



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP5513-2018

Radicación No. 45470

Acta 405

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Fredy Efraín Guerra Romero y Elkin Mario Gómez Escudero, respecto de la sentencia del 9 de septiembre de 2014 por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la que en sentido condenatorio dictó el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado Adjunto de la misma ciudad el 31 de julio de 2012, contra los acusados en mención por el delito de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo.

ANTECEDENTES:

1. El 29 de septiembre de 2011, cerca de las 4:30 P.M., se hallaban patrullando en motocicleta, dentro de la jurisdicción de su cuadrante en la localidad de Kennedy, sur de Bogotá, los agentes de policía Fredy Efraín Guerra Romero y Elkin Mario Gómez Escudero, cuando fueron informados por la Central de Radio de la Policía Nacional sobre la presencia de tres hombres en actitud sospechosa dentro de un establecimiento abierto al público, posiblemente portando armas; se dirigieron al sitio indicado constatando que se trataba de un restaurante ubicado cerca al Hospital de Kennedy, donde en una mesa al fondo del lugar notaron la presencia de tres personas que coincidían con las señas reportadas, a quienes les solicitaron documentos de identificación, verificaron sus antecedentes y requisaron, para así hallar en su poder unos papeles a modo de fajo de billetes y un recipiente que contenía un líquido de naturaleza desconocida.

En esas circunstancias los tres ciudadanos, identificados como César Crisanto Pinilla Rodríguez, Juan de Gracia Palacios Arias y Elkin Abadía Murillo, fueron conducidos al CAI del sector y una vez apreciado por los agentes que los papeles parecían dólares lavados manifestaron el propósito de hacer concurrir a un técnico de la SIJIN con el fin de determinar la naturaleza de los mismos así como del extraño líquido, todo para efectos de judicializar a los retenidos por un posible delito de falsificación o tráfico de moneda falsa.

En ese momento aquellos solicitaron a los servidores que

“nos los fueran a joder” y que a cambio de eso y de la devolución de los elementos incautados entregarían un dinero, a lo cual accedieron los agentes, de modo que tras varias negociaciones se acordó recibir un millón de pesos de parte de Juan de Gracia Palacios Arias y Elkin Abadía Murillo y dos millones por cuenta de César Crisanto Pinilla Rodríguez.

Sin embargo, dado que en ese momento los aprehendidos no contaban con dichos dineros, se les ordenó por los dos policías referidos, sin dejar anotación alguna en los libros respectivos del CAI, trasladarse al sector bancario de la plazoleta de Kennedy; allí se les permitió comunicarse con algunos familiares hasta que, mediando la retención de sus documentos y amenazas de judicializarlos, consiguieron el dinero, a excepción de Pinilla Rodríguez quien permaneció en el lugar por tres horas más tras las cuales, por información a la autoridad policiva, fueron aprehendidos los dos agentes.

2. En consecuencia, el 1° de octubre de 2011, ante el Juzgado 24 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, se celebró audiencia en la cual se legalizó la aprehensión de los servidores públicos Fredy Efraín Guerra Romero y Elkin Mario Gómez Escudero, se les formuló imputación como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado, en concurso homogéneo y se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. El 10 de noviembre siguiente la Fiscalía presentó escrito de acusación contra los imputados por los delitos antes precisados, llevándose a cabo en el Juzgado 4° Penal del

Circuito Especializado de Bogotá la respectiva audiencia el día 24 de ese mes.

Se realizó después, en sesiones del 12 de enero, 20 y 28 de febrero y 2 de marzo de 2012 la audiencia preparatoria y durante los días 16 de marzo, 24 y 25 de abril, 11, 14 y 28 de mayo, 26 y 27 de junio y 6 de julio de 2012 la de juicio oral.

4. El 31 de julio ulterior se profirió sentencia de primera instancia; a través de la misma se condenó a cada uno de los acusados a la pena principal de 460 meses de prisión y multa equivalente a 8.000 salarios mínimos mensuales legales como coautores responsables de los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso.

La anterior decisión fue apelada por el defensor de los acusados, el procesado Guerra Romero, el apoderado de víctimas y la agencia del Ministerio Público; en tal virtud el Tribunal Superior de Bogotá dictó la suya el 9 de septiembre de 2014 para confirmar la impugnada.

