

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrados Ponentes

SP6354-2015

Radicación 44287

(Aprobado acta No. 184).

Bogotá D.C., mayo veinticinco (25) de dos mil quince (2015).

VISTOS

Una vez realizada la diligencia de audiencia de sustentación del recurso extraordinario, resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el defensor del Subteniente de la Policía Nacional EDWIN HERNÁNDEZ MELO, contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín el 28 de mayo de 2014, a través de la cual revocó el fallo absolutorio proferido en favor del mencionado ciudadano y el Agente de la misma entidad Luis Eduardo Angulo Franco por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la capital antioqueña el 21 de noviembre de 2013, para en su lugar condenarlos como coautores del delito de concusión.

HECHOS

Aproximadamente a las 11:30 de la noche del 16 de julio de 2012, la policía fue alertada

sobre dos individuos que en la calle 50 con carrera 80 de Medellín se encontraban en una moto en aparente actitud sospechosa, motivo por el cual hasta allí arribaron dos agentes de la Policía Nacional, quienes verificaron que tales personas no contaban con la tarjeta de propiedad del rodante, pese a que Cristian Alejandro Restrepo Tabares adujo ser el dueño; a su vez, Jonathan Arbey Velásquez Pinzón, el otro involucrado, no exhibió su cédula de ciudadanía, y entonces, se dispuso la conducción de ambos a la estación de la zona.

En apoyo de los policiales llegaron otros quienes solicitaron una radiopatrulla, en la cual concurrieron hasta el sitio EDWIN HERNÁNDEZ MELO (Subteniente) y Luis Eduardo Angulo Franco (Agente), procediendo a subir a Restrepo y Velásquez, junto con la motocicleta, y en el recorrido les pidieron un millón de pesos a cambio de su libertad, además de no judicializarlos y devolverles la moto. Finalmente los referidos ciudadanos quedaron en libertad a las 2:30 de la mañana, al prometer que entregarían a los policiales \$650.000 a las 3:00 de la tarde del día siguiente, en la carrera 65 con calle 56, a donde acudieron a recoger el dinero y entregar el rodante, oportunidad en la cual fueron capturados.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 18 de julio de 2012 en el Juzgado Veintidós Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín se impartió legalidad a la captura de EDWIN HERNÁNDEZ MELO y Luis Eduardo Angulo Franco, diligencia en la cual la Fiscalía les imputó la comisión del concurso de delitos de concusión y privación ilegal de la libertad (artículos 404 y 174 de la Ley 599 de 2000), sin que se allanaran, y a instancia del ente acusador les fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 4 de octubre de la misma anualidad, la Fiscalía reformuló la imputación por el

concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado agravado (artículos 169, 170-2-5, 171, 240-2 y 241-10, respectivamente, del referido ordenamiento punitivo), la que tampoco aceptaron.

Presentado el escrito de acusación y realizada la correspondiente audiencia el 4 de diciembre de 2012, la Fiscalía insistió en la misma imputación referida en precedencia. En los alegatos finales del debate oral el ente acusador solicitó absolución por el punible contra el patrimonio económico y condena por el delito contra la libertad individual. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín dictó fallo el 21 de noviembre de 2013, por cuyo medio absolvió a EDWIN HERNÁNDEZ MELO y Luis Eduardo Angulo Franco.

Impugnado el fallo del a quo por la Fiscalía, el Tribunal Superior de Medellín lo revocó el 28 de mayo de 2014, para en su lugar condenar a los procesados a la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses, como coautores penalmente responsables del delito de concusión. En la misma providencia les fue negada tanto la condena de ejecución condicional, como la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

Contra la sentencia del ad quem el defensor de EDWIN HERNÁNDEZ MELO interpuso recurso de casación y allegó la respectiva demanda, la cual fue admitida mediante proveído del 22 de enero del año en curso, y el 12 de marzo siguiente se realizó la audiencia de sustentación.

EL LIBELO

El recurrente propone dos reparos; el primero por violación del debido proceso de su representado, producto de incongruencia entre acusación y fallo, pues se le acusó como presunto coautor del concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto

calificado agravado, pero el Tribunal lo condenó como autor del punible de concusión.

Advera que la defensa fue sorprendida en el fallo atacado con una imputación que no estuvo en condición de contradecir, máxime si no hay lugar a oponer razonablemente hechos o normas dada la fase de la actuación en que fue variada la imputación jurídica, todo lo cual quebranta el derecho a la defensa de EDWIN HERNÁNDEZ MELO.

Añade que los delitos objeto de acusación no corresponden al mismo género del punible por el cual se condenó, pues el secuestro protege la libertad individual, mientras que la concusión asegura la administración pública; en apoyo de su exposición cita la sentencia de esta Colegiatura del 3 de junio de 2009 (Rad. 28469).

También destaca que la Fiscalía no acreditó dentro del proceso los elementos estructurales del delito de concusión, pues orientó su labor a demostrar el punible de secuestro.

Concluye que el Tribunal excedió sus funciones al condenar por un delito diverso al que fue abordado en la acusación.

En el segundo reparo el defensor postula la violación indirecta de la ley derivada de falso juicio de existencia por suposición “de una prueba testimonial” para “dar fuerza al presupuesto fáctico de la exigencia económica y así componer el cargo por concusión”, y distorsión de los testimonios de Didier Restrepo, Jonathan Velásquez, Pablo Castaño y Omar Estrada, pues no tienen los alcances que el ad quem les dio.

En el desarrollo de la censura asevera que el juez plural sustenta la materialidad del delito de concusión en la declaración de Sandra Patricia Pinzón, madre de Jonathan Arbey Velásquez Pinzón, quien jamás fue contactada para asegurar la consecución del dinero.

Tampoco el testimonio de Didier Restrepo da cuenta de tal situación, máxime si Jonathan Arbey declaró que no le exigieron dinero y llamaron a su progenitora únicamente para corroborar sus datos personales, amén de que Pablo César Castaño, investigador del CTI dijo que se preparó la captura de los policías, pero estos no recibieron dinero y no intentaron huir.

Con base en lo expuesto, el censor considera que no se demostró la materialidad del delito de concusión por el cual se condenó a su procurado, motivo por el cual se impone la casación del fallo atacado, para en su lugar dictar sentencia absolutoria en favor de EDWIN HERNÁNDEZ MELO.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención de la defensa (demandante)

El defensor planteó fundamentalmente los mismos argumentos que ofreció en la demanda, en procura de conseguir para EDWIN HERNÁNDEZ MELO la casación del fallo del Tribunal, y que en su lugar se profiera sentencia absolutoria.

2. Intervención de la Fiscalía (no recurrente)

El Fiscal Tercero Delegado ante esta Colegiatura solicitó no casar el fallo impugnado, por considerar, respecto del primer reparo, que en nuestro sistema procesal rige el principio de congruencia entre acusación y fallo de manera flexible, y no hay duda que en este asunto se acreditó la exigencia de dinero por parte de los acusados y la privación

de la libertad de dos ciudadanos.

Entonces, (i) Hay identidad de los hechos entre acusación y fallo, es decir, no fueron modificados; (ii) Se trata de delitos del mismo género, no en cuanto a su ubicación en el Código Penal, sino dado el carácter pluriofensivo que tienen, pues si bien la concusión afecta la administración pública, lo cierto es que comporta una extorsión con incidencia en la autonomía y libertad de las personas, además del patrimonio económico, de manera que en este caso podía imputarse dicho delito, pese a que en estricto sentido no corresponde al mismo bien jurídico del punible de secuestro; (iii) Ha exigido la jurisprudencia que la variación jurídica sea de menor entidad, requisito cumplido en este asunto pues la punibilidad del delito de concusión es sustancialmente más baja que la del secuestro extorsivo.

Tampoco se violó el derecho de defensa, dice el Delegado, pues en el trascurso del diligenciamiento se defendió de los mismos hechos, esto es, la exigencia del dinero y la privación de la libertad de Cristian Alejandro Restrepo Tabares y Jonathan Arbey Velásquez Pinzón, de modo que no fue variado el núcleo fáctico de la imputación.

Con relación a la segunda censura, plantea el ente acusador que no es procedente la casación del fallo, pues si los medios probatorios deben ser apreciados en conjunto, la queja del actor es infundada, con mayor razón si el funcionario de primer grado y el Tribunal no reconocieron la falta de prueba sobre la exigencia del dinero y la privación de la libertad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto atañe al primer cargo, en el cual el defensor de EDWIN HERNÁNDEZ MELO denuncia la violación del principio de congruencia por parte del Tribunal de Medellín, toda vez que su asistido fue acusado por el concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado agravado, pero fue condenado en segunda instancia

por el punible de concusión, oportuno resulta efectuar las siguientes precisiones (Cfr. Salvamento de voto a SP13938, 15 oct. 2014. Rad. 41253):

Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, el principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

La incongruencia entre acusación y fallo no se encuentra expresamente reconocida como causal de casación en la Ley 906 de 2004, como si aparecía en la causal segunda reglada en el numeral 2º del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 y en otros estatutos, pero no se discute que cuando se profiere un fallo con desconocimiento de los parámetros de la acusación, se afectan las reglas del debido proceso en su estructura básica, así como las garantías debidas a los intervinientes, motivo por el cual tal incorrección es demandable bajo la égida de la causal segunda dispuesta en el artículo 181 de la citada legislación procesal del 2004.

En efecto, el artículo 448 de dicha normatividad establece:

“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”.

Sobre el alcance de la norma en comento la Corte ha señalado que su quebranto se produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero

deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en la audiencia de formulación de la acusación¹.

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es necesario anotar, sin embargo, que desde la SP, 27 jul. 2007. Rad. 26468, la Corte viene admitiendo la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta.

Sobre el particular, se precisó en la reseñada decisión que el fiscal bien puede “solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes” (subrayas fuera de texto) y sin que se haga más gravosa la situación del acusado.

No obstante, ya en SP, 16 mar. 2011. Rad. 32685, había puntualizado la

Sala que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la Fiscalía. Sobre el particular, textualmente señaló:

“Si bien en el precedente citado por el defensor de Nelson Enrique Galvis Rojas², la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado” (subrayas fuera de texto).

Así en CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621, en la cual se citaron decisiones anteriores, la Corporación expresó:

“Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto³, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia⁴:

‘...Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo,

modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes” (subrayas fuera de texto).

Por su parte, en CSJ AP, 3 jul. 2013. Rad. 33790 se dijo:

“Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo...” (subrayas fuera de texto).

Más recientemente, en CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, sostuvo la Corporación:

“... la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879” (subrayas fuera de texto).

En AP, 24 sep. 2014. Rad. 44458 reiteró la Corte, que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.

Obsérvese cómo en la primera de las decisiones remembradas, según así también se destacó en la providencia del 15 de agosto de 2013, la Sala ratificó su propósito de consolidar una línea jurisprudencial sólida que dejara atrás ese concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la Fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo.

El caso concreto

Una vez efectuadas las anteriores precisiones en punto del ámbito de cobertura del principio de congruencia, a fin de abordar el planteamiento del cargo formulado por el

defensor, es necesario efectuar un recuento de la actuación procesal, con el propósito de establecer con precisión en qué consistió el devenir de la imputación por parte de la Fiscalía en el desarrollo del diligenciamiento, y de esa manera constatar si el fallo del Tribunal mantuvo o no consonancia con aquella.

En tal cometido se observa que EDWIN HERNÁNDEZ MELO y Luis Eduardo Angulo Franco fueron acusados porque cerca de la media noche del 16 de julio de 2012, luego de subir a Cristian Alejandro Restrepo Tabares y Jonathan Arbey Velásquez Pinzón a la radiopatrulla de la policía, les pidieron un millón de pesos a cambio de su libertad, además de no judicializarlos y devolverles la moto. Finalmente los referidos ciudadanos quedaron en libertad a las 2:30 de la mañana, bajo la promesa de entregar a los policiales \$650.000 a las 3:00 de la tarde del día siguiente, en la carrera 65 con calle 56, a donde acudieron a recoger el dinero y entregar el rodante, oportunidad en la cual fueron capturados.

En la acusación la Fiscalía enmarcó dicho supuesto fáctico en el concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado (artículo 169 en concordancia con el 170 numeral 2º “si se sometiere a la víctima a tortura física o moral” y 5º “cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público” del Código Penal) y hurto (artículo 239 ídem) calificado (numeral 2º del artículo 240 “con violencia sobre las personas”) y agravado (numeral 10º “por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”, del mismo estatuto).

En los alegatos de audiencia el ente acusador sólo deprecó condena por el punible contra la libertad individual, de modo que conforme a la línea jurisprudencial hasta ahora imperante, se entiende que la Fiscalía retiró el cargo por el citado delito contra el patrimonio económico.

El a quo dictó fallo el 21 de noviembre de 2013, por cuyo medio absolvió a

EDWIN HERNÁNDEZ MELO y Luis Eduardo Angulo Franco, decisión que al ser impugnada por la Fiscalía fue revocada por el Tribunal Superior de Medellín el 28 de mayo de 2014, para en su lugar condenar a los procesados como coautores penalmente responsables del delito de concusión.

De la síntesis del curso del proceso advierte la Sala que el ad quem quebrantó el principio de congruencia entre acusación y fallo, en cuanto no sólo modificó la denominación jurídica de la conducta, sino que alteró la imputación fáctica, en la medida que el punible de secuestro extorsivo agravado corresponde a unos hechos sustancialmente diversos de los que integran el punible de concusión.

En efecto, el artículo 169 de la Ley 599 de 2000 que se ocupa del secuestro extorsivo dispone:

“El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión...”.

Por su parte, el artículo 404 del mismo ordenamiento, define el delito de concusión en los siguientes términos:

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión...”.

El delito de secuestro protege la libertad individual en su sentido básico, que involucra privar a otro del derecho de locomoción, esto es, de aquella posibilidad de disponer según su voluntad del lugar en el que quiere permanecer o ir; los verbos rectores alternativos corresponden a arrebatar (quitar, apoderar, desposeer, arrancar), sustraer (raptar, despojar, escamotear, tomar), retener (estancar, inmovilizar, detener, paralizar), u ocultar

(esconder, tapar, enmascarar) a una persona, con el ingrediente subjetivo – a diferencia del secuestro simple como tipo residual – de exigir por la libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

a) En cuanto atañe al núcleo esencial de la imputación fáctica se encuentra que los referidos delitos son de diverso género, pues el secuestro extorsivo agravado corresponde al Capítulo II del Título III del Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad individual, mientras que la concusión está en el Capítulo II del Título XV del mismo ordenamiento, que pertenece a los punibles contra la administración pública.

b) Impera señalar que en el caso de la especie hay una clara ruptura entre la función pública policial de los procesados y la conducta de secuestrar a dos ciudadanos, pues desde el primer momento en que fueron subidos a la patrulla se les exigió confesar la comisión de un delito de hurto que no habían cometido, amén de que les fue exigido dinero a cambio de su libertad, con mayor razón si de una parte, no se encontraban en situación de flagrancia ni mediaba orden de captura para proceder a su aprehensión, y de otra, su retención no se orientó a identificarlos, pues nunca fueron efectivamente conducidos a una estación de policía, sino que procedieron a dar vueltas en la radiopatrulla por la ciudad de Medellín para quebrantar su voluntad y conseguir su intimidación, ante la desconfianza de perder su libertad, o incluso, temer por su vida.

c) En la concusión la víctima actúa determinada por el metus potestatis publicae, esto es, por el temor derivado de fuerza física o moral (constreñimiento) que infunde el funcionario en razón de su investidura oficial, mientras que en el secuestro extorsivo agravado que imputó la Fiscalía, la ilícita persuasión se configura a partir del proceder de los acusados en caminado a exigir dinero a los retenidos a cambio de su libertad.

d) No hay duda que en ambos delitos hay un sometimiento de la voluntad, en el secuestro extorsivo agravado, por la incertidumbre de lo que pueda pasar a quien ha sido retenido contra su voluntad, mientras que en la concusión se soporta en el carácter oficial de los servidores públicos y el abuso de sus funciones; allí subyace la evidente mutación que del núcleo fáctico realizó el Tribunal de Medellín en el fallo de segundo grado, al condenar por el delito de concusión, pese a que los procesados fueron acusados por el punible de secuestro extorsivo agravado.

Puntualizado lo anterior, como ya se advirtió, encuentra la Sala que en este caso la conducta de los acusados fue impropriamente adecuada por el Tribunal al delito de concusión, cuando lo cierto es que correspondía al punible de secuestro extorsivo agravado, imputado por la Fiscalía a EDWIN HERNÁNDEZ MELO (Subteniente) y Luis Eduardo Angulo Franco (Agente) desde la audiencia de formulación de acusación, al paso que el juez de primer grado los absolvió, mientras que el ad quem los condenó por el punible de concusión, de manera que desbordó los límites de la acusación y sorprendió a la defensa con unos elementos distintos a los abordados en el desarrollo del proceso, es decir, vulneró el principio de congruencia, todo lo cual impone casar parcialmente el fallo atacado para reparar el agravio.

Desde luego, la enmienda de la incorrección no será la deprecada por el defensor, esto es, la absolución de su procurado EDWIN HERNÁNDEZ MELO, y por extensión, de Luis Eduardo Angulo Franco como no recurrente (artículo 187 de la Ley 906 de 2004), toda vez que la Sala no advierte equívoco alguno en la acusación acerca de la calificación del comportamiento investigado, y por el contrario, constata que la incorrección se produjo únicamente en la sentencia de segunda instancia, respecto de la cual es necesario adoptar los correctivos a que haya lugar.

Al revocar el fallo absolutorio del a quo, el Tribunal Superior de Medellín condenó a EDWIN HERNÁNDEZ MELO y Luis Eduardo Angulo Franco, a la pena principal de

noventa y seis (96) meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses, como coautores penalmente responsables del delito de concusión.

Por su parte, el secuestro extorsivo agravado parte de treinta y siete (37) años de prisión y multa de 6.666,66 salarios mínimos legales mensuales (artículo 3º de la Ley 733 de 2002, teniendo en cuenta el incremento de una tercera parte dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

Entonces, para salvaguardar el principio de congruencia entre acusación y fallo se casará parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de condenar a los procesados como coautores penalmente responsables del delito de secuestro extorsivo agravado, pero, como la sanción para tal punible resulta muy superior a la ya impuesta por el ad quem al penar por el delito de concusión, en procura de honrar el principio constitucional de la non reformatio in pejus establecido en el artículo 31 de la Carta Política, no podrá agravarse tal pena, toda vez que el defensor de HERNÁNDEZ MELO es impugnante único.

Es pertinente señalar que la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta en razón del delito de concusión, tendrá el carácter de accesoria en el quantum ya establecido por el ad quem, pues en tal condición se encuentra dispuesta en el estatuto punitivo para el punible de secuestro extorsivo agravado.

Con relación al segundo reparo, en el cual la defensa plantea la violación indirecta de la ley derivada de falso juicio de existencia por suposición “de una prueba testimonial” para “dar fuerza al presupuesto fáctico de la exigencia económica y así componer el cargo por concusión”, y distorsión de los testimonios de Didier Restrepo, Jonathan Velásquez, Pablo Castaño y Omar Estrada, pues no tienen los alcances que el

ad quem les dio, considera la Colegiatura que el Tribunal no incurrió en los errores denunciados, conforme a las siguientes razones.

En efecto, con independencia de si Sandra Patricia Pinzón, madre de Jonathan Arbey Velásquez Pinzón, fue o no contactada por los procesados para asegurar la consecución del dinero, lo cierto es que el Subteniente EDWIN HERNÁNDEZ MELO y el Agente Luis Eduardo Angulo Franco exigieron a Cristian Alejandro Restrepo Tabares y Jonathan Arbey Velásquez Pinzón un millón de pesos a cambio de su libertad, además de no judicializarlos y entregarles la motocicleta, suma finalmente acordada en \$650.000, de modo que en ese preciso instante cobró entidad el delito de secuestro extorsivo agravado, esto es, la amenaza contra su libertad personal a cambio de obtener un beneficio económico.

Si el testimonio de Didier Restrepo tampoco da cuenta de que la mencionada progenitora haya sido llamada por los procesados para pedir dinero, ello no tiene la virtud de desnaturalizar el ya referido delito contra la libertad individual.

Resulta inconsistente que Jonathan Arbey haya declarado que no le exigieron dinero y llamaron a su madre únicamente para corroborar sus datos personales, pues fue otra la información que determinó el operativo que culminó con la captura de los acusados.

Tampoco tiene la relevancia pretendida por la defensa que Pablo César Castaño, investigador del CTI, haya relatado que se preparó la captura de los policías, pero estos no recibieron dinero y no intentaron huir, pues se insiste, lo que importa es el constreñimiento ejercido por los procesados sobre dos ciudadanos privados de su libertad, a cambio de recibir un millón de pesos, conducta que dio lugar al procedimiento culminado con su captura.

Es pertinente señalar para la consumación del delito de secuestro extorsivo no es necesaria la materialización del ingrediente subjetivo que determinó la retención de las

personas, y en virtud de ello, no requiere la efectiva entrega del dinero o el beneficio solicitado por el autor o prometido por la víctima.

Las razones expuestas bastan para concluir que este reproche no está llamado a prosperar.

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 la sentencia impugnada, en el sentido de condenar a EDWIN HERNÁNDEZ MELO y Luis Eduardo Angulo Franco, como coautores penalmente responsables del delito de secuestro extorsivo agravado por el cual fueron acusados.

2. CONDENAR, en consecuencia, a los mencionados ciudadanos, a las penas principales de noventa y seis (96) meses de prisión y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

3. PRECISAR que en lo demás, el fallo del Tribunal permanece incólume.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Salvamento parcial de voto

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Dado que de tiempo atrás he considerado que el principio de legalidad no está llamado a ceder frente al principio de la non reformatio in pejus, procedo a exponer las razones por las cuales salvé parcialmente el voto en este asunto, en cuanto no estoy de acuerdo con lo afirmado en la providencia al señalar que en virtud del principio de interdicción de la reforma peyorativa se impondrá a los acusados la pena dispuesta por el Tribunal de Medellín para el delito de concusión, pese a que se les condena por el punible de secuestro extorsivo agravado.

En efecto, no comparto la postura según la cual el principio de legalidad debe ceder al de reformatio in pejus, pues siendo aquél uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, no es posible sin su concurso asegurar la realización de sus fines

esenciales, tales como la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, conforme lo establece el artículo 2º de la Constitución Política. Es decir, el principio de legalidad está llamado no sólo a lograr los principales fines del Estado democráticamente organizado, sino a evitar el caos y la arbitrariedad.

En otras palabras, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos tener confianza en que los funcionarios actuarán siempre con sujeción a la ley.

El respeto a la ley por parte de todas las autoridades públicas, está consagrado en los artículos 1º, 6º, 121 y 123 de la Constitución Política. Preceptos sobre los cuales ha dicho la Corte Constitucional:

“Así las cosas, encontramos que el artículo 1º constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

“En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6º de la [Constitución Política](#) que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones». Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

“Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las

que le atribuyen la Constitución y la ley», y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior”5.

La función judicial no constituye una excepción al mandato superior de la necesaria sujeción a la ley. Por ello, en el artículo 230 de la Carta se consagra perentoriamente:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

Para la trascendente función de administrar justicia el constituyente quiso reiterar en la norma citada el sometimiento de los jueces, en el ejercicio de sus funciones, a la ley, impidiendo de esa forma el capricho y la arbitrariedad.

En materia punitiva, el principio de legalidad está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política. Conforme a esa disposición, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”.

Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere de la definición previa de la conducta como delito y, de la misma manera, que sólo pueda imponérsele la pena previamente establecida en la ley.

El reconocimiento universal del principio de legalidad no fue pacífico. Su consagración en materia punitiva se le debe en gran medida a Cesare Beccaria, quien inspirado en el pensamiento iluminista y en reacción a los desafueros de la monarquía, postuló el

apoteagma «nullum crimen, nulla poena sine lege», cuyo fin estaba dirigido a propender porque se erigieran como delito solamente aquellas conductas que produjeran daño social, sin que pudiese existir persecución por los denominados vicios o pecados, según las definiciones de carácter meramente moral que los gobernantes asignaban ex novo a comportamientos de esa naturaleza⁶.

Buscaba también que las sanciones no fuesen inhumanas⁷ y que se aplicaran, además, en forma proporcional al delito cometido⁸.

El pensamiento de Beccaria se inspiró en el contractualismo de Hobbes y Rousseau, entre otros. Conforme a esa concepción, los hombres vivían en un estado de naturaleza donde las constantes guerras hacían imposible la convivencia pacífica. Por eso decidieron celebrar un acuerdo en virtud del cual entregaron a un tercero (el Estado) la potestad de regular sus vidas. Sin embargo, no entregaron el poder total, “sino la porción necesaria para «mantener el buen orden»”⁹. De ahí que “con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana”¹⁰.

Base del modelo contractualista fue, entonces, la imposición de límites al ejercicio del poder del Estado. Su control opera a través de las leyes que, en el campo punitivo, presupone definir en éstas qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a imponer por su realización.

Las ideas de los iluministas constituyeron motor de la Revolución Francesa de 1789, movimiento que llevó a la proclamación, ese mismo año, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyos artículos 5º y 6º quedó plasmada la supremacía de la ley. El siguiente es el texto de esas disposiciones:

“Artículo 5: La ley puede prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que

la ley no ordena”.

“Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puertos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos”.

A su turno, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas quedó expresado en los artículos 7º y 8º de la Declaración, cuyos textos son del siguiente tenor:

“Artículo 7: Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley”.

“Artículo 8: La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano inspiró las Constituciones de los países donde se instauró posteriormente el modelo del Estado de Derecho, en el cual, por tanto, el principio de legalidad pasó a constituir elemento estructural y fundamento del mismo.

A tono con esa concepción, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el referido principio tiene una posición central en la configuración del Estado de Derecho, en la medida en que es rector del ejercicio del poder y límite del derecho

sancionador¹¹.

Es tal la trascendencia del principio de legalidad en los Estados de Derecho y tan importante para la convivencia de los ciudadanos, que ni aún en los estados de excepción es posible su suspensión. Así lo tiene previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica¹², que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, el artículo 27 de la citada Convención dispone:

“Suspensión de garantías.

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

“2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales

derechos” (subraya fuera de texto).

De tal manera que corresponde a las autoridades públicas no sólo cumplir las leyes sino velar porque no se desconozcan. Esa función, como servidores públicos que son, recae también en los jueces de la República. Por ello, cuando algún funcionario judicial, cualquiera sea su jerarquía, advierta la vulneración del principio de legalidad, su deber es corregir el dislate. No puede, en modo alguno, erigirse en obstáculo del cumplimiento de esa obligación constitucional la prohibición de la reformatio in pejus consagrada en el inciso segundo del artículo 31 superior.

La veda de la reforma en peor no constituye un derecho absoluto¹³, de modo que si entra en tensión con el principio de legalidad es necesario apreciarlos para determinar cuál de los dos tiene prevalencia.

Entonces, considero que se impone ponderar en caso de tensión entre el principio de legalidad y el de la no reformatio in pejus, sin que la aplicación de este último implique desconocer el primero, de manera que cuando la pena impuesta quebrante la legalidad se impone restablecer el ordenamiento jurídico, así el condenado sea el único apelante. Sólo de esa manera puede afirmarse que la decisión judicial está sometida al imperio de la ley y, por consiguiente, a los dictados de la [Constitución Política](#). Lo contrario sería concluir que la Carta, al paso que exige a los funcionarios judiciales someterse a la ley, al mismo tiempo fomenta su vulneración. Tal antinomia resulta constitucionalmente intolerable, pues comporta desconocer otros principios esenciales para la convivencia ciudadana, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Se quebranta la seguridad jurídica, porque sin los límites que presupone el principio de legalidad, cada juez adoptaría sus decisiones sin otro control que sus consideraciones subjetivas. Y se vulnera el principio de igualdad, por cuanto los destinatarios de la ley penal recibirán un tratamiento punitivo distinto, sin importar que se encuentren en

las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En suma, debe entenderse que, la Constitución Política presupone, para la aplicación del principio de la no reformatio in pejus, que la pena sea legal. Por ello, es deber de los jueces restablecer el ordenamiento jurídico cuando quiera que la sanción no respete los parámetros establecidos en él.

Según lo expuesto, considero que en este asunto correspondía a la Sala en virtud del principio de legalidad, una vez dispuesta la casación parcial del fallo para condenar a los acusados por el delito de secuestro extorsivo agravado, imponer las penas principales y accesorias dispuestas por el legislador para tal comportamiento, y no, con base en el principio de la non reformatio in pejus, mantener las sanciones impuestas por el punible de concusión.

Nótese que en casos como el de la especie, la posición mayoritaria de la Corte termina por avalar una decisión contraria a la legalidad, pues no hay duda que por mandato del legislador el delito de secuestro extorsivo agravado tiene una sanción sustancialmente diversa de la del punible de concusión.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento parcial de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada

Fecha ut supra.

1 Cfr. Sentencias del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. 28649.

3 "...la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado". Cfr. Sentencia del 27 de julio de 2007. radicación número 26468.

4 Cfr. Sentencia del 7 de septiembre de 2011, radicación 35293.

5 Sentencia C-028 de 2006.

6 BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Universidad Externado de Colombia, pág. XVII y 18. Beccaria rechazó firmemente la idea de la pena con fines expiatorios.

7 Estaba en desacuerdo con la tortura y tratos crueles, así mismo con la pena de muerte como sanción generalizada.

8 Dentro de sus postulados también estuvo la igualdad de las sanciones. Decía: "Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja" (pág. 20 ob. cit.).

9 VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

10 BECCARIA, Cesare. Op. cit. Pág. XVII.

11 Cfr. Sentencias C-710 de 2001 y C-530 de 2003.

12 Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

13 En la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional señaló que no hay derechos absolutos.