderancia la etapa del juicio, cuyo desarrollo se rige por los principios de inmediación, contradicción y concentración, sin que resulte lógico que se condene por delitos respecto de los cuales no se solicitó sanción, pues, reitera “ello conllevaría a desnaturalizar no solo la estructura del sistema de tendencia acusatoria, sino también, los cimientos básicos del mismo al afectarse las garantías que le asisten a los acusados a un debido proceso y derecho de defensa”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita casar “el injusto e ilegal fallo impugnado, ya que, con el mismo se desfavoreció el status adquirido en el fallo de primer grado” y, en su lugar, “dictar el fallo de reemplazo que en derecho corresponda”.

2. Segundo cargo. Causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Violación directa de la ley sustancial.

A juicio del demandante, el fallo impugnado quebranta de forma directa la ley sustancial “por haber transgredido el ad quem la prohibición de reforma peyorativa”, con lo cual incurrió en error in iudicando sobre la aplicación del artículo 31 de la [Constitución Política](#).

En procura de sustentar su pretensión, comienza por señalar que a diferencia de un Estado liberal, en donde se impone lo general sobre lo individual, en el Estado democrático el sistema tiene razón de ser en función del individuo, al punto que los conflictos se resuelven en su favor y no en el de la sociedad o del Estado.

Lo anterior permite al casacionista sostener que cuando a un procesado se le asigna una pena no definida en las instancias se “desconoce la controversia que es consustancial al derecho de defensa, en perjuicio de su núcleo esencial”, de lo cual surge que el tema referente a la reforma en perjuicio está vinculado con la noción de competencia “que como parte del debido proceso material, implica que el único juez que tiene competencia plena es el de primera instancia; los demás tienen competencia condicionada”.

Es decir que, para el censor, mientras aquellos deciden sin más limitaciones que la naturaleza del asunto y las garantías fundamentales, los segundos sólo pueden pronunciarse sobre lo que es materia de impugnación. Así, agrega, a estos últimos “no les está autorizado, ni aún con el propósito de defender el principio de legalidad,

desconocer la legalidad del proceso como es debido”.

Ocurrió en este asunto, según el libelista, que el fallador de de segundo grado agravó la pena del apelante único, quien buscaba con su disenso una situación más benéfica a sus intereses personales, al condenarlo por un delito que no fue tenido en cuenta por el juzgador de primer grado, esto es, por la conducta de concusión, la cual ni siquiera fue objeto de discusión durante las alegaciones finales de los sujetos procesales, ni fue incluida en la solicitud de condena de la Fiscalía, lo que impidió a la defensa argumentar en relación con tal conducta punible.

Por lo expuesto, solicita casar el fallo impugnado “por atentar contra la garantía fundamental prevista en el artículo 31 de la Carta Política” para, en su lugar, “dictar el fallo de reemplazo que en derecho corresponda”.

3. Tercer cargo. Causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Violación directa de la ley sustancial.

Según expone el censor, el fallo recurrido viola en forma directa la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 340 de la Ley 599 de 2000.

En sustento de tal planteamiento, comienza por señalar que es unánime el criterio expuesto por la jurisprudencia y la doctrina de acuerdo con el cual el punible de concierto para delinquir se define como el acuerdo o reunión de varias personas para cometer actos delictivos.

A partir de tal concepto puntualiza que, para la adecuación típica de esta conducta, “se hace necesaria la permanencia de las personas en la agrupación con el propósito permanente (sic) de cometer delitos, es decir, la presencia de coparticipación concertada para la realización de conductas punibles”. Esta situación, en consecuencia, se descarta cuando la delincuencia es producto de un acuerdo

momentáneo o casual de varias personas con el objeto de cometer hechos criminales determinados “y no consecuencia de una conjunción de voluntades orientada por un modo de actuar permanente que comprenda hechos indeterminados”.

Para el demandante lo anterior se refleja en el hecho de que, así no se lleven a cabo los actos delincuenciales propuestos por la asociación, la entidad delictiva subsiste como ente autónomo. Ello, a consecuencia de que a sus miembros se les exige mancomunidad y permanencia, así mismo que estén ligados entre sí con responsabilidades que les sean comunes y, como cualquier organización, que cuente con una estructura jerarquizada, en orden a diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales o transitorios.

Adicionalmente, aduce el libelista que se trata de un fenómeno imposible de abordar desde la óptica de distribución de tareas de los integrantes de la empresa criminosa, porque debe serlo bajo la de quienes tienen como finalidad la proyección del convenio hacia el futuro.

De acuerdo con lo esbozado, estima que el funcionario de segundo grado aplicó equivocadamente el texto contenido en el artículo 340 del estatuto sustantivo penal, pues “objetivos criminosos singulares, eventuales, accidentales o instantáneos, propios de lo modernamente llamado dispositivo amplificador del tipo, fueron recogidos como comportamiento plurisubjetivo permanente y continuo con el propósito de lesionar indistintamente bienes jurídicos”, lo que lo condujo a desconocer la naturaleza de la conducta punible de concierto para delinquir.

Por lo anteriormente expuesto, solicita casar el fallo impugnado “para en su lugar dictar el fallo de reemplazo que en derecho corresponda”.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención del casacionista:

Al ser interrogado sobre si tenía algo más que agregar a lo consignado en la demanda, el casacionista precisó lo siguiente:

En relación con la primera censura, señaló que de conformidad con las específicas facultades atribuidas en el numeral 4° del artículo 250 de la Carta Política, no le es permitido al juez condenar por delitos no incluidos en la acusación.

En cuanto al segundo reparo, indicó que el sistema acusatorio está orientado a restringir la competencia del juez de segunda instancia, la cual está circunscrita a los argumentos expuestos por el condenado como apelante único, lo cual no ocurrió en el presente asunto donde el Tribunal se abrogó una competencia que no tenía, incurriendo en manifiesta vulneración del principio de la non reformatio in pejus.

Y, con respecto al tercer cargo propuesto en la demanda, puntualizó que el esquema actual es de corte finalista, por virtud del cual la culpabilidad se traslada al tipo, lo que comporta un juicio de valor integral del comportamiento humano. Así, agregó, no es suficiente con la declaración de la cónyuge de Camilo Orjuela para predicar el dominio del hecho de todos los integrantes, porque en sentido contrario se observa que se los absuelve por los hechos del segundo episodio, a consecuencia de no estar demostrado que los acusados hubieran participado en su comisión, de modo que mantener la condena por este punible implica desconocer que para su configuración se exige la voluntad permanente de cometer delitos indeterminados.

2. Intervención del Fiscal Delegado ante la Corte.

Expuso que en el caso sometido a consideración de la Sala no se afectaron los derechos fundamentales de los procesados, con sustento en las siguientes razones:

En punto del primer reproche planteado en la demanda, indicó que no hay incongruencia, porque los sindicatos fueron condenados de conformidad con los cargos contenidos en la acusación. Además, precisó que desde del inicio de la actuación procesal la defensa conocía las conductas imputadas en la acusación, luego no puede alegar ahora violación del derecho de contradicción.

En relación con el segundo reparo, sostuvo que no es cierto que se haya vulnerado el principio de la prohibición de la reforma peyorativa, porque condenar por concusión y no por secuestro extorsivo no comporta ningún perjuicio para los procesados desde el punto de vista punitivo.

Y, finalmente, respecto del tercer cargo omite efectuar comentario alguno, pues considera acertada la condena por el delito de concierto para delinquir.

3. Intervención del Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal.

3.1. Lo primero que advirtió el Procurador Delegado en su intervención referente a los dos primeros reproches contenidos en la demanda, es que el casacionista no concreta los términos precisos de su petición porque pide de la Corte tan sólo que dicte “el fallo de reemplazo que en derecho corresponda”.

Ya en relación con el primero de ellos, precisó que el demandante seleccionó en forma correcta la causal segunda de casación, que se presenta cuando se advierte incongruencia entre la acusación y el fallo, en tanto una tal situación comporta desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o de la garantía debida a las partes.

De conformidad con los términos de la demanda, prosiguió, se reconoce la forma como el ente acusador, luego del debate probatorio suscitado durante el juicio oral cumplió con su rol constitucional y legal de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento y pedir condena por los delitos de

secuestro extorsivo, concierto para delinquir, hurto calificado agravado, acceso carnal violento y tortura, de lo cual se colige que se acepta la acusación por el delito de secuestro extorsivo.

Bajo esas condiciones aseguró que, si el propósito contenido en el cargo fuera el reestablecimiento de la congruencia, se podría pensar que en principio el censor carece de legitimación en la causa para recurrir en casación, toda vez que el daño real y efectivo sería mayor que el de la providencia cuestionada, porque la eventual condena por este delito representa una mayor pena que la del punible de concusión por el cual finalmente se declaró responsables a sus defendidos.

Sólo en el entendido de que el gravamen o perjuicio del fallo se aprecie desde el punto de vista de la estructura del sistema acusatorio, continuó el representante del Ministerio Público, en el sentido de que cuando el sentenciador condena por un delito distinto al de la acusación procede siempre la absolución, que no reclama en forma expresa, o la nulidad del proceso a partir del juicio oral, que tampoco insinúa, “su interés jurídico estaría fuera de discusión”.

En cuanto a lo sustancial, agregó durante su disertación que lo que se plantea es la violación del principio de congruencia que debe existir entre la petición del fiscal y el fallo que le pone fin al proceso y, en particular, “el carácter fáctico o jurídico de la acusación y la inmutabilidad del objeto litigioso”.

En ese orden de ideas, precisó que el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 tan sólo se referían a la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia en el tema de las causales de casación, pero ninguna de tales legislaciones señaló en alguno de sus preceptos que ella debía ser naturalística o jurídica.

Puntualizó que tan sólo con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 se estableció un mecanismo específico para la variación de la calificación jurídica por parte de la

Fiscalía, a iniciativa propia o por solicitud del Juez del conocimiento, lo que condujo a que la jurisprudencia aclarara que la imputación debía ser mixta, estableciéndose la posibilidad de anular la resolución de acusación en aquellos eventos de error en la calificación jurídica de la infracción, de conformidad con la previsión expresa de la legislación de 1971.

Agregó que la Ley 906 de 2004 no contiene un precepto igual o similar al de la legislación anterior que indique de manera expresa la posibilidad y el trámite para la variación de la calificación jurídica, pero en una regulación que se puede considerar un avance frente a los estatutos procesales precedentes, se dedica un artículo exclusivamente a señalar el concepto de congruencia aceptado por la ley, esto es, en el artículo 448.

Por su parte, añadió, los artículos 288 y 337 ejusdem establecen, respectivamente, que la formulación de la imputación oral durante la audiencia preliminar y el escrito de acusación, deben contener una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, con la exigencia de que se efectúe en lenguaje comprensible.

Adujo, igualmente, que resulta inocultable que con la expedición de la Ley 906 de 2004 no se implementó un simple cambio de ordenamiento procesal en materia penal, sino un cambio total del sistema de procesamiento criminal, situación que “fuerza a mirar los institutos penales desde otra perspectiva y distante de los paradigmas anteriores y si es del caso del desarrollo jurisprudencial que se adelantó con arraigo en aquellas normas”.

Fieles a esta idea, enfatizó el representante del Ministerio Público, las voces más ortodoxas que se aferran a la defensa de la puridad del sistema acusatorio, sobre todo el de origen anglo-sajón, concluyen que la imputación del fiscal y, también la

acusación, deben ser meramente fácticas, desprovistas de cualquier consideración jurídica.

En tal sentido, acota que incluso internamente el Manual de Procedimientos de la Fiscalía, que constituye fuente de información interna de sus funcionarios, enseña que la clara y breve relación de los hechos jurídicamente relevantes, tiene que ver con la descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean la conducta del imputado, sin que ello pueda considerarse imputación jurídica.

No obstante lo anterior, otras voces, igualmente autorizadas, propenden por la necesidad de la imputación jurídica, ante el hecho fundamental de que si una de las consecuencias de la formulación de imputación, y lo mismo se puede decir de la acusación, es el eventual allanamiento del inculcado a los cargos, no es concebible que se pueda pedir una sentencia de conformidad sin tener conocimiento en punto del delito de que se trata y de la pena que le acarrearía para llegar libre y conscientemente a la terminación del proceso.

Esta última línea de pensamiento, añadió, se comparte por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que si bien admite la tesis de la Comisión Constitucional redactora del Código inclinada hacia una imputación meramente fáctica, a la par estima que la imputación jurídica resulta esencial, con mayor énfasis tratándose de terminaciones anticipadas del proceso.

Precisó que en este caso el Tribunal Superior de Bogotá justamente partió de lo consignado en la sentencia de la Corte del 20 de octubre de 2005, pues tras explicar que allí mismo se establecen las menores exigencias cuando se trata de un juicio normal que agota todas sus etapas, que permite variar y complementar durante la alegación penal la imputación y a pesar de admitir la falta de imputación jurídica del delito de concusión en la acusación, decide por condenar por este delito, en lugar de proceder a la

declaratoria de nulidad solicitada en lo referente al punible de secuestro extorsivo.

Además, porque para optar por una tal modificación tuvo en cuenta que frente a un sistema que dispensa mayor alcance a la axiología de los principios y los valores constitucionales, entre ellos la verdad histórica, real y objetiva desde la cual podía realizarse la idea de justicia material, el Juez para alcanzar los fines del proceso puede variar la calificación jurídica de la infracción, siempre que ello se corresponda con el supuesto fáctico o hechos jurídicamente relevantes descritos de manera sucinta en el escrito de acusación.

En contra de la anterior postura, recordó el Delegado, se ha publicitado a través de ensayos, que el sistema penal adoptado por el legislador supone un Fiscal sin funciones jurisdiccionales y un Juez sin compromiso con la investigación y por eso no vacilan en argumentar que “el Juez de ahora, a diferencia del Juez inquisidor, ya no tiene su propia teoría del caso, ya no puede condenar a partir de la modificación de la imputación jurídica a su antojo”, todo con arraigo en el concepto de que la vinculación del Juez con la construcción de la verdad es de vigilancia y garantía de los procedimientos que adelanta la Fiscalía, porque en el nuevo paradigma no busca la verdad, sólo juzga la legalidad y la certeza de la verdad que le traen las partes.

Adujo durante su intervención, además, que en todo caso no es necesario siquiera ser partidario de la última postura doctrinaria referida para concluir que “no le era posible al Tribunal proceder como lo hizo y que la jurisprudencia que le sirve de fundamento no viene a propósito”.

Esto por cuanto, a su juicio, la demanda también censura con razón la violación de la prohibición de la reforma en peor por la condena en relación con el delito de concusión.

Al respecto, indicó que si bien está fuera de toda discusión que el ad quem en relación con la sentencia de primera instancia al condenar a los policiales por el delito de

concusión en lugar del de secuestro extorsivo no agravó la pena sino que la disminuyó, “la violación de la prohibición de la reforma peyorativa, se debe mirar desde otro ángulo”.

Recordó así que si el principio de la prohibición de la non reformatio in pejus es uno de los postulados sustanciales del proceso acusatorio, mal se podría perfeccionar un sistema de esa naturaleza si se permite no sólo que la situación del procesado se empeore por el superior cuando se trata de único recurrente, sino también cuando, por desconocer los argumentos que expondrá el Juez de segunda instancia o al de Casación, carece de posibilidad de rebatirlos.

Por consiguiente, precisó que quien apela pone los límites al Juez de Segunda Instancia, lo cual es admitido sin discusión en la teoría del proceso y con mayor arraigo en un sistema que pretende ser de partes, limitante que en este caso fue desconocida por el Tribunal, pues si el objeto del recurso de apelación fue procurar la absolución por el delito de secuestro extorsivo, “aquí sin duda se sorprendió al propio recurrente cuando se lo condena por el punible de Concusión”.

Lo anterior, expresó, porque el Tribunal no podía pronunciarse sino sobre lo que fue materia de discusión e impugnación y, en esas condiciones, carecía de competencia para condenar por un delito que no había sido objeto de debate durante el juicio oral y, tanto menos, del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Reiteró que como la investigación de la verdad en el actual proceso penal está limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho, no puede ser obtenida a cualquier precio, en tanto que así como la presunción de inocencia sólo puede ser enervada con prueba lícita, la condena por un delito no es posible sin el respeto a las garantías del debido proceso y de los derechos constitucionales del implicado.

De esta forma, coligió el Representante del Ministerio Público que si bien el Tribunal calificó de sui-generis la situación, la solución que adoptó no era viable.

En cuanto a la solución que se impone adoptar en relación con la problemática que se afronta, señaló que se presentan dos opciones: decretar la nulidad, pero no como lo pretende el recurrente respecto de la sentencia de la segunda instancia, porque ello dejaría vigente la sentencia del a quo, con lo cual se infringiría el principio de non reformatio in pejus, por cuanto la condena por el delito de secuestro extorsivo representa una situación más gravosa que la de concusión, contra la cual protesta el representante de los procesados en calidad de único impugnante y, además, porque en este caso el Juzgado Penal del Circuito dictó fallo por un delito respecto del cual no tenía competencia para el juzgamiento, en tanto el delito de secuestro extorsivo es de competencia del Juez Penal del Circuito Especializado, lo cual, según el artículo 456 de la Ley 906 de 2004 constituye motivo de nulidad.

En punto de esta temática, con referencia al derecho comparado adujo el Delegado que en Alemania el sistema de congruencia es naturalístico y de esa manera el Tribunal está sujeto al hecho histórico descrito en el auto de apertura, sin que ello sea absoluto, en tanto el fiscal tiene la facultad de extender la acusación mediante la presentación oral o escrita de una querella suplementaria y si el Tribunal considera que la modificación de la calificación penal afecta la preparación de la defensa o de la acusación, ordena la suspensión de la vista oral de oficio o, a petición de alguna de las partes, siempre y cuando la modificación de la calificación jurídica esté sujeta a la condición, entre otras, de que el Juez del conocimiento conserve la competencia para el juzgamiento.

Afirmó que en Colombia no existe una norma similar, pero la novísima legislación tan sólo entiende prorrogada la competencia si no se alega la incompetencia en la oportunidad de la presentación de la acusación, salvo el caso que ésta devenga del

factor subjetivo o esté radicada en funcionario de superior jerarquía y que, como lo señala el párrafo del artículo 55 ibídem, para estos efectos el Juez penal del Circuito Especializado es de superior jerarquía respecto del Juez del Circuito ordinario.

Señaló que tal situación no la tuvo en cuenta el Tribunal, porque estimó que estaba facultado, en virtud del recurso que resolvía, a condenar por un delito distinto a pesar de que sobre el mismo no había existido pronunciamiento en primera instancia.

Con fundamento en lo expuesto, el representante del Ministerio Público colige que la violación de la non reformatio in pejus al condenar por el delito de concusión no se puede mantener, pero tampoco se puede revivir el fallo de primera instancia por cuanto es igualmente evidente que se conculcaría por la Corte el mismo principio, “como quiera que declara responsable a los justiciables por un delito de mayor entidad, como el Secuestro Extorsivo, y además sin competencia funcional por el Juez que la profirió”.

De ahí que, como única solución, propone la declaratoria nulidad del proceso, con el fin de que se adelante nuevo juicio oral y público y de esa manera se garantice el derecho del procesado a defenderse de la acusación por el delito de concusión, esto último porque la defensa se concentró en su pretensión de desvirtuar la conducta de secuestro extorsivo, obviando cualquier posición defensiva en relación con el primero de los delitos mencionados, lo que era apenas lógico porque ninguna imputación se había formulado respecto de ella y, si bien la orden de captura y la efectividad de la misma tuvo origen exclusivamente en la probabilidad de verdad de la ejecución del delito de concusión, el escrito de acusación contiene una descripción sucinta de los hechos, sin la calificación jurídica correspondiente, es decir, no menciona por su nomen iuris ninguno de los delitos, además porque en el alegato que siguió al recaudo de las pruebas no se aludió al delito de concusión.

Dicha nulidad, añadió, estaría condicionada “a que no se acuse de nuevo por el delito

de secuestro extorsivo”, puesto que sin duda sería una manera de encubrir la violación del principio de la prohibición de la reforma en peor, y porque, además, el Tribunal desvirtuó toda evidencia procesal que demuestre su estructura.

Adujo, adicionalmente, que la otra opción a adoptar sería la de la absolución, la cual “no prohíja el Ministerio Público, y espera que tampoco lo haga la Corte, porque considera que no se compadece con un orden social justo y el valor justicia al que aluden el Preámbulo y, entre otras disposiciones, el artículo 2° de la [Constitución Política](#)”.

En los anteriores términos, concluyó su exposición respecto de las primeras censuras, solicitando la prosperidad de la segunda, por haber sido dictada la sentencia del Tribunal sin competencia para condenar por el delito de concusión.

3.2. En relación con el tercer cargo propuesto en la demanda, precisó que en el fondo lo que se plantea es que se atribuyeron los efectos estatuidos por el artículo 340 del Código Penal a un hecho diverso al de la hipótesis que contiene, pues considera que esta norma legal aplicada al caso consagra una situación fáctica distinta, sobre la base de los hechos establecidos por los juzgadores.

Luego de repasar los elementos de juicio tenidos en cuenta por los falladores para sustentar la condena por dicha ilicitud, el Procurador Delegado señaló que en el proceso de adecuar una conducta a un tipo penal, a través del denominado juicio de tipicidad, es necesario establecer dos verdades: una fáctica relacionada con la verificación o demostración del supuesto de hecho, y otra de carácter jurídico, ambas comprobables a través de la interpretación de enunciados normativos que califican la conducta o el hecho como delito.

El motivo único del disenso contenido en este cargo, prosiguió el Delegado, se centra en el segundo aspecto, en cuanto se indica que en este asunto no irrumpe acreditado el requisito de permanencia que caracteriza y diferencia al delito de concierto para delinquir

de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales o transitorios.

Para brindar solución a la temática planteada, indicó el Procurador Delegado, es necesario recordar que los hechos se cometieron en espacios y tiempos diferentes, esto es, los días 5 y 6 de abril de 2005. Agregó que a los procesados se los exoneró de toda responsabilidad respecto de los hechos punibles acontecidos el segundo día en mención, por los delitos de acceso carnal violento, tortura y hurto calificado agravado, sin embargo fue por razón de su integración e interrelación que se dedujo la configuración del concierto para delinquir, en tanto para el Tribunal, tales circunstancias demuestran sincronía y resolución, propias de una organización antisocial.

Añadió que, sin duda, asiste razón al impugnante en su propuesta cuando censura la confusión en la que incurre la sentencia sobre el referido elemento de la permanencia predicable de una asociación para cometer conductas delictivas indeterminadas que caracteriza al concierto para delinquir, con el designio criminal y la división de roles o tareas propias de la figura del concurso de personas que se organizan en una empresa criminal y cometen en coautoría impropia delitos previamente determinados.

Expresó que, en el presente asunto, se trató de varios delitos unidos por un vínculo ideológico y consecuencial, como lo reconoce la misma sentencia, perfectamente definidos anticipadamente en el tiempo y en el lugar, por lo que en esas condiciones el cargo debe prosperar, en cuanto que los fundamentos para determinar la estructura del delito de concierto para delinquir no son convincentes.

Manifestó, igualmente, que si bien se podría pensar que por el uso de algunos medios como los guantes de látex y de preservativos, sin duda para evitar dejar huellas de identificación, fueron delincuentes avezados los que accedieron carnalmente a la cónyuge del comerciante, como también se sabe que ese tipo de represalias son

utilizadas por los grupos armados ilegales para dar escarmiento a quienes se rehúsan a cumplir sus exigencias, “pero pensar que asociados a organizaciones criminales permanentes y con jerarquía como la de los paramilitares, estaban el subintendente y el patrullero de la Policía, no pasa del campo de la especulación”.

Con sustento en lo expuesto, el Procurador Delegado solicitó casar la sentencia y “mediante la de sustitución” absolver “a los justiciables en relación con el delito de Concierto para Delinquir, conforme la pretensión del demandante”.

4. Intervención de la representante legal de las víctimas.

Afirmó estar de acuerdo con lo expuesto por el Procurador Delegado en cuanto a la prosperidad del segundo reparo contenido en la demanda, por ser evidente el error judicial en que se incurrió, cuya corrección se impone.

No obstante lo anterior, manifestó no compartir el criterio del representante del Ministerio Público en relación con el último cargo de la demanda, en tanto no se puede considerar como mera especulación que algunos miembros de las Fuerzas Armadas regulares del Estado, conforman grupos delictivos al margen de la ley y, en este caso en particular, no se puede tomar como mera coincidencia el hecho de que al día siguiente en que los procesados abordaron a Camilo Orjuela se hubieran presentado personas diferentes a su residencia, con el objeto de tomar represalias contra su familia ante su negativa a acceder a la petición ilegal de los uniformados.

En armonía con las anteriores razones, estima que sólo debe prosperar el segundo de los cargos de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Aclaración previa.

Dada la estrecha e innegable relación que existe entre las temáticas abordadas a través de los cargos primero y segundo de la demanda, la Sala procede a asumir su estudio de manera conjunta, no obstante que su planteamiento se sustenta en diversas causales de casación (segunda y primera, en su orden). Igualmente así debe procederse, en tanto que a los reproches así formulados, subyace una alegación complementaria de posible vulneración de garantías procesales que el censor vincula a un idéntico presupuesto procesal, esto es, al principio acusatorio consustancial al sistema de juzgamiento introducido a partir de la Ley 906 de 2004, bajo cuya vigencia se tramitó el presente asunto.

En esa dirección, bien está comenzar por señalar que en punto del interés jurídico que del demandante se reclama en esta sede, se trata de un aspecto ya dilucidado por la Sala desde el momento mismo en que tomó la decisión de dar curso el trámite casacional convocando a audiencia de sustentación del recurso, en lo cual también está de acuerdo el Delegado de la Procuraduría General de la Nación, quien durante su intervención en la referida audiencia concluyó que se trataba de un tema jurídico que está fuera de discusión.

Clarificado lo anterior, se procede al estudio conjunto de los anunciados reparos del libelista, de la siguiente manera:

2. Cargos primero y segundo. Vulneración de los principios de congruencia y prohibición de la reforma en perjuicio.

Como bien lo señaló el Procurador Delegado a través de su intervención durante la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, conduce a la reformulación de algunos institutos y principios procesales,

motivo por el cual las soluciones a los asuntos tramitados bajo su égida no podrán ya adoptarse a partir de análisis guiados por la perspectiva que orientaba al esquema procesal penal que este último derogó, en tanto que el cambio en esta materia no se limitó exclusivamente, como en oportunidades anteriores, a la variación de algún estatuto procesal, sino a la implementación de un novedoso modelo de enjuiciamiento criminal, extraño por demás, a la tradición colombiana en materia procedimental penal.

En por ello que la Sala de Casación Penal, consciente del radical cambio que ha implicado la adopción del sistema procesal penal definido en la referida normatividad constitucional y legal, así lo ha señalado como punto de partida de la interpretación del mismo que por vía de jurisprudencia ha debido realizar, tal como lo precisó mediante reciente fallo que, en lo pertinente, bien está traer a colación:

“La situación con la Ley 906 del 2004 es diferente. Con ésta no se implementó un simple cambio de Código de Procedimiento Penal. Lo que hizo el legislador fue mudar, de manera total, el sistema de procesamiento criminal. Y ni siquiera fue decisión del legislador: el nuevo paradigma fue obra consciente y ampliamente publicitada del constituyente delegado, por medio del Acto Legislativo número 3 del 2002.

(...)

Con fundamento en esa perspectiva se entiende, además, que el constituyente, en el artículo 5° del Acto Legislativo número 3 del 2002, y el legislador, en el artículo 6° de la Ley 906 del 2004 (norma rectora, obligatoria y prevalente), hubieran determinado de manera imperativa que el nuevo esquema de procedimiento solo sería aplicable para los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia...”¹.

En ese orden de ideas, es claro que postulados procesales como el de la congruencia y la prohibición de la reformatio in pejus, aun cuando basilares dentro de

los esquemas procesales anteriores, adquieren indescionocible relevancia dentro del nuevo modelo de procesamiento penal, en forma tal que cuando ellos se encuentran involucrados, como en el caso presente, en la discusión que se trae a sede de casación, su análisis debe realizarse a la luz de las características principales tanto del sistema como del instituto concebido dentro del mismo, ejercicio que ya ha acometido la Sala en oportunidades anteriores².

En efecto, de tal sistema procesal así concebido desde la [Constitución Política](#) y luego desarrollado por la ley, si bien corresponde a uno con tendencia adversarial, es razonable predicar las siguientes características:

En primer lugar, se reconoce el denominado principio de “igualdad de armas” o de partes (artículo 4 Ley 906), el cual consiste básicamente en que Fiscalía y defensa gozan de las mismas facultades en orden, la primera, a sustentar la acusación y, la segunda, a desvirtuar o atemperar el reproche penal, sin que exista preeminencia de una parte respecto de la otra. Ello se refleja de manera evidente, sólo por citar algunas, en figuras novísimas de la Ley 906 de 2004, como el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se van a utilizar durante el juicio oral, obligación a la que está sujeta la Fiscalía desde el momento mismo de la presentación del escrito de acusación (art. 337, num. 5º) y que se refuerza, tanto para este interviniente, como para la defensa, durante la audiencia de formulación de la acusación (art. 344).

Dicha figura tiene por objeto no sólo brindar a la contraparte la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en relación con todos los medios de prueba, sino garantizar el principio de lealtad, con el fin de que no se vea sorprendida con un medio de convicción que no ha tenido oportunidad de conocer y, en consecuencia, de rebatir.

Otro ejemplo, también novedoso, que demuestra el plano de igualdad procesal entre las

partes acusadora y defensora, es el de las llamadas estipulaciones probatorias, que se presenta cuando las partes de común acuerdo consienten en tener como probado algún hecho o circunstancia (art. 356), de suerte que será un asunto no debatible durante del juicio oral.

En segundo lugar, el sistema adoptado mediante la Ley 906 de 2004, como cualquier modelo de corte acusatorio, tiene por nota característica la protección a ultranza del derecho de defensa, de modo que potencia hasta su mayor grado de expresión garantías tales como el derecho de contradicción, al punto que el peso de la actuación ya no recae, como en los sistemas anteriores, en la fase instructiva, sino en el juicio oral, público, concentrado, sin dilaciones injustificadas y con inmediación de la prueba (arts. 15 al 18). Así mismo, cobra mayor importancia el principio de no autoincriminación y el de contar con asistencia profesional durante toda la actuación procesal (art. 8).

En tercer lugar, el sistema adoptado de forma gradual y progresiva en el territorio nacional a partir del 1º de enero de 2005, tiene sustrato en el denominado “principio acusatorio”, entendido por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento.

Este principio, además, se proyecta en varios sentidos³: (i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma en perjuicio.

Por virtud del primero de ellos ha de entenderse la imposibilidad absoluta de iniciar un juicio oral sin contar con previa acusación, lo que implica también la obligación inexorable de comunicarla al acusado. Tratándose del segundo, debe comprenderse grosso

modo que a través de la sentencia no se puede condenar por hechos (incongruencia objetiva) ni respecto de sujetos (incongruencia subjetiva) diversos a los expresamente señalados a través de la respectiva acusación. Y, por el tercero, también en sentido lato, que la segunda instancia no puede agravar la situación del condenado cuando éste funge como apelante único.

Pues bien, en el asunto que concita la atención de la Sala, teniendo en cuenta que el impugnante a través de los dos primeros cargos acusa de trasfondo la afectación del principio de congruencia, que plantea desde la perspectiva de estos dos últimos principios procesales, con base en cuya demostración irrumpiría obligatoria la casación del fallo adverso que por la conducta punible de concusión se profirió en contra de los acusados, inevitable se ofrece una referencia inicial a la connotación que adquiere dicha garantía en el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, para luego determinar si, efectivamente, por razón del fallo proferido por el ad quem en cuanto a este punible la misma resultó efectivamente conculcada. Y en esa dirección se tiene:

2.1. El principio de congruencia en el marco del sistema acusatorio introducido con la Ley 906 de 2004:

Según se señaló en precedencia, la puesta en marcha del sistema acusatorio conllevó necesariamente la reformulación del contenido y alcance de este principio, en tanto resultan insuficientes para dar solución adecuada a los diversos problemas que ahora se presentan las pautas sentadas por la Sala en relación con el mismo fenómeno, a la luz de la Ley 600 de 2004.

Así las cosas, importa precisar, como punto de partida, que la imputación contenida en el escrito de acusación debe ser mixta, esto es, fáctica y jurídica, no obstante que bien podría sugerirse o plantearse con apoyo en la exégesis del artículo 337, numeral 2, de la ley 906 de 2004, que esta fuera exclusivamente fáctica, en tanto que como allí tan sólo se

hace referencia a los hechos “jurídicamente revelantes” quedaría excluido en relación con los mismos cualquier proceso de adecuación típica. Sin embargo, a la anunciada conclusión sobre la necesidad de que el escrito de acusación contenga una imputación mixta llega la Sala con el sólido argumento según el cual sólo de ese modo podría garantizarse plenamente el derecho de defensa y en especial el principio acusatorio⁵, en tanto, como se dijo, este último tiene entre sus proyecciones fundamentales la comunicación de la acusación al procesado⁶, para lo cual no basta con notificar la existencia del pliego formal en su contra, sino que es imprescindible informar igualmente sobre las conductas (*nomen iuris*) en forma tal que se le permita así la plena comprensión sobre sus alcances y consecuencias jurídicas, lo que no se logra, ciertamente, sino a través de la conjugación de las imputaciones fáctica y jurídica.

En este contexto imposible resultaría soslayar que la persona investigada, a partir de la presentación del escrito de acusación, bien puede acudir a las formas de terminación extraordinaria del proceso, bien a través del allanamiento a los cargos en los estadios del trámite previstos en el estatuto instrumental penal, concretamente, durante la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 5), o al inicio del juicio oral (artículo 367), así como por vía de los preacuerdos o negociaciones (artículo 352), lo que sólo surge posible frente a un pleno o completo conocimiento de las imputaciones por las cuales se convoca a juicio oral, entendidos desde luego los dos ámbitos mencionados, esto es, el fáctico y el jurídico, se insiste.

Adicionalmente, agrega la Sala, en defecto de la falta de adecuación típica en la acusación, comprendido como acto complejo integrado con la audiencia de formulación de la misma prevista en el artículo 338 de la ley 906 de 2004, durante la cual puede ser aclarada, adicionada o corregida por la Fiscalía o a petición de parte, la presentada en la audiencia de formulación de la imputación mal podría constituir hito para la activación de los referidos institutos de terminación anticipada en la etapa del juicio, no sólo

como consecuencia de las variaciones posibles de la calificación jurídica efectuada durante la audiencia preliminar respectiva ante los medios materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida durante la investigación, sino también porque en razón de esa misma circunstancia los hechos materia de aquella no necesariamente corresponden con absoluta identidad a los que serán objeto de acusación y, desde luego, de debate en el juicio oral y de definición a través del respectivo fallo.

Una interpretación sistemática de las disposiciones que regulan la materia en la nueva codificación procesal penal conduce a idéntica conclusión, en tanto que por virtud de ella se advierte, de una parte, que durante la audiencia preparatoria o al inicio del juicio oral al acusado le es posible una actitud de allanamiento o aceptación, no simplemente a los hechos delimitados en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de aquella, sino a los “cargos”, lo cual supone que debe estar involucrada la valoración en derecho de los mismos, a partir de lo cual sólo le es posible conocer y dimensionar las consecuencias jurídicas de la conducta cuya realización y responsabilidad acepta, irrumpiendo como una de las más importantes la precisión sobre los límites dentro de los cuales se dosificaría la sanción que por ello le sería judicialmente impuesta.

Idéntica exigencia se deriva, a no dudarlo, de una correcta hermenéutica de los artículos 352 y 354 de la Ley 906 de 2004, que con la rebaja punitiva contemplada en la primera norma citada y para permitir la rápida adopción de la sentencia, contemplan la posibilidad de concertar acuerdos entre la Fiscalía y el acusado por virtud de los cuales este último acepta, no la comisión de unos hechos jurídicamente relevantes, sino la “responsabilidad” penal, o lo que es lo mismo, la realización de una conducta típica antijurídica y culpable.

Esa exigencia en cuanto a la connotación de jurídica, además de fáctica, de la imputación

en la acusación es razonable predicarla también desde la óptica del régimen probatorio, porque en el análisis de pertinencia de las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria por las partes, de conformidad con el artículo 375 ejusdem, el funcionario de conocimiento debe ponderar si las solicitadas guardan relación directa o indirecta con los hechos o circunstancias “relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias”, lo cual sólo resulta posible si la Fiscalía precisa la adecuación típica de aquellos que serán objeto de debate en el juicio oral.

De igual modo, como presupuesto indispensable o, requisito sine qua non si se quiere, para precisar la competencia para adelantar el juicio oral por el factor objetivo y, consecuentemente, con el fin de posibilitar de manera real y efectiva el derecho a controvertirla durante la audiencia de formulación de la acusación, conforme lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, específicamente, en aquellos eventos en los cuales la calificación jurídica determina el funcionario bajo cuya dirección debe adelantarse, como sucede precisamente en relación con el conocimiento de uno de los delitos de que aquí se trata, esto es del delito de secuestro simple o extorsivo, según las precisiones contenidas en el artículo 35 del mismo ordenamiento.

Resta señalar que de entender restringida la imputación en la acusación al plano fáctico, ello implicaría plantear sin ningún sustento racional o lógico que la que se exige durante la audiencia de formulación de la imputación, no obstante corresponder al estadio inicial del proceso penal, resultaría más exigente que la contenida en la acusación a pesar, incluso, de que esta última surge como delimitadora de los extremos de la relación jurídica objeto de debate en el juicio oral y de definición en el respectivo fallo. En este punto bien está recordar que, en cuanto a la primera, ya la Sala ha sostenido y reiterado, con el fin de preservar suficiente y plenamente las garantías fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, que debe ser también jurídica, en pronunciamientos que hoy se reiteran en la medida en que no se encuentra razón alguna para su variación.

Desde luego que la imputación jurídica que reclama el acto de acusación, ostenta un carácter eminentemente provisional, en tanto que estará soportada en los medios materiales probatorios, en la evidencia física o la información legalmente obtenida en la indagación y la investigación en cuanto le permitan a la Fiscalía afirmar, con probabilidad de verdad, la existencia de una conducta delictiva, pero además que el imputado es su autor o partícipe. Hechos y circunstancias que al igual que su consecuente valoración jurídica dependerá en últimas de lo efectivamente demostrado con la prueba practicada e introducida en el juicio oral, público, concentrado, que se lleva a cabo con respeto a los también principios de inmediación y contradicción probatoria.

Por las anteriores razones es que el control que le es posible realizar al funcionario de conocimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, de oficio o a solicitud de parte formulada con fundamento en las previsiones del artículo 339 de la ley 906 de 2004, además de referido a las causales de incompetencia, mal puede extenderse más allá de la comprobación del estricto cumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 337 ejusdem, o de la constatación de la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta para disponer que sea aclarada, adicionada o corregida, según fuere el caso.

En cambio, no le resultaría dable cuestionar o controvertir la reconstrucción que el delegado de la Fiscalía verifica de los hechos con asidero en esos medios materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que a partir de la acusación simplemente se descubre en garantía del derecho a la defensa, para predicar de la acusación con fundamento en una ponderación distinta y discrepante de esos medios cognoscitivos un posible error de subsunción, o dicho en otros términos, en la calificación jurídica pues, se insiste, una tal decisión además de comportar un indebido y prematuro pronunciamiento sobre los extremos del debate objeto del juicio no estaría soportado en pruebas, pues sólo adquirirán tal connotación las practicadas durante el juicio.

Ahora bien, para la Sala es claro que el principio de congruencia no se proyecta con la misma dimensión o alcance cuando se trata de los mecanismos de terminación anticipada del proceso y en los eventos en los cuales el mismo se tramita por la vía regular prevista en la Ley 906 de 2004, esto es, cuando el procesado no renuncia a la controversia del juicio oral, público, concentrado, con inmediación en la práctica o introducción de las pruebas con el fin de obtener una importante rebaja punitiva en los términos establecidos en los artículos 351 y siguientes de tal normatividad, sin que ello signifique, como lo entendió el Tribunal en el fallo impugnado, que en este último evento la acusación deba ser exclusivamente fáctica.

En otros términos, la Corte estima que el análisis del principio de congruencia, o correlación, como se le denomina en otras legislaciones, debe emprenderse a partir del tipo de proceso de que se trate, como ya lo ha señalado a través de jurisprudencia anterior⁷, pues opera en forma diversa cuando se trata del procedimiento abreviado, que se sigue cuando el imputado, investigado o acusado, según el estadio procesal donde se haga la respectiva manifestación, acude a una de las formas de terminación anormal del proceso previstas en el capítulo único del Título II del nuevo estatuto adjetivo, esto es, por virtud del allanamiento a los cargos o en los eventos de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el inculcado, y cuando se surte el trámite del procedimiento ordinario.

Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4° de la Ley 906).

Precisamente, a través de la decisión citada de fecha octubre 20 de 2005, la Corte consignó en punto de la congruencia que debe obrar entre el fallo y el allanamiento a los cargos producido durante la audiencia preparatoria de formulación de la imputación, lo siguiente:

“...Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación” (subrayas fuera de texto).

Sobre el mismo punto, bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, resultaba imperativo diferenciar las siguientes situaciones: en primer lugar, de encontrarse que el fallo resultaba inconsonante con los cargos contenidos en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, correspondía ajustarla a los términos de lo aceptado por el procesado y, en segundo término, si lo que se hallaba era que en el momento de la aceptación se verificaba violación de sus garantías fundamentales, como cuando el procesado no contó con defensor o no dio su asentimiento de manera libre y espontánea, procedía la declaratoria de nulidad de la actuación procesal desde la celebración de la diligencia respectiva, a fin de restablecer la garantía vulnerada.

Con la Ley 906 de 2004, la aplicación del fenómeno de la congruencia opera en forma similar a lo dicho en relación con la Ley 600 de 2000. En efecto, si lo que se encuentra es que la sentencia se aparta en forma parcial o total de los cargos por los cuales se allanó el procesado, o fueron objeto de negociación o acuerdo con la Fiscalía⁸, se impone ajustarla a tales parámetros, pero si lo que se advierte es que en el allanamiento, preacuerdo o negociación se desconocieron garantías fundamentales que inciden nocivamente en la actuación procesal, es imperativo decretar su invalidez

a partir de ese momento.

En síntesis, para los efectos del principio de congruencia frente a los casos de terminación anormal del proceso dentro del sistema procesal acusatorio, como ya lo ha precisado la Sala, lo que importa destacar es que opera en sentido estricto, a diferencia de lo que ocurre en los eventos en que el proceso se tramita de manera ordinaria. Ciertamente, en estos eventos la congruencia entre acusación y sentencia no puede tener el mismo rigor, por la elemental razón de que la calificación jurídica propuesta en aquella con fundamento en los medios cognoscitivos puede variar como consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral, como se precisó por la Sala en la decisión ya referida, al señalar lo siguiente:

“Diríase incluso que en un proceso con todas sus etapas, con controversia probatoria y juicio oral, las exigencias serían menores, pues la narración de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación pueden variar y complementarse en la alegación final en la cual se debe presentar de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la ley 906 de 2004), mas no así en los procesos abreviados en donde la conducta debe tipificarse con la mayor precisión dado que se renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio oral y público (artículo 350 numeral 2 ley 906 de 2004)” (subrayas fuera de texto).

En estos casos, por consiguiente, se reivindica la consonancia entre las alegaciones finales y el fallo, oportunidad durante la cual a la Fiscalía le compete realizar la tipificación “de manera circunstanciada”, no de cualquier conducta sino únicamente de aquella por razón de la cual presentó “la acusación” para solicitar, entonces, la consecuente condena por las conductas cuya calificación jurídica le corresponda en el grado de participación específico; exigencia que surge de la interpretación armónica de

los artículos 443 y 448 de la Ley 906 de 2004, norma esta última que por vez primera define el concepto de congruencia, en los siguientes términos:

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Ahora bien, de las normas invocadas impera colegir una doble consonancia que vincula no sólo al juzgador sino también a la Fiscalía. En primer lugar, en el plano fáctico, esto es, frente a los “hechos”, porque ni en las alegaciones finales y tampoco en el fallo pueden figurar alguno o algunos distintos de los contenidos en la acusación, en tanto que ellos se tornan inmodificables incluso con independencia del resultado de la práctica o introducción de las pruebas durante el juicio oral, al menos no sin menoscabo del debido proceso y del derecho a la defensa. Y, en segundo término, en el plano jurídico, congruencia ésta que se predica ya no en relación con la calificación jurídica de carácter provisional efectuada en la acusación, sino con la propuesta en esos alegatos finales, acompañada de la solicitud de condena, labor que atañe al delegado de la Fiscalía, en quien reside de manera exclusiva y excluyente, en virtud del mencionado principio acusatorio, la facultad de acusar y, por ende, de solicitar condena, al tenor, así mismo, de las facultades asignadas a dicho interviniente procesal en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el acto Legislativo 03 de 2002 y en el numeral 9° del artículo 114 de la Ley 906 de 2004.

Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como

lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas referentes al principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2009 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004.

2.2 Análisis del caso concreto.

Sentadas las anteriores premisas y trasladadas al caso examinado, resulta forzoso colegir que en los comentados reparos de la demanda presentada por el defensor de los procesados LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO subyace, sin lugar a dudas, un típico problema de congruencia, empero no en el plano de la imputación jurídica sino en el de la fáctica que, desde luego y de manera puramente consecuente, terminó por incidir en aquella.

En efecto, fácil se observa que en la acusación tratándose de la imputación fáctica, esto es, de los hechos respecto de los cuales con la presentación del escrito correspondiente la Fiscalía afirmó con probabilidad de verdad la configuración o existencia de una conducta delictiva, los hechos aparecen reseñados en los siguientes términos:

“(…) una organización delictiva integrada por, por (sic) lo menos, dos policías de la SIJIN de Bogotá, LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO, incurrieron (sic) el 5 de abril de 2005 al establecimiento comercial de propiedad de Camilo Orjuela para constreñirlo a entregar una suma de dinero, a cambio de que no fuera llevado retenido, supuestamente por poseer arma de fuego sin el correspondiente salvoconducto. Desplegaron ilícitas inspecciones y registros abusivos para finalmente quitarle \$80.000 a la víctima. Al día siguiente, 6 de abril de 2005, irrumpen en su residencia, hurtan electrodomésticos y otros objetos y acceden carnalmente a la señora NANCY CRISTINA BARRERA ROJAS, esposa de Camilo Orjuela”.

Pues bien, del anterior texto surge nítido e incontrovertible, como lo admitió incluso el

Tribunal en la sentencia recurrida, que la Fiscalía al delimitar de tal modo el objeto de la relación jurídico procesal para el debate en el juicio oral, cuya definición a través del fallo que al proceso le ponga término irrumpe como un imperativo legal para el juez, no aludió de manera alguna a la ilegítima privación de la libertad del comerciante Camilo Orjuela Cárdenas, menos aún, a conducta que hubiese tenido alguno de los propósitos que con carácter alternativo y compuesto configuran el punible de secuestro extorsivo agravado, además, por la calidad de sus ejecutores. Por el contrario, en cuanto a ese inicial episodio de los sucesos lo circunscribió al constreñimiento al mencionado ciudadano, orientado a que entregara “una suma de dinero, a cambio de que no fuera llevado retenido, supuestamente por poseer arma de fuego sin el correspondiente salvoconducto”.

Al margen de lo anterior, conviene resaltar que la revisión del escrito de acusación y de la audiencia de formulación de la misma que, para la Sala, integran un acto complejo, también permite establecer que la Fiscalía se conformó con elevar tal imputación en el ámbito puramente fáctico. Sin embargo, la deficiencia así advertida al no comprender la correspondiente adecuación típica, en este particular asunto, por lo menos, no se tradujo en un efectivo menoscabo de las garantías fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa, pues como lo plantea el recurrente en el desarrollo argumentativo de los ataques contenidos en el respectivo libelo, para el acusado y la representación técnica fue nítida e inequívoca la comprensión de haber sido atribuida a los acusados coautoría en un punible de concusión.

Así las cosas, es claro entonces que si bien la Fiscalía, de conformidad con la prueba practicada o introducida durante el juicio oral y público podía modificar la calificación jurídica provisional de tal constreñimiento en las alegaciones finales, momento en el cual con irrestricto respeto de la imputación fáctica contenida en la acusación debía proceder entonces a presentar la tipificación de manera circunstanciada del mismo en observancia del imperativo mandato legal contemplado en el artículo 443 de la ley

906 de 2004, lo que si le estaba vedado era atribuir ya no ese proceder intimidatorio sino una conducta diferente y ajena a la acusación, en concreto y como lo hizo, de una privación ilegítima de la libertad determinada por un designio extorsivo.

En otras palabras, lo que resulta claro en este particular asunto, es que lo modificado o variado no fue la calificación jurídica de un mismo o único comportamiento, sino las conductas objeto de la acusación sobre las cuales debía discurrir la Fiscalía y decidirse en la providencia conclusiva de la instancia. Y esta falta de consonancia entre los hechos de la acusación presentada y los que fueron objeto de los alegatos finales y, por consiguiente, de la solicitud de condena, así como del fallo condenatorio de primera instancia, fue advertida por el Tribunal, pero que al reducirla de manera equivocada al simple plano jurídico lo condujo a acudir a “la axiología de los principios y valores constitucionales que tienen como objetivo la justicia material”, argumento con soporte en el cual modificó los términos de la declaratoria de responsabilidad de la providencia de primer grado en contra de los procesados VARGAS y MONROY CHILITO para condenarlos por el delito de concusión y no por el atentatorio de la libertad personal, como lo solicitó el ente fiscal.

Adicionalmente se tiene que, el referido proceder del ad quem irrumpe aún más cuestionable si se advierte, con independencia de los aparentes beneficios que podría irradiar a favor de los procesados en punto de la pena como adelante se precisará, que no existe homogeneidad alguna entre las conductas de secuestro extorsivo y concusión. Sus elementos son diversos, tanto que no están comprendidos dentro de la misma denominación jurídica y ni siquiera existe afinidad en cuanto al bien jurídico protegido, lo que razonablemente permitiría colegir en todo caso que al condenar a los procesados por esta delincuencia conculcó su derecho de defensa pues, como ya se señaló, esta conducta no fue atribuida en la solicitud de condena de la Fiscalía y, en esa medida, la defensa no tuvo la oportunidad de ejercer, dentro de los espacios previstos en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, el legítimo derecho de contradicción.

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, la solución que se impone adoptar, tal como lo sugiere el Procurador Delegado, secundado en este sentido por la representante de las víctimas, no es otra que la de decretar la nulidad parcial de la actuación, esto es, exclusivamente en cuanto tiene que ver con lo tramitado en relación con el delito de secuestro extorsivo que terminó en condena por concusión, a partir del momento en que se otorgó a la Fiscalía el turno para alegar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 443 de la ley 906 de 2004, para que verifique en forma adecuada y correcta la tipificación jurídica de la conducta por la cual fue presentada la acusación, esto es, con respecto de la imputación fáctica contenida en ella, que insiste la Sala, resulta inmodificable.

2.3. El principio de la non reformatio in pejus en el marco del sistema acusatorio introducido con la Ley 906 de 2004:

Irrumpe con mayor fuerza la conclusión plasmada en el anterior acápite, por resultar evidente que con la decisión tomada por el Tribunal de mutar la condena por el delito de de secuestro extorsivo a concusión, también se vulneró el principio de la non reformatio in pejus, porque en este caso la impugnación estuvo a cargo exclusivamente del defensor de los procesados, a partir de la connotación que adquiere este apotegma en el marco del sistema penal acusatorio, como atinadamente lo expone el casacionista a través de la segunda censura contenida en la demanda.

Tradicionalmente la Corte venía sosteniendo que el principio en mención se vulneraba cuando el sentenciador hacía más gravosa la situación del condenado que fungía como apelante único, al punto que, como mayoritariamente se señaló en forma reciente, dicho postulado prevalece aún en los eventos en que se evidencia violación al principio de legalidad de la pena.

Con la introducción del sistema acusatorio la concepción de la prohibición de la reforma peyorativa, adquiere mayor trascendencia.

En efecto, ya no basta con verificar si objetivamente se produjo menoscabo a la situación del apelante único sino que, por tratarse de un sistema de partes, en donde juega papel preponderante el principio de "igualdad de armas", el concepto del perjuicio se despoja de esa valoración genérica-objetiva, para trasladarse al plano de la pretensión particular.

De tal modo que, como bien lo señaló el Procurador Delegado en su intervención durante la audiencia de sustentación, comporta violación del principio aludido la introducción de una temática nueva por parte del funcionario judicial que desata la apelación, respecto de la cual el recurrente no ha tenido oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

Esto, porque a partir de un sistema que se caracteriza por ser de partes, quien recurre pone los límites a la competencia de la segunda instancia, de modo que cuando ésta desborda tales linderos, inexorablemente perjudica su situación.

Pues bien, esta última situación es la que se verifica en el asunto que concita la atención de la Sala, pues si bien es cierto desde una óptica objetiva el hecho de mutar el reproche criminal por el delito de secuestro extorsivo al de concusión es favorable para los procesados VARGAS y MONROY CHILITO, en tanto desde el punto de vista punitivo consecuentemente con la determinación del Tribunal se redujo significativamente su pena de prisión de 636 a 181 meses de de prisión (último guarismo correspondiente a 15 años y 1 mes), así como la pecuniaria de 23.750 a 87.15 salarios mínimos legales mensuales, no lo es menos que los alegatos defensivos en sustento del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado se enfocaron a cuestionar jurídica y probatoriamente la imputación por el delito contra la libertad personal, sin que por parte alguna se abordara lo pertinente al delito de concusión.

Una tal situación, dentro de la cobertura que ofrece el sistema acusatorio, se insiste,

compromete el derecho de defensa de los sindicados, en virtud a que se trata de una imputación de la que no pudo ocuparse y de hecho no se ocupó su defensor en el escrito por cuyo medio sustentó el recurso de apelación, dado que por este delito ni se formuló acusación jurídica, ni tampoco se realizó debate alguno y menos se incluyó en los alegatos finales de la Fiscalía.

Dicha circunstancia corrobora la conclusión expuesta en precedencia en el sentido de que, para restablecer la garantía de los procesados a un proceso como es debido, desde la óptica de los derechos de defensa y contradicción, se impone la declaratoria de nulidad parcial en los términos atrás indicados, a lo cual procederá la Sala en la parte resolutive del presente fallo de casación.

3. Cargo tercero. Causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 340 de la Ley 599 de 2000:

En relación con este tercero y último cargo la Sala anuncia, desde ya, que la conclusión a la que razonablemente se llega es a la de su improsperidad, la cual se sustenta en los siguientes argumentos:

El reparo que formula el defensor se fundamenta en la causal primera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, al estimar que el fallo impugnado violó directamente la ley sustancial por aplicación indebida del texto legal contenido en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, que reprime el delito de concierto para delinquir.

El recurrente, secundado por el Procurador Delegado, señala que, a partir de los hechos que el Tribunal dio por demostrados, no es posible tener por demostrada la hipótesis contenida en la disposición aludida, en tanto que en el presente evento se está en presencia de una asociación con fines ocasionales o transitorios, esto es, despojada del elemento permanencia que caracteriza y es inherente al concierto para delinquir,

máxime cuando el mismo fallador de segunda instancia reconoce que hubo distribución de tareas por parte de los integrantes de la empresa criminal, actividad que se corresponde con las características propias de la denominada coautoría impropia.

Pues bien, en relación con este particular planteamiento que constituye el argumento toral de este cargo, esto es, que en la sentencia se admite que los procesados actuaron bajo dicha modalidad de coautoría, resulta indispensable precisar que aun cuando en el referido fallo ciertamente se alude a distribución de tareas entre los diferentes intervinientes de las conductas, en sentir de la Sala esa referencia insular y, si se quiere, irrelevante, en este particular asunto carece de la connotación y efecto que pretende atribuirle la defensa, para propiciar la casación del mismo en relación con la condena por el delito de concierto para delinquir.

En efecto, la referencia al despliegue de tareas delictivas fue incluida por el ad quem en el siguiente aparte de la decisión impugnada por vía extraordinaria, desde luego no como consustancial a la denominada coautoría impropia, sino como la división que también existe cuando se trata de asociaciones delictivas, como sin dubitación lo refrendó a continuación de la referida mención, en los siguientes términos:

“Aspecto diferente es la existencia del concierto para delinquir concebido sobre la base de que los hechos de los días 5 y 6 de abril de 2005 fueron ejecutados por una misma empresa criminal, lo cual es refutado igualmente por el defensor por cuanto en su criterio no aparece ello demostrado, máxime que de otra parte se acreditó que el segundo de los mencionados días los dos acusados estuvieron al frente de sus funciones en la institución de la Policía.

(...)

La evidencia de la no intervención de los dos procesados en esos segundos hechos, confirma es la distribución de tareas de los integrantes de la empresa criminal, y como se

dijo al comienzo, lo que se sanciona es el hecho de estar asociado con otros para cometer delitos y no se olvide que según Orjuela Cárdenas los aquí procesados llamaron por teléfono y le hicieron saber que ya venía otro sujeto que era más exigente y duro en la exigencia ilícita, y a quien al parecer llamaron previamente cuando decidieron aceptar los \$ 80.000.

La integración e interrelación de ese compendio de hechos, hacen diáfana la existencia de la empresa criminal a la que estaban vinculados los dos procesados, y todo indica que en los hechos que protagonizaron el día 5, recogieron la dirección de residencia del comerciante, merced a lo cual pudieron llegar a ella los protagonistas de los hechos del segundo día, mostrando sincronía y resolución, propia de sociedad y organización antisocial” (subrayas fuera de texto).

Del contenido material de lo expuesto por el ad quem, es claro que no puede en modo alguno llegarse a la conclusión de que se estaba reconociendo un actuar propio de quienes de manera transitoria u ocasional se acuerdan para cometer un determinado delito y, descartando, por consiguiente, el típico de un verdadero concierto para delinquir, conducta punible ésta por la cual se formuló la acusación, se dio el debate oral durante el juicio y, finalmente, se solicitó condena por parte de la Fiscalía a través de sus alegatos conclusivos.

En esta materia el Tribunal es diáfano en señalar que los diversos elementos de prueba aportados al juicio oral permitían colegir que tanto los sujetos que intervinieron en los hechos ocurridos el día 5 de abril de 2005, entre quienes figuran los aquí procesados MONROY CHILITO y VARGAS, como los que intervinieron al día siguiente, hacían parte de una estructurada organización criminal, cuyo objetivo no era simplemente realizar la conducta objeto de esta investigación, sino un número indeterminado de hechos punibles, motivo por el cual sobreviene el reproche criminal por la modalidad delictiva de concierto para delinquir.

No otra conclusión se extrae cuando el ad quem sostiene, con fundamento en la prueba obrante, que los procesados cumplieron la función de persuadir a Camilo Orjuela, pero que había otro u otros sujetos que se encargarían de tomar represalias en caso de que aquél no accediera a la ilícita pretensión económica, lo cual responde a la estructura propia de una organización delictiva con vocación de permanencia y no a una empresa transitoria u ocasional.

Importa puntualizar, igualmente, que entendida en su real dimensión la afirmación del Tribunal, ella tampoco resulta extraña al desarrollo de la dogmática jurídico penal, dado que el elemento distribución de funciones, así como ocurre también con el de la presencia de un acuerdo previo, no son exclusivos de la figura de la coautoría impropia, en la medida en que también caracterizan a las asociaciones delictivas.

En efecto, no se puede concebir una organización criminal con carácter permanente sin la existencia de un acuerdo previo para la ejecución de los fines trazados, lo que se constituye precisamente en el núcleo de la conducta punible reprimida en el artículo 340 del estatuto sustantivo penal.

Por lo mismo, tampoco es admisible que en procura de un tal propósito no se verifique al interior de la organización la asignación previa de funciones o roles entre sus integrantes, como se constata en este asunto a partir de la amenaza que profirieron los procesados a Camilo Orjuela en el sentido de que vendría otro sujeto “más duro” y con métodos diversos, para obligarlo a acceder a la pretensión.

De ahí que se pueda afirmar que el elemento que realmente distingue a las figuras en comento estriba en la naturaleza del acuerdo celebrado entre sus integrantes, pues en tratándose de la coautoría impropia el mismo es momentáneo u ocasional, al paso que para la configuración del delito de concierto para delinquir debe tener connotación

de permanencia. Dicho de otro modo: es necesario que sus integrantes consientan en organizarse con el objeto de cometer incierta cantidad de conductas delictivas. Sobre este punto en particular, la Sala recientemente realizó la siguiente precisión que ahora se reitera:

“Esta conducta (se refiere al concierto para delinquir, se aclara) hace relación a un acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados y basta con la comprobación del pacto de asociación delictiva de manera permanente para que se pueda declarar su existencia, no pudiéndose confundir con la figura de la coautoría, en la cual el acuerdo es momentáneo u ocasional en torno a la comisión de un determinado punible”¹⁰

(subrayas fuera de texto).

Queda claro, por consiguiente, que en el fallo impugnado si bien se aludió al elemento referido a la distribución de funciones entre sus integrantes, dicha alusión no tuvo por objeto encasillar la comisión de la conducta en la modalidad de coautoría impropia, sino en procura de evidenciar que los procesados pertenecían a una organización delictiva con carácter permanente y que, por lo tanto, eran merecedores de la sanción contenida en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, para el delito de concierto para delinquir.

El Tribunal, además, llegó a tal convicción, a partir de la ponderación adecuada de los elementos de juicio aportados a la actuación, merced a los cuales se infiere que la empresa criminal de la que hacían parte los procesados no tenía como fin exclusivo la comisión de las conductas que se investigan en esta actuación.

En efecto, el *modus operandi* empleado en el caso de la especie irrumpe como suficiente para poner de manifiesto que se está ante una organización articulada compuesta por miembros de la Fuerza Pública, lo que no se puede desconocer bajo el simple pretexto de que a los procesados exclusivamente se los juzga por las conductas perpetradas el día 5 de abril de 2005.

De conformidad con lo expuesto, la conclusión a la que razonablemente se llega en relación con la censura que concita la atención de la Sala, es la de su improsperidad.

Cuestión final:

Consecuencias jurídicas de las decisiones adoptadas a través de esta providencia:

La determinación de casar el fallo impugnado en cuanto a la condena por el delito de concusión para en su lugar decretar lo nulidad de lo actuado a partir del turno para alegar de la Fiscalía durante el juicio oral y la de no casarlo respecto del reproche criminal por el delito de concierto para delinquir agravado, comporta prima facie el decreto de la ruptura de la unidad procesal, según lo prevé el artículo 53, numeral 2° de la Ley 906 de 2004.

Consecuentemente, se impone marginar del proceso de dosificación de la pena la correspondiente al delito de concusión, para cuya determinación, dicho sea de paso, la Sala respetará los parámetros establecidos por los falladores al momento de su individualización y, en especial, los derroteros seguidos por el Tribunal, atendido el hecho de que el sentenciador de primer grado no condenó a los procesados por dicha delincuencia.

Desde esa perspectiva, se tiene que el ad quem, luego de señalar que la conducta más grave deducida a los procesados era la de concusión, para lo cual tuvo en cuenta el aumento generalizado de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, estableció los cuartos punitivos de movilidad. Posteriormente se ubicó, tal como lo hizo el juzgador de primera instancia, en el primer cuarto medio, dado que en contra de los sindicados se dedujo la “agravación de la conducta por la causal de la coparticipación”.

Acto seguido, partió de la pena mínima prevista en el aludido cuarto (117 meses), guarismo que incrementó en sesenta y cuatro (64) meses más por la conducta

concurrente de concierto para delinquir, todo lo cual arrojó un monto definitivo de pena a imponer de quince (15) años y un (1) mes de prisión.

Con base en los mismos parámetros, se establecerá la pena que corresponde a los procesados VARGAS y MONROY CHILITO por el delito de concierto para delinquir agravado.

Dicha conducta punible, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, se castiga con una pena de tres (3) a seis (6) años de prisión, la cual se incrementa “de una tercera parte a la mitad” en virtud de la circunstancia de agravación prevista en el artículo 342 ibídem, deducida en contra de los procesados, lo que da un marco punitivo de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses de prisión.

Este margen se modifica en razón del incremento generalizado de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, concretamente en una tercera parte del mínimo y en la mitad del máximo, procedimiento que arroja un nuevo marco comprendido entre sesenta y cuatro (64) y ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

Como lo dispone el artículo 61 del estatuto sustantivo penal, una vez establecidos los límites mínimo y máximo de la pena que se deberá fijar, procede la determinación de los respectivos cuartos de movilidad, que en este caso están conformados así: el cuarto mínimo entre sesenta y cuatro (64) meses y ochenta y ocho (88) meses y quince (15) días; el primer cuarto medio, entre ocho (88) meses y dieciséis (16) días y ciento trece (113) meses; el segundo cuarto medio, entre ciento trece (113) meses y ciento treinta y siete (137) meses y quince (15) días y; el cuarto máximo, entre ciento treinta y siete (137) meses y dieciséis (16) días y ciento sesenta y dos (162) meses.

Ahora, si bien es cierto que los juzgadores se situaron en el primer cuarto medio,

argumentando en tal sentido que concurrían circunstancias de menor punibilidad (carencia de antecedentes penales, de conformidad con el art. 55, num. 1° del C.P.) y de mayor punibilidad (obrar en coparticipación criminal, según el art. 58 num. 10 del C.P.), no lo es menos que la Sala prescindirá de aplicar esta última circunstancia, por estimar que ello comportaría vulneración del principio non bis in ídem en razón a que la conducta de concierto para delinquir subsume necesariamente el fenómeno de la coparticipación criminal, dado que se trata de un tipo penal plurisubjetivo.

Así las cosas, al subsistir exclusivamente la circunstancia de menor punibilidad atinente a la ausencia de antecedentes penales de los procesados impone ubicar la pena dentro del cuarto mínimo, según lo ordena el inciso segundo del referido artículo 61 del ordenamiento sustantivo penal. Significa lo anterior, que la pena se fijará dentro del margen comprendido entre sesenta y cuatro (64) meses y ochenta y ocho (88) meses y quince (15) días de prisión.

Finalmente, como los falladores de instancia partieron del monto mínimo dentro del cuarto seleccionado, parámetro que debe acatar la Sala, ello se traduce en que la pena privativa de la libertad definitiva a imponer a los procesados LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO es de sesenta y cuatro (64) meses.

En lo que concierne a la pena de multa, la cual se fijó por el ad quem en suma equivalente a 87.15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, impera precisar que la Corte no condenará por este concepto, habida cuenta que no está contemplada como sanción para la modalidad de concierto para delinquir a que refiere el inciso primero del artículo 340, agravada por la circunstancia prevista en el 342 de la Ley 599 de 2000 y modificada por el 14 de la Ley 890 de 2004.

Por otro lado, respecto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y públicas que el Tribunal impuso como principal por el término de 7.95 años

al encontrar responsables a los procesados del delito de concusión, a consecuencia de lo ordenado mediante esta providencia, pierde esa categoría y adquiere el carácter de accesoria, fijándose por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad.

Resta señalar en relación con la pena a imponer a los procesados que las determinaciones aquí adoptadas no afectan lo resuelto por las instancias en relación con el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y el sustituto de la prisión domiciliaria.

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. CASAR parcialmente el fallo de segundo grado en el sentido de disponer la nulidad de lo tramitado en relación con el delito de secuestro extorsivo agravado que terminó en condena por concusión, a partir del turno concedido a la Fiscalía para la presentación de alegatos finales durante la audiencia del juicio oral, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

En consecuencia, se ordena la ruptura de la unidad procesal respecto de esta conducta punible y el envío de las diligencias al Juzgado 18 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, o al que haga sus veces, para que rehaga la actuación en los términos indicados.

2. PRECISAR que los medios de prueba obrantes en la actuación procesal conservarán su validez.

3. NO CASAR la sentencia atacada en razón del cargo tercero propuesto en la demanda.

4. SEÑALAR que LUIS ALEXANDER VARGAS y YAMID HERNANDO MONROY CHILITO en su condición de autores penalmente responsables del delito de concierto para delinquir agravado quedan condenados a purgar la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

5. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN
MILANES

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

Salvamento de voto

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 Sentencia de fecha marzo 23 de 2006. Rad. 24300.
- 2 Entre otras, consúltese sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.
- 3 Armenta Deu, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Marcial Pons, segunda edición. 2004. En el mismo sentido, López Barja de Quiroga, Jacobo, Tratado de Derecho Procesal Penal .Ed. Thomson, 2004.
- 4 Auto de fecha febrero 14 de 2002. Rad. 18457.
- 5 Armenta Deu, Teresa, Principio Acusatorio y Derecho Penal. J.M. Bosch Editor, 2003 y Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Penal. Ed. Colex, 1996.
- 6 Planchadell Gargallo, A. El derecho fundamental a ser informado de la acusación, Valencia, 1999, passim.
- 7 Entre otras, sentencia de fecha octubre 20 de 2005, Rad. 24026.
- 8 Sentencia de fecha agosto 10 de 2006. Rad. 25196.
- 9 Auto de fecha febrero 14 de 2002. Rad. 18457.
- 10 Sentencia de fecha abril 28 de 2004. Rad. 19435.