A su turno, contra la providencia del ad quem, el defensor de los acusados interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con fundamento en la causal tercera de casación acusa el libelista la sentencia recurrida de haber infringido de manera

indirecta la ley sustancial a causa de los siguientes errores de hecho:

1. Falso juicio de identidad en la valoración de los testimonios rendidos por Cesar Crisanto Pinilla Rodríguez y Juan Palacios Arias, toda vez que su contenido material fue tergiversado en la medida en que si bien se aceptó por los procesados el ofrecimiento de dinero que les hicieron los retenidos a cambio de no ser judicializados por la posible comisión de un delito de falsificación de moneda, en parte alguna, en contrario a lo sostenido por el Tribunal, aquéllos afirmaron que realmente hubieran sido privados de su libertad. Lo que declararon fue que tras una negociación, para cuya concreción los capturados utilizaron sus celulares y llamaron a quien quisieron, éstos permanecieron en la plazoleta mientras los agentes desarrollaban sus labores oficiales, esperando a que sus parientes les llevaran el dinero, luego y en esas circunstancias además de hallarse en poder de sus celulares, se desplazaron libremente por el lugar, tomaron tinto y periódicamente fueron preguntados por los servidores públicos si ya había llegado el dinero.

Es decir, sostiene el demandante, bajo ningún aspecto los tres ciudadanos fueron afectados real y efectivamente en su libertad de locomoción, tenían pleno movimiento en el entorno de la plazoleta donde se encontraban, llamaban cuantas veces desearan desde sus celulares, podían retirarse de allí cuando quisieran, solo que no lo hicieron por cuanto no querían ser procesados por la conducta punible antes cometida referida al tráfico de moneda falsa; el dinero por ellos ofrecido no era a cambio de su libertad, sino para no ser conducidos a la URI.

2. Falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio rendido por el capitán de la Policía Elver Vicente Alfonso Sanabria, en cuanto aseguró que tras la información del hecho se trasladó a la plazoleta de Kennedy y allí ubicó efectivamente a los dos agentes y a su lado la supuesta víctima en indefensión y preocupada, siendo informado por ésta que los policiales no lo dejaban mover de allí y para eso le retuvieron sus documentos; el Tribunal, sin embargo, con sustento en dicho testimonio le concedió credibilidad a la víctima y se la negó a los implicados, sólo porque no advirtió interés alguno para que el testigo inventara los hechos o sus circunstancias y sin tener en cuenta que primero medió una negociación por la cual precisamente los civiles no fueron judicializados, de modo que se les liberó para que consiguiesen el dinero acordado y por ende su presencia en la plazoleta no lo fue contra su voluntad.

3. Falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Álvaro Beltrán Pinilla y Segundo Angélico Beltrán Pinilla, sobrinos de Crisanto Pinilla, pues éstos aseguraron que su tío los llamó para que agilizaran la llevada del dinero o en su lugar los agentes lo empapelaban o lo judicializaban, hechos que fueron dados a conocer al capitán Vicente Sanabria; no obstante el Tribunal sostuvo que tales declarantes confirmaron la versión de Crisanto acerca de que se hallaba privado de la locomoción y solo si entregaba un dinero le darían la libertad, lo cual no es cierto ya que este tipo de expresiones no fueron hechas por los testigos.

4. Falso juicio de identidad en la valoración del testimonio de Jeison Clavijo Macías, Policía de Información del CAI Techo,

quien si bien aseguró que los tres ciudadanos mencionados fueron conducidos a las instalaciones policiales y luego dejados en libertad, lo cierto es que nunca estuvieron privados de ella, su presencia allí obedeció a que los servidores enjuiciados estaban verificando sus antecedentes y adelantando los trámites necesarios para judicializarlos ante el hallazgo de un fajo de dólares falsos y una garrafa de líquido para limpiarlos y aunque esto finalmente no se produjo debido al ofrecimiento de las cuestionadas dádivas, lo claro es que los oferentes salieron por sus propios medios.

5. Falso juicio de identidad en el análisis del testimonio rendido por el procesado Fredy Efraín Guerra Romero, en cuanto a pesar de haber detallado todas sus actividades, propias del servicio durante ese día y específicamente su actuación frente a los ciudadanos retenidos, el sentenciador le niega toda credibilidad en contraste con la que se le confirió a Crisanto Pinilla no obstante sus inconsistencias y su real interés por ocultar circunstancias que lo comprometían en la comisión de delitos.

Se desconoció de esa manera no solo el contenido de lo declarado por dicho procesado, sino todas las demás pruebas que acreditaron que en ningún momento los acusados abandonaron sus labores, luego cómo entender que a la par tuvieran secuestradas a esas personas? Lo acreditado, dice, es que ante el ofrecimiento del dinero se acordó con los oferentes que éstos por propia voluntad permanecerían en la plazoleta consiguiendo el efectivo, por ende mal puede concluirse que estuvieron privados de la locomoción.

6. Falso juicio de identidad en el examen del testimonio rendido por el patrullero Jairo Andrés Gómez Torres, encargado de la oficina de grabaciones del C.A.D. de la Policía, por cuanto no obstante que éste da autenticidad al medio magnético donde reposan los registros relativos a los reportes de casos enviados por la central a la patrulla conformada por los acusados el día de los hechos, el sentenciador le niega cualquier mérito suasorio para asegurar que él no desdibuja el delito atribuido, cuando en contrario lo que esta prueba demuestra es que los enjuiciados estaban en desarrollo de sus labores y no privando de libertad a las supuestas víctimas.

7. Falso juicio de identidad en la valoración del testimonio recibido al coronel Víctor Alfonso Rojas Silva, comandante de la Estación de Policía de Kennedy, pues si bien éste ratifica la información derivada del Avantel que tenían asignado los acusados para desarrollar sus funciones, según la cual durante todo su turno estuvieron desplegando actividades de vigilancia y control de personas y vehículos, solicitaron sus antecedentes en total de 280 ese día, incluidos los tres ciudadanos que se presentan como víctimas, el sentenciador le resta cualquier mérito para afirmar que tampoco desvirtúa el delito imputado, cuando de él se infiere con claridad que los procesados estuvieron en todo momento cumpliendo sus funciones y no desplegando un delito que afectara la libertad de las personas.

8. Falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio de Ximena Carolina Ramírez Vásquez, vendedora informal en la plazoleta de Kennedy, quien observó a los acusados desarrollando en ese lugar y en los alrededores sus funciones de vigilancia, nunca vio que tuvieran capturado a

alguien y a pesar de esto el fallador le niega cualquier efecto para en su lugar señalar que no desvirtúa la comisión del punible objeto de juicio, sin tener en cuenta que con esta prueba se ratifica una vez más que los encausados estuvieron durante todo su turno en ejercicio de sus funciones y no afectaron la libertad de Pinilla, Abadía y Palacio, quienes si bien se encontraban en ese espacio público lo era por propia voluntad.

9. Falso juicio de identidad en el análisis de la declaración rendida por Juan Carlos Morales Sáenz, comandante del CAI Techo, que confirmó que para el día de los hechos los procesados desplegaron durante su turno las funciones propias del cargo de patrulleros, empero tal aserto no incidió para nada en el juicio del fallador no obstante que las bases de datos de la Policía Nacional en ese respecto dadas a conocer por el testigo acreditaron el cabal ejercicio de aquellas y la imposibilidad de que se tuviera cometiendo un delito de la naturaleza del imputado.

10. Falso juicio de identidad en el estudio del testimonio de Óscar Javier Baquero Díaz, agente que labora en el CAI Techo, quien se percató del arribo de la patrulla integrada por los procesados con los tres ciudadanos en mención, así como que a las 7:30 p.m. de ese día aquellos se encontraban en el sector bancario de Kennedy ejerciendo funciones de control a vehículos, sin embargo para el juzgador tal versión no le mereció valor alguno y en su concepto esta prueba no desdibujaba el delito cometido, sin tener en cuenta que de ella emanaba la confirmación adicional de que los procesados se encontraban desplegando sus funciones mientras

supuestamente y de modo imposible tenían secuestradas a las víctimas.

Dados los anteriores yerros de valoración probatoria, solicita el censor se case la sentencia impugnada y en su lugar se absuelva a sus prohijados.

Segundo cargo:

Subsidiariamente, pero también al amparo de la causal tercera de casación, acusa el fallo recurrido de haber cometido equívocos de apreciación probatoria por errores de hecho derivados de falsos raciocinios, específicamente al examinarse los testimonios de César Crisanto Pinilla Rodríguez, Fredy Efraín Guerra Romero, Elber Alfonso Sanabria, Álvaro Beltrán Pinilla, Juan Palacios Arias y Víctor Alfonso Rojas Silva, labor en la cual el sentenciador desconoció reglas de experiencia que señalan que los secuestradores no permiten la comunicación de las víctimas con sus familiares, tampoco les autorizan el uso indiscriminado y libre de sus celulares; generalmente en nuestro medio los delincuentes capturados en flagrancia ofrecen dinero a los servidores que los aprehenden y éstos lo aceptan, pero no a cambio de una libertad afectada legítimamente sino para no ser judicializados y también por lo general, los superiores de los agentes comprometidos en algún ilícito no declaran en su favor.

Será acaso, se pregunta el libelista, que un secuestrador le indica a los familiares de la víctima el lugar de ubicación de los secuestrados, o que libremente y desde su propio teléfono celular una persona secuestrada libremente llama cuantas

veces quiera a sus familiares, o que un secuestrado pudiendo escapar de sus captores, más aun hallándose en una plaza pública a plena luz del día no lo hace a pesar de ser un sitio con total movilidad para poder desplazarse?; las anteriores consideraciones, dice, son máximas de la experiencia que bajo ningún aspecto tuvieron en cuenta los juzgadores de instancia, pues todo obedeció a un acuerdo de voluntades entre los policiales y delincuentes a cambio de no ser judicializados por su actuar ilícito.

De haberse apreciado correctamente las anteriores pruebas, concluye el demandante, los procesados han debido serlo por el delito de cohecho propio o en el peor de los casos por el de concusión, pero no por el punible de secuestro extorsivo, por eso solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se profiera uno de carácter absolutorio.

Tercer cargo:

Igualmente en subsidio, con sustento en la causal segunda, acusa el casacionista la sentencia recurrida de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad por violación al derecho de defensa, en la medida en que el profesional que entonces asistió a los acusados no realizó un análisis claro y detallado de todos los elementos materiales de prueba y evidencia física que se aportarían al juicio, limitándose en la audiencia preparatoria simplemente a su enunciación y posteriormente a su desistimiento, no obstante que resultaban ser pruebas relevantes para acreditar que los acusados estuvieron siempre en su turno en desarrollo de sus lícitas

funciones de patrulleros y no afectando la libertad de algún ciudadano.

Así se omitió llevar al juicio los testimonios de Celina Morales, Iván Darío Arrieta España, Víctor Muñoz Castiblanco, Gladys Lucía Quintero Cardona, Heber Ferney Osorio, Marcos Gómez Gómez, Hernando Sandoval Vivas, Elkin Mario Gómez Escudero, así como los de los empleados de las entidades bancarias del sector, al igual que los reportes de acompañamientos a usuarios bancarios, con todos los cuales se habría acreditado que los procesados en esa tarde de los hechos estuvieron en ejercicio permanente y cabal de sus cargos y que no tuvieron a persona alguna retenida.

Por tanto, demanda se case el fallo recurrido y se declare la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, de manera que en ésta se decrete la práctica de las pruebas antes mencionadas que acreditarán la inocencia de los acusados frente al punible por el cual se les enjuició.

Cuarto cargo:

Finalmente y también de manera subsidiaria acusa el censor la sentencia recurrida de violar directamente los artículos 169 y 170 del Código Penal por aplicación indebida y el 404 o 405 por falta de aplicación, lo cual condujo a que se calificara erróneamente la conducta atribuida a los procesados, por cuanto ésta constituye alguno de los delitos contra la administración pública antes referidos pero no el que atenta contra la libertad personal, de ahí su pedido para que se absuelva a sus defendidos.

LA FISCALÍA:

En opinión del Delegado de la Fiscalía el primer y segundo reparos revelan identidad en cuanto se limitan a atacar la credibilidad otorgada a algunos testigos y negar la de otros; en ese orden pretende el casacionista se le reste credibilidad a aquellos que comprometen a los policiales porque en su sentir se desconocieron los postulados de la sana crítica y concretamente la lógica y la experiencia, pero no indica cuáles fueron los principios de aquella ignorados, de modo que su objetivo es simplemente imponer su valoración sin percatarse de que prevalece la del juzgador al arribar los fallos a esta sede amparados por la doble presunción de acierto y de legalidad.

Otorgarle mérito a unos medios de prueba y negárselo a otros, no constituye yerro demandable en casación a menos que se demuestre que se violaron ostensiblemente los postulados de la sana crítica, esto es, las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, lo que no ocurrió en este caso, pues el casacionista no evidencia cuál de esos postulados fue vulnerado, limitándose a realizar un nuevo análisis probatorio para oponerlo al del fallador.

Por otra parte la valoración probatoria que se hizo en las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, no fue fruto de la arbitrariedad, del capricho, de la falta de lógica, sino que de manera razonada expusieron los motivos por los cuales

le creen a los testigos, lo que llevó a la certeza sobre la responsabilidad de los acusados.

La sentencia llegó a la condena después de un análisis serio, ponderado, lógico y respetuoso de la sana crítica, de modo que la presunción de acierto y legalidad no fue desvirtuada por estos cargos, motivo por el cual solicita sean desestimados.

En lo que hace al tercer reproche, en opinión del Delegado la jurisprudencia de la Corte desecha cualquier vulneración de la defensa técnica en situaciones como la propuesta por el censor, pues *“como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio, si así lo estima a la hora de decidir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada asumiendo en todo caso el riesgo que implica la decisión del sujeto procesal opta por retirar de su expectativa probatoria, determinado medio de convicción”*.

Es claro entonces, que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aun respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda pedir o requerir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; el desistimiento de una prueba por uno de los sujetos procesales, no lesiona garantías defensivas, por lo tanto si el anterior defensor

consideró que debía retirar las pruebas que le habían sido decretadas en la etapa preparatoria del juicio, eso no genera ninguna nulidad por falta de defensa, pues cada togado de acuerdo con su teoría del caso, analizara si la requiere o no, razón por la cual esta petición tampoco puede prosperar.

Y en lo que respecta al último cargo la Fiscalía dice apartarse de las pretensiones del demandante para en su lugar solicitar que no se case el fallo de segundo grado cuestionado, pues no es cierto como lo afirma la defensa, que el propósito de los policiales cuando retuvieron a las víctimas fue solicitarles dinero y que éstas además les ofrecieran entregarles una suma de dinero para que no los llevaran a la URI, de modo que habían cometido actos de concusión y cohecho y por tanto su conducta no estuvo dirigida a vulnerar o poner en peligro el bien jurídico de la libertad personal de los afectados, sino el de la administración pública.

El tipo penal de secuestro tiene como bien jurídico protegido la libertad, el cual en sentido básico 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. Es claro en este evento que el bien jurídico de la libertad individual fue vulnerado en la medida en que los acusados afectaron la de Cesar Crisanto Pinilla Rodríguez, Juan de Gracia Palacios Arias y Elkin Abadia Murillo, para conducirlos al CAI de Kennedy, sin dejar anotación alguna y luego trasladarse con ellos a la plazoleta de esa localidad y aunque les permitieron usar los teléfonos para llamar a los

familiares a fin de conseguir el dinero que los policías les habían exigido y poder recuperar sus documentos de identidad y retirarse del lugar, no se les autorizó a que se ausentaran por lo que siguieron privados de su derecho de locomoción por espacio de 5 horas, luego de ser capturados.

Ninguna similitud jurídica existe entre la descripción típica que el artículo 140 del Código Penal, Decreto 100 del 80, hace de la concusión con la del artículo 268 ibídem en torno al secuestro extorsivo, ya que si bien en uno y en otro hay exigencias de dinero, dada la naturaleza del bien jurídico protegido no puede en ningún caso descuidarse el análisis de la situación fáctica en que la misma se presenta, tampoco cabe entender que la privación de la libertad, o cualquier otra limitación a la locomoción pueda utilizarse como una forma de constreñimiento a que se refiere el artículo 140 al tipificar el delito de concusión, pