

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP260-2023

Radicación n° 59259

Acta No 119

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la demanda de casación radicada a nombre de Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro, contra el fallo del 10 de diciembre de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante el cual, modificó la sentencia del 14 de diciembre de 2012 del Juzgado Adjunto Segundo Penal del Circuito Especializado con funciones de Conocimiento de la misma ciudad, para condenarlos como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado en grado de tentativa.

HECHOS

El 23 de enero de 2010, en el municipio de La Primavera (Vichada), cuando Ferney Marulanda Acevedo se encontraba en la manga de Coleo que allí se desarrollada, fue abordado por Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rodulfo Rocha Ramírez, Horacio Mosquera Chaverra, Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra, personas que se identificaron como funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y le informaron la existencia de una orden de captura en su contra. En ese contexto, le exigieron que los

acompañara a la ciudad de Bogotá, para lo cual debían transportarse en un vehículo particular.

Toda vez que Ferney Marulanda Acevedo logró dar aviso a miembros de la Policía Nacional - SIPO- de la ejecución de la aprehensión, éstos procedieron a realizar acciones tendientes a la verificación de la orden de captura. Conforme con ellas, cuando el auto ya se desplazaba con destino a la capital del país, miembros de la Policía Nacional lo interceptaron -previo seguimiento- y, una vez se trasladaron todos a la Estación de Policía del Municipio de Santa Rosalía (Vichada), se identificó que el procedimiento era ilegal en tanto no existía orden de captura en contra de Marulanda Acevedo, puesto que lo exhibido por los implicados, era una orden de trabajo con la que simulaban el mandato de aprehensión.

En la actuación se estableció que Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rodolfo Rocha Ramírez, Horacio Mosquera Chaverra, eran integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de escolta grado III.

ANTECEDENTES

1. El 24 de enero de 2010, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de El Calvario- Meta, se legalizó la captura de Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rodolfo Rocha Ramírez, Horacio Mosquera Chaverra, Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra, a quienes se les formuló imputación¹ por el delito de secuestro simple agravado y falsedad material en documento público agravado por el uso (artículos 170, numerales 5 y 12, 287 y 290 del Código Penal). Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rodolfo Rocha Ramírez y Horacio Mosquera Chaverra, se allanaron al cargo referido a la falsedad².

2. El 17 de febrero de 2010, la Fiscalía, los imputados y sus defensores suscribieron preacuerdo a través del cual admitían la responsabilidad en el delito de secuestro simple agravado y uso de documento público falso, a cambio de una reducción de pena del 40%.

Una vez fue aprobado aquel, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño, en sentencia del 15 de octubre de 2010, condenó a los citados a las penas de 268.8 meses de prisión y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el delito atentatorio de la libertad, no así por el de falsedad al observar que se subsumía en la causal de agravación del numeral 12 del artículo 170 de la Ley 599 de 2000. Como pena accesoria se impuso inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años.

Interpuesto recurso de apelación por la defensa y el ente investigador, la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio en proveído del 23 de septiembre de 2011, resolvió «improbar el acuerdo suscrito entre las partes y decretar la nulidad de todo lo actuado partir (sic) del escrito de acusación (acuerdo) inclusive, para que en una nueva audiencia preliminar se corrija la imputación jurídica en consonancia con los hechos imputados»³.

Ello, al advertir trasgresión del principio de legalidad, bajo el entendido que el delito que se configuraba era el de secuestro extorsivo y, consecuente con ello resultaban inviables los beneficios que se pactaban.

3. El 30 de septiembre de 2011, la Fiscalía General de la Nación a través de la Delegada 4ª Especializada UNCSE, radicó escrito de acusación⁴ en contra de Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rodolfo Rocha Ramírez, Horacio Mosquera Chaverra, Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra, a título de coautores de la conducta de secuestro extorsivo agravado (artículos 169, 170, numerales 5 y 12, del Código Penal).

También, atribuyó la conducta de falsedad material en documento público agravado por el uso (cánones 287 y 290 ejusdem) a Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rodolfo Rocha Ramírez y Horacio Mosquera Chaverra⁵ y uso de documento público falso (artículo 291 ídem) para Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra.

Dicho escrito fue materializado ante el Juzgado Segundo Penal adjunto del Circuito Especializado con función de Conocimiento de Villavicencio, en audiencias del 2 de

diciembre de 2011⁶ y 20 de febrero de 2012.

4. La audiencia preparatoria se cumplió el 19 de abril de la misma anualidad, y el juicio oral y público en sesiones del 6, 7 de junio, 2, 3 de agosto, 3, 4, 25 y 26 de septiembre. En sentencia del 14 de diciembre de 2012, el Juzgado cognoscente condenó a Horacio Mosquera Chaverra, Rodolfo Rocha Ramírez, Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra, como coautores responsables del delito de secuestro simple agravado a la pena principal de 256 meses de prisión y multa de 1066.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente, les impuso inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

Respecto del delito de uso de documento público falso, absolvió a los acusados Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra.

No les concedió los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Esa sentencia fue apelada por los procesados, sus defensores, el Ministerio Público y la Fiscalía.

5. En providencia del 28 de julio de 2017, el Juzgado Primero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Villavicencio sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a una no privativa de la libertad a favor de Horacio Mosquera Chaverra y Rodolfo Rocha Ramírez⁷.

Y en proveído del 10 de septiembre de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Villavicencio concedió a Luis Orlando Rodríguez Chaparro, el beneficio de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del Código Penal⁸.

6. La Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio en providencia del 10 de diciembre de

2020, desató el recurso de alzada. En esa decisión: (i) negó la nulidad incoada, (ii) declaró prescrita la acción penal por el delito de secuestro extorsivo agravado y uso de documento falso respecto de Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra⁹, y (iii) modificó la sentencia en el sentido de declarar a Horacio Mosquera Chaverra, Rodolfo Rocha Ramírez y Luis Orlando Rodríguez Chaparro, coautores responsables del delito de secuestro extorsivo agravado en grado de tentativa. Consecuente con ello, les impuso 281 meses de prisión y 11874.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes como multa. En lo demás, lo confirmó¹⁰.

7. Interpuesto recurso de casación por los defensores de Rodolfo Rocha Ramírez, Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro, la Sala de Casación Penal mediante providencia AP3974-2022, del 2 de septiembre de 2022, resolvió no admitir la demanda de casación presentada a nombre de Rodolfo Rocha Martínez, ni admitir los cargos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la demanda presentada a nombre de Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro.

En consecuencia, únicamente se admitió el primer cargo de la demanda radicada a nombre de Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro.

8. La defensora de Rodolfo Rocha Ramírez presentó solicitud tendiente a provocar la insistencia del Ministerio Público en la admisión de su demanda, no obstante el Procurador Delegado de Intervención Segunda para la Casación se abstuvo de elevar dicha petición¹¹.

LA DEMANDA

A nombre de Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro.

Cargo admitido.

Al amparo de la causal 2ª de casación, por «desconocimiento del debido proceso por

afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a cualquiera de las partes», censuró la sentencia de segunda instancia.

Alegó la trasgresión del principio de congruencia al haberse desconocido el núcleo fáctico establecido en la audiencia de formulación de imputación y con ello, la improcedencia de la variación de la calificación jurídica de la conducta que se realizó en la acusación. Indicó que no es lo mismo aducir que los procesados se valieron de una orden de trabajo y de su calidad de servidores públicos para engañar a la víctima y lograr su retención, como fuera expuesto en la diligencia de vinculación que, como se dice en la acusación, se adicione que el propósito de esa retención era obtener provecho económico a cambio de la liberación del aprehendido.

Agregó que, el Tribunal descartó la trasgresión del principio de congruencia, al atenerse a la constatación del escrito de acusación con la sentencia; situación que, en su parecer, es constitutivo de nulidad por violación de garantías fundamentales.

A la luz de lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, las partes e intervinientes expresaron sus argumentos, así:

1. El defensor de Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro.

Ratificó el contenido de su demanda, en particular, lo relativo al cargo admitido, que da cuenta de la trasgresión del principio de congruencia, debido a que se emitió sentencia por unos hechos que no guardan coincidencia con los que fueron imputados.

Consecuente con ello, solicitó casar la sentencia para, en su lugar, decretar la nulidad de la actuación desde la acusación.

2. Defensora de Rodolfo Rocha Ramírez.

Coadyuó la petición del apoderado recurrente.

3. El Delegado de la Fiscalía.

Acompañó el reparo de la demanda, al observar que el Tribunal en su decisión desatendió el principio de congruencia en su componente fáctico, debido a que no se atuvo a los hechos imputados a los procesados.

Para ello, evocó algunas de las condiciones que regulan el instituto de la congruencia, en particular, la que exige coincidencia entre los hechos imputados con aquellos por los que se dicta condena, para luego, dejar en claro que, en este asunto, el supuesto fáctico imputado en audiencia del 24 de enero de 2010 y que se ajustó al delito de secuestro simple agravado por no evidenciarse el elemento subjetivo relacionado con la exigencia de un provecho o cualquier utilidad, dista de aquél que de manera posterior se atribuyó en la acusación, y fue validado al momento de dictar sentencia en la sentencia de segundo grado.

Denotó que si bien puede presentarse similitud en los tipos penales de secuestro simple y extorsivo en punto de la acción de aprehensión, difiere el segundo del primero en el ánimo perseguido por el agente, el cual debe quedar contemplado para imponer sanción en la correspondiente imputación al momento de exponerse los hechos jurídicamente relevantes.

De modo que, si esto no acaeció y era la intención de la Fiscalía precisar este elemento, debió convocar a una audiencia preliminar para su adición, situación que en el proceso no se verifica.

En ese orden de ideas, petitionó que se case parcialmente la sentencia ajustando la condena a los términos de la imputación, en la medida que no es necesaria la nulidad.

4. El Representante del Ministerio Público.

En lo esencial compartió las argumentaciones efectuadas por la defensa y el Delegado de la Fiscalía, al observar que en la actuación se presentó una alteración fáctica en la sentencia respecto del acto de imputación, lo cual deja en evidencia la trasgresión al principio de congruencia como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, por ejemplo, en las providencias emitidas el 16 de febrero de 2022, radicado 51696 y, 4 de agosto de 2021, radicado 59652.

Yerro que no solo es predicable del Juez de segundo grado, sino del primero, pues, aunque este no emitió sentencia por el delito de secuestro extorsivo, ello fue producto de la valoración probatoria, sin percatarse que imposibilitado a ello estaba por ausencia de imputación.

Sin embargo, precisó que contrario a lo pretendido por la defensa, no era dable declarar la nulidad de la actuación, sino, como lo advirtió el ente acusador en su intervención, casar parcialmente el fallo para emitir sentencia de reemplazo en la que, se mantenga la condena por el delito en grado de tentativa como lo encontró el Tribunal, pero como secuestro simple agravado, con el correspondiente ajuste de pena.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Sala pronunciarse de fondo frente al cargo primero de la demanda radicada a favor de Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro, teniéndose por superados los defectos de los que pudo adolecer al momento de su exposición. Ello, por razón de la prevalencia de los fines del recurso extraordinario de casación previstos en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Para lo cual, toda vez que el reparo involucra el principio de congruencia, la Sala hará una precisión sobre los alcances de este postulado para, posteriormente, desatar el caso concreto.

Conforme lo explicó la Corte, entre otras decisiones, en la sentencia SP2211-2022, rad. 54304, el principio de congruencia constituye una expresión del debido proceso, en la medida que, de una parte, limita el objeto de la investigación, de la acusación y del juicio oral y, de otra, garantiza el ejercicio del derecho de defensa. Ello, en los términos del artículo 8, literal H de la Ley 906 de 2004, esto es, el derecho que tiene el procesado de «conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan», en la medida que impide que la defensa sea sorprendida con hechos y cargos que no fueron delimitados en la acusación y, en consecuencia, permite diseñar una estrategia defensiva.

En ese sentido, ha considerado la Sala¹² que para garantizar las bases fundamentales del proceso, es necesario que entre la imputación, acusación y sentencia exista una relación sustancial entre los aspectos personal, fáctico y jurídico¹³; siendo el segundo de ellos inmodificable en su núcleo esencial, salvo que «en atención al principio de progresividad, surjan nuevas aristas fácticas que conlleven la configuración de otras hipótesis delictivas, o impliquen el cambio del núcleo fáctico de la imputación, supuesto en cual será necesario adicionar el acto comunicacional»¹⁴.

En ese sentido, específicamente, la Corte en sentencia CSJ SP3918-2020, Rad. 55440, explicó:

«Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al inculcado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que, si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico.

El límite, entonces, son los hechos registrados en la imputación, sin que se puedan

considerar supuestos fácticos no incluidos en ella, máxime cuando tal modificación agrava la situación jurídica del inculcado. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.

La Sala insiste en que bajo la Ley 906 de 2004 la fijación de los hechos es de exclusiva competencia de la fiscalía y, la modificación del núcleo fáctico de los datos a conocer en la audiencia de imputación solo es viable a instancia suya, eso sí agotando el procedimiento correspondiente antes de la presentación del escrito de acusación. En las audiencias posteriores ese núcleo es inmodificable para agravar en los procesos ordinarios y abreviados (no así las circunstancias que favorezcan al procesado), por demás, a los hechos judicializados se tiene que circunscribir la conducta procesal de las partes, los intervinientes y las autoridades (judiciales, fiscales y Ministerio Público).»

De manera que, pese a que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 prevé que «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», lo cierto es que la jurisprudencia de esta Sala, ha estimado que «la delimitación fáctica del trámite depende de la comunicación de hechos jurídicamente relevantes efectuada en la formulación de imputación»¹⁵, pues si el proceso es entendido como una serie de actos concatenados, bajo el principio de antecedente-consecuente, es evidente que desde el primer escaño debe limitarse el núcleo fáctico del juicio y en consecuencia de la sentencia.

Luego, resulta claro que la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, y por lo mismo el núcleo central debe mantenerse desde la formulación de imputación hasta la sentencia, a diferencia de la imputación jurídica que es flexible¹⁶, en tanto se permite al fallador que profiera condena por un delito distinto al previsto en la acusación, sin que ello atente contra el principio de congruencia, siempre que¹⁷:

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ AP5715-2014).».

3. Del caso concreto.

Escuchado el registro de la audiencia de formulación de imputación, se verifica que en la relación de hechos jurídicamente relevantes no se hizo mención a una finalidad extorsiva en la ejecución de la retención, por el contrario, la delegada fiscal expresó sin dubitación alguna que adecuaba los hechos denunciados en la descripción típica que trae el artículo 168 del Código Penal, esto es, secuestro simple al no dejarse en evidencia exigencia alguna a cambio de la liberación de la víctima.

Así, se verifica de la imputación fáctica efectuada en la audiencia de formulación de cargos realizada el 24 de enero de 201018:

“...Entonces, señores indiciados, la Fiscalía procede a darles a conocer, a formular imputación por los cargos de secuestro simple agravado y falsedad material en documento público agravada con el uso, en un momento ya les relato en que consiste cada una de estas conductas y la pena a imponer para su trasgresor, esto señores, por cuanto la Fiscalía cuenta con elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida hasta el momento de los cuales se desprende, es dable inferir razonablemente que ustedes son autores o partícipes de los delitos que son materia de investigación bajo el radicado que nos ocupa, para ello, pues como se dejó ver en la audiencia anterior, la Fiscalía cuenta con elementos tales como el informe ejecutivo de fecha 24 de enero de

2010, suscrito por Leonardo Trujillo de la SIJIN que da cuenta de las circunstancias temporomodales en que ustedes fueron capturados y de los actos desplegados para llegar a esa situación, como de los realizados una vez sucede ello en aras a garantizar y respetar sus derechos. Igualmente contamos con la noticia única criminal formulada por Ferney Marulanda Acevedo, que es la víctima en estas diligencias, que da cuenta pues, de la manera cómo cuando estaba en la manga de coleo es abordado por ustedes, quienes, tres de ustedes, pues los servidores públicos del CTI de la Fiscalía, se le identifican como tal, exhiben los carnets y, en compañía de los otros dos particulares, le hacen ver que requieren adelantar una actuación con él por cuanto tiene una orden de captura y es así como de manera subrepticia, pues, logran sacarlo del lugar y gracias a que éste logra indicar a gente de la SIPOLE que se hallaba en el lugar, pues, de que algo raro ocurría, pues, es que se dan a la tarea de verificar la presencia de personal de policía judicial desarrollando labores propias de su función, como vemos, estas labores no tienen nada que ver con el cargo que ustedes desempeñan al interior del CTI y que, por el contrario, pues, al portar documentos fabricados para poder engañar, para poder alterar la realidad, la verdad, ustedes pues se hallan incurso en el otro delito mencionado que es el que se les endilga de falsedad material de documento público agravada con el uso, igualmente tenemos la entrevista de Víctor Hugo Correa Ángel, perteneciente a la Estación de Policía de La Primavera que da cuenta de todas las verificaciones que tuvo que realizar hasta llegar a determinar que en verdad, pues ustedes no estaban en ejercicio de una labor propia de sus funciones y en cumplimiento de una orden de alguno de sus superiores, estableciendo, pues, que la retención del señor Ferney Marulanda Acevedo, que ustedes habían ejercido momentos antes no tenía ningún asidero legal y, por el contrario, se determinaba el hecho pues de que estaban infringiendo la ley; igualmente por cuanto se constató que esta persona carecía de antecedentes penales y que no poseía ningún llamado de autoridad, entonces, para mayor ilustración y teniendo en cuenta que igualmente se logró realizar, así sea por el momento de manera, pues, visual la confrontación entre los papeles, los documentos exhibidos por ustedes bajo la orden de trabajo 1543 con los originales que se lograron obtener de la

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz del nivel central, pues que, si bien es cierto existe el consecutivo de esa orden de trabajo 1543, su contenido, pues, a todas luces es diferente y pues ello hace que se establezca que los documentos por ustedes portados eran adulterados, además, pues, tenemos como se movilizaban por lugar diferente de sus sitios de trabajo, acompañados de las armas de dotación para desempeñar la labor e igualmente se estableció que en el vehículo en el que se movilizaban no tenía nada que ver con la institución para la cual ustedes representan y que pues al parecer sí tiene que ver con uno de los particulares aquí indiciados. Tenemos igualmente esas actas de incautación de elementos que nos dan a conocer que realmente hay un nexo entre esos elementos que la Policía nos presenta y, con ustedes en razón de que los portaban para el momento de dicha captura, entonces me voy a permitir a darles a conocer el contenido de las normas, de los tipos penales en los cuales la fiscalía ha adecuado esa conducta por ustedes desarrollada así.

Entonces, tenemos para empezar que el delito de secuestro simple está contemplado en el artículo 168 del Código Penal, que este fue modificado por la Ley 733 de 2002, artículo 1, y que dice “el que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de 12 a 20 años”, ese que sea con propósitos distintos a los previstos en el siguiente artículo, pues, es diferente a los extorsivos que son las exigencias de dinero, entonces esta pena de 12 a 20 años, ha sido incrementado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de una tercera parte a la mitad, y así las cosas, ese mínimo parte de 16 años y el máximo queda en 30 años. Este delito que se les endilga de secuestro simple se hace con el agravante contemplado en el artículo 170, numerales 5 y 12 (...) Traemos a colación para el presente caso la prevista en el numeral 5, cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público, o que sea o haya sido miembros de las fuerzas de seguridad del estado, esta causal de agravación, pues, es dable imputarla a las tres personas que aparecen como funcionarios del CTI, excepto a los dos particulares respectivamente, pero para todos esta conducta sí se puede agravar, o se

agrava por lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 170 que dice, si la conducta se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla, es de advertir que, el parágrafo de dicho artículo 170 es el que dispone que las penas señaladas para el secuestro simple, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando concurriere alguna de las circunstancias anteriores (...) respecto a este delito y como a continuación se verá también para el de falsedad material en documento público agravado por el uso, está la circunstancia de agravación punitiva del artículo 58 numeral 10 del Código Penal, dada la coparticipación en la que han actuado (...)”

Hechos que en el escrito de acusación variaron, en tanto, el delegado del ente investigador manifestó que los imputados perseguían una utilidad, al parecer de tipo económico, a cambio de la liberación de Ferney Marulanda Acevedo.

En los siguientes términos se consignó la relación de los hechos jurídicamente relevantes en el escrito de acusación:

“- El señor FERNEY MARULANDA ACEVEDO, señala que el día 23 de enero de 2010, a eso de las 14:15 horas, cuando llegaba a la manga de coleo del municipio La Primavera- Vichada, fue abordado por unos señores que se identificaron como funcionarios de la Fiscalía y le dijeron que venían por él desde Bogotá, le mostraron escritos de la Fiscalía; y le dijeron que no se resistiera y que se subiera al carro.

-MARULANDA ACEVEDO, al advertir que cerca del lugar, estaba el carro de la SIPOL, de La Primavera, llamó a los agentes y les solicitó verificaran si era de la Fiscalía, por cuanto, lo llevaban capturado, al darse la verificación, él accedió a subirse al carro y salieron del pueblo.

-Más adelante, los policiales los alcanzaron y se revisó nuevamente la documentación presentada por los funcionarios de la Fiscalía y les permitieron seguir el recorrido.

-Durante el trayecto, los funcionarios le dijeron que tenían información sobre él, en el sentido que administraba el Hato Zafiro y Patio Chiquito, y que esas fincas tenían más de seis mil reses, que entonces debía tener plata, que apenas llegaran donde pudieran tomar algo para que refrescara la memoria y que recordara que más tenía, para llegar a un acuerdo. Además, que tenían ubicada su residencia en Villavicencio, y que sabían de su hijo de dos años y que era mejor que cuadrara eso. También decían saber sobre sus padres e hijos, las casas, carros y le dieron la dirección de la casa de Villavicencio.

- Le iteraron que como era el arreglo y él contesto no tener plata, y ellos le dijeron que ahorita se le refrescaba la memoria, que todos eran de la Fiscalía y que ellos ya habían hecho varios trabajos de esos y que el Jefe era El Barbado, y era quien hacía las preguntas.

-Al llegar al sitio denominado Mate Coco, en un retén policial, los hicieron bajar, solicitaron identificación. Los agentes preguntaron porque lo llevaban, después de muchas preguntas y cuestionamientos sobre la orden de captura, los funcionarios de la Fiscalía le dijeron que si preguntaban que dijera que eran amigos desde hace un año y que los había invitado a la finca, y que le había dicho que bajaran con un documento como el que cargaban para decirle a la novia que lo habían capturado, ya que ella era pegachenta y aburridora, y que les colaborara en eso.

-A partir de allí se enteró que ellos venían ilegales y estaban asustados, le marcaban a compañeros de trabajo, jefes y amigos para que les colaboraba.

-Cuando el teniente los llevó para la estación de policía de Santa Rosalía -Vichada, se enteró que tres eran funcionarios de la Fiscalía y dos civiles y que estaban haciendo planes sobre la versión que iban a dar en la estación y comentaban sobre la destitución y que los cogían presos.

-En el trayecto de Mate Coco y Santa Rosalía, botaron documentos, simcard, cualquier cosa que pudiese involucrarlos.

-Al llegar a Santa Rosalía, le dijeron que tenía que ayudarles con la versión, porque ellos sabían de su familia. Él llamó a la esposa y le dijo que se quedara en otro lado o estuviera pendiente porque era un secuestro lo que le habían hecho.

-Esto es, que todos los aquí imputados participaron de forma directa en la retención del señor FERNEY MARULANDA ACEVEDO, con el propósito de obtener a cambio, por su libertad un provecho o utilidad.”

Sucesos que a su vez en idénticos términos fueron verbalizados por el Delegado de la Fiscalía al formular la acusación en audiencia celebrada el 20 de febrero de 2012, concluyendo bajo el siguiente resumen:

“los hechos por los cuales la Fiscalía los acusa hoy, en términos generales señor Juez, son los ocurridos el 23 de enero de 2010, aproximadamente a las 14:15 o 2:45 (sic) de la tarde, en el municipio de Primavera, cuando los aquí acusados y ya mencionados, de manera mancomunada y conjunta, retuvieron al señor Ferney Marulanda Acevedo, en cercanías a la manga de coleo o en inmediaciones a la manga de coleo en el municipio de Primavera, exhibiéndole documentación falsa y mostrándose como funcionarios del CTI diciendo que tenía una orden de captura y lo llevarían hasta la ciudad de Bogotá, lo subieron a una camioneta, lo condujeron por la vía que lo lleva hasta Santa Rosalía y en el trayecto le propusieron negociar la liberación, le dijeron que sabían de las pertenencias que él tenía”¹⁹

Para conforme a estos, la Fiscalía General de la Nación atribuir a Horacio Mosquera Chaverra, Rodolfo Rocha Ramírez, Luis Orlando Rodríguez Chaparro, Rafael Antonio Hernández Garzón y Rolando Colorado Sierra, a título de coautores, el delito de secuestro extorsivo previsto en el artículo 169 del Código Penal, agravado conforme las circunstancias previstas en el artículo 170 ídem, en los numerales 5 -para los tres primeros de los mencionados- y 12 para todos los imputados²⁰.

Ahora, se tiene que al resolver el caso los jueces de primer y segundo grado, se atuvieron a la descripción fáctica que quedó consignada en la acusación, sin percatarse que no correspondía con los hechos inicialmente imputados, específicamente, en punto a la premisa que permite la configuración del delito de secuestro extorsivo, relativa al propósito de exigir por la liberación un provecho o cualquier utilidad.

Así, no advirtieron que, en dicho específico aspecto, no había coincidencia entre la imputación en su núcleo fáctico y la acusación, lo que trascendía en la imposibilidad procesal de dictarse sentencia por el delito acusado, es decir, el descrito en el canon 169 del Código Penal.

Y bajo tal panorama, aun cuando el Juez de primer grado condenó por el delito de secuestro simple agravado, no lo hizo bajo la consideración de que esa conducta correspondía a los hechos decantados en el acto de comunicación, sino, porque luego de valorar la prueba, no encontró demostrada la finalidad extorsiva.

En tal senda razonó el Juzgado sobre la acreditación del delito de secuestro extorsivo:

“...el análisis probatorio debe estar encaminado a demostrar si en el presente caso existió una exigencia a cambio de la libertad del señor Ferney Marulanda Acevedo o si existió motivos fundados para considerar que esa era la finalidad de la privación de la libertad de la víctima en los presentes hechos.

No obstante, del análisis realizado por este fallador, encontró que de los elementos materiales de prueba, no se alcanzó a demostrar que la finalidad de los aquí procesados no era la exigencia de cualquier provecho y utilidad, tan solo se cuenta con la manifestación del señor Marulanda Acevedo respecto a que sus captores le indicaron los bienes que tenía y la venta de un ganado, pero no resulta ser suficiente ello para demostrar que estamos frente a un secuestro extorsivo, cuya finalidad es económica.”²¹

Y el Tribunal Superior de Villavicencio, al conocer de la alzada promovida por la defensa, la Fiscalía y el Ministerio Público, retomó los hechos presentados en la acusación y, contrario a lo sostenido por el a quo, señaló que sí estaba demostrado el elemento relacionado con el provecho o utilidad perseguida.

Para soportar ello, manifestó que:

“El propósito dinerario de los procesados era claro y surge no solo del hecho de simular orden de captura y utilizar su calidad de funcionarios de la Fiscalía, sino que -tal como lo destaca la Fiscalía- los procesados estaban asignados a la unidad de protección, eran escoltas, no se acreditó que hubiesen sido designados para ejecutar investigación alguna en la Primavera, se desplazaron al municipio en días no hábiles por fuera del término establecido y en un vehículo no oficial.

Además el dicho de la víctima confirma el aserto. Ferney Marulanda Acevedo accedió a subirse al rodante en que viajaban los acusados porque ellos le afirmaron que “estaba capturado” y durante el trayecto empezaron a describirle las propiedades que tenía y el nombre de su hijo, incluso estaban convencidos que tenía en su poder \$900.000.000 de pesos producto de la venta de unas vacas y le advirtieron que si bien ellos tenían la orden de captura, eso se podía arreglar, manifestación de la que se infiere sin lugar a duda alguna el elemento subjetivo del secuestro extorsivo extrañado por el A- quo en el fallo recurrido, esto es, la exigencia económica para “arreglar el problema”.²²

Ahora, se observa que el Tribunal Superior incluso no atendió la alegación de la defensa que, precisamente, tenía como objeto llamar la atención sobre la trasgresión al referido principio, porque no había coincidencia entre el supuesto fáctico de la acusación con el del acto de imputación, al considerar, equivocadamente, que la congruencia solo se predica entre acusación y fallo.

Así se pronunció el ad quem:

“En el caso concreto, del cotejo de la acusación y de los hechos declarados por el A quo en el fallo condenatorio se constata que el núcleo fáctico planteado por la Fiscalía no fue alterado por el juzgador, de primera instancia, pues los aspectos factuales descritos por el delegado fiscal permanecieron incólumes. La única diferencia surgió en la eliminación del ingrediente subjetivo referido a la exigencia dineraria, esencial para el punible de secuestro extorsivo, el que en sentir del juez no fue acreditado más allá de toda duda, razón por la cual limitó la imposición de la pena a la señalada para el delito de secuestro agravado.

Ahora, los presupuestos de orden factual establecidos por el legislador como presupuesto de las respectivas consecuencias jurídicas de los delitos en mención (secuestro simple y secuestro extorsivo) comparten el aspecto principal, esto es, que una persona sea privada de la libertad, por lo tanto “el yerro” en la calificación jurídica, atribuido al A quo, sólo tuvo el alcance de generar un notorio beneficio a los procesados. No se advierte que dicho cambio los haya puesto de alguna manera en indefensión, aspecto que prácticamente fue omitido por los recurrentes, pues se limitaron a hacer apreciaciones genéricas sobre el principio de congruencia y la trasgresión del mismo por parte del sentenciador de primer grado.

Así, encuentra la Sala que el juez no se apartó del núcleo fáctico de la imputación, lo que permite concluir que no se generó perjuicio a los procesados a la luz de este primer aspecto de la congruencia.”²³

Todo esto permite observar que, como lo advirtió la defensa e igualmente lo constataron los no recurrentes y ahora lo hace la Sala, la imputación fáctica varió en un aspecto sustancial entre el acto de imputación y el de acusación, específicamente, el elemento subjetivo referido al propósito de exigir un provecho o cualquier utilidad por la libertad de la víctima.

Lo que a su vez conllevó a que se dictara condena por unos hechos que no respetaron el marco fáctico de la imputación, pues, como quedó en evidencia, este se concretó a la

restricción por parte de los acusados de la libertad de la víctima, sin que se imputara que el fin de dicha retención lo fue el exigir por la liberación un provecho económico.

De esta manera se trasgredió el principio de congruencia, en tanto el juez colegiado al dictar sentencia superó la delimitación fáctica comunicada en la formulación de imputación, para considerar a los procesados, finalmente, responsables de la conducta de secuestro extorsivo agravado.

Ello porque, se repite, la formulación de imputación es condicionante fáctico de la acusación, de ahí que, deba mediar relación de correspondencia entre tales actos, a tal punto que los hechos son inmodificables y consecuentemente la acusación no podía abarcar hechos nuevos.

En ese orden de ideas, se impone casar parcialmente el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, no para declarar la nulidad de la actuación como lo solicitó el recurrente, sino, como lo indican Fiscalía y Ministerio Público, para ajustar la sentencia.

Lo anterior, en tanto la nulidad, de acuerdo con el principio de residualidad, constituye el último remedio al cual debe acudir para subsanar una irregularidad procesal y, como acontece en este caso, a pesar de la trascendencia del error en la afectación del debido proceso, éste puede enmendarse en sede de casación mediante la adecuación de la conducta por la cual se formuló imputación y la redosificación de la pena impuesta a los procesados.

Ello, en tanto el fundamento probatorio de la sentencia condenatoria de segunda instancia en cuanto a la existencia del delito de secuestro, configurado por la retención de la víctima, se mantiene inhiesto, lo cual es congruente con los hechos destacados al formularse imputación en su núcleo esencial.

Y frente a la modificación que hizo la segunda instancia al considerar que el delito se materializó en la modalidad de tentativa, siendo, a juicio de la Corte, errada esta postura, no es dable su modificación en razón de la prohibición de la reforma peyorativa, consagrada en los artículos 31 de la [Constitución Política](#) y 20 de la Ley 906 de 2004, dado que el procesado es recurrente único.

Ahora, sea del caso precisar que si bien esa modificación podría llevar a considerar que debe revivirse los efectos del preacuerdo celebrado entre los procesados y la Fiscalía, a través del cual, aceptaron en su momento el delito de secuestro simple agravado y concederse la reducción de pena allí pactada, en este concreto asunto²⁴ no hay lugar a ello debido a que la decisión que acá se adopta no corresponde a un proceso de adecuación de los hechos a la conducta descrita en el artículo 168 del Código Penal, con las circunstancias de agravación previstas en el canon 170 numerales 5 y 12 ibídem, es decir, de correspondencia lógico jurídico entre la conducta y el tipo penal por el que son sancionados los autores, sino a la imposibilidad de deducir el elemento subjetivo -relativo a la exigencia de un provecho económico como propósito de la retención- al no haber sido endilgado fácticamente en la audiencia de formulación de imputación.

Consecuente con lo anterior, se modificará el fallo dictado el 10 de diciembre de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, en el sentido de condenar a Horacio Mosquera Chaverra y Luis Orlando Rodríguez Chaparro, como coautores del delito de secuestro simple agravado en grado de tentativa.

Situación que conlleva el reajuste de la pena, para lo cual se respetarán los criterios fijados en la sentencia de segunda instancia, en tanto no fueron objeto de discusión.

Sanción que debe ser incrementada de una tercera parte a la mitad al verificarse las causales de agravación de los numerales 5 y 12 del canon 170 ejusdem, en virtud de lo previsto en el párrafo de dicho artículo, operación que arroja unos nuevos límites

punitivos que van de 256 a 540 meses de prisión y multa de 1066.6 a 2250 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Valores que, a su turno, deben ajustarse conforme a lo dispuesto en el artículo 27 Código Penal, al haber considerado la segunda instancia que la conducta imputada no alcanzó consumación y quedó en grado de tentativa (reducción en no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo), deducción que genera un resultado de 128 a 405 meses de prisión y multa de 533.3 a 1687.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cifras que divididas en los correspondientes cuartos²⁵, arroja:

Cuarto	mínimo
Cuartos	medios
Cuarto	máximo

PRISIÓN

128	meses a 197 meses y 7 días
197	meses y 8 días a 335 meses y 21 días
335	meses, 22 días a 405 meses

MULTA

533.3 a 821.87 s.m.l.m.v.

821.88 a 1398.95

s.m.l.m.v.

1398.96 a 1687.5 s.m.l.m.v.

Luego, como el sentenciador de segundo grado se ubicó en el primer cuarto medio al identificar que concurría la circunstancia de menor punibilidad de ausencia de antecedentes con la de mayor referida a actuar en coparticipación criminal del artículo 58 numeral 10 del Código Penal²⁶, impuso la pena de 281 meses y 11874.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la Corte, ahora, al aplicar la correspondiente proporción en el mismo cuarto destacado²⁷, fijará la pena a descontar en 197 meses y 25 días de prisión y multa de 829.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se dispone por el mismo tiempo de la sanción principal.

Esta decisión se hace extensiva a Rodolfo Rocha Ramírez, conforme lo establece el artículo 187 de la Ley 906 de 2004, al resultarle favorable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR parcialmente el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, por el cargo propuesto en la demanda, para, en su lugar, condenar a Horacio Mosquera Chaverra, Luis

Orlando Rodríguez Chaparro y Rodolfo Rocha Ramírez, como coautores responsables del delito de secuestro simple agravado tentado. En consecuencia, se les impone las penas principales de 197 meses y 25 días de prisión y multa de 829.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

La accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones corresponde por igual lapso a la privativa de la libertad.

2. Precisar que la decisión de segunda instancia permanecerá incólume en todos los demás aspectos que no fueron materia de modificación.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Audio 50001610526420108000000_5000140899001_21.wma a partir del minuto 46:30

2 Frente a este delito, según lo advirtiera el Juez con función de Control de Garantías se dispuso la ruptura de la unidad procesal. Cfr. Audio 50001610526420108000000_5000140899001_23.wma, minuto 5:00

3 Cfr. Folios 30 a 39, cuaderno No. 1 del Juzgado

4 Folios 3 a 11, cuaderno No. 1 del Juzgado

5 Ello se verifica a pesar de que ya se había dispuesto la ruptura de la unidad procesal por este delito frente a los servidores públicos.

6 En esta se desató negativamente la petición de nulidad propuesta por la defensa, la fue ratificada en auto del 13 de diciembre de 2011, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio. Cfr. Folios 14 a 21, cuaderno Tribunal.

7 Cfr. Cuadernillo de audiencia preliminar de sustitución de medida de aseguramiento.

8 Folios 135 a 138, cuaderno No. 3 de primera instancia.

9 En tanto, respecto de estos procesados no opera el incremento del término de prescripción por la condición de servidores públicos.

10 Es de advertir que, frente a la conducta de falsedad material en documento público agravada por el uso, no se pronunció el Tribunal al observar que por aquella los ex servidores públicos se allanaron a cargos en la audiencia de formulación de imputación.

11 Oficio del 13 de diciembre de 2022.

12 CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913. Posición reiterada en CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP, 25 may. 2015, rad. 44287; CSJ SP, 29 jul. 2015, rad. 43855; CSJ SP, 29 sep. 2017, rad. 46965; CSJ SP, 23 sep. 2020; y SP, 10 mar. 2021, rad. 54658.

13 CSJ SP3793-2021 Rad. 56963.

14 Cfr. CSP SP3793-2021 Rad. 56963, SP2042-2019 Rad 51007, CSP SP3614-2021 Rad. 51689

15 CSJ SP4054-2020, Rad. 54996

16 CSJ SP, 3 may. 2017, Rad. 30716; CSJ SP, 8 feb. 2017, Rad. 46099; CSJ SP, 11 abr. 2018, rad. 47680, entre otras.

17 CSJ SP, 22 ene. 2020, Rad. 55595.

18 Registro de la audiencia, archivo
"50001610526420108000000_500014089001_21.wma" a partir del minuto 39:00

19 Registro de la audiencia, archivo
"L50001610564720108000000_500013107002_008_001" a partir del minuto 8:30

20 La Corte no ahonda en la conducta de falsedad material en documento público

agravado por el uso debido a que por esta conducta no se pronunció el Tribunal al observar que por aquella los ex servidores públicos se allanaron a cargos en la audiencia de formulación de imputación.

21 Página 18 de la sentencia de primera instancia.

22 Página 31 de la sentencia de segundo grado.

23 Páginas 22 y 23, de la sentencia de segundo grado.

24 Diferente al caso, analizado por la Corte en sentencia CSJ SP1013-2023, Rad. 51186

25 En la pena de prisión, cada cuarto corresponde a 69 meses y 7 días, y en la de multa a 228.54 s.m.l.m.v.

26 Que fuera atribuida tanto en la formulación de imputación -audiencia respectiva a partir del minuto 39:00- y de acusación -registro de la diligencia, a partir del 21:40-.

27 Corresponde a un porcentaje del 0.88%, en tanto respecto del límite mínimo del primer cuarto medio aumento 15 días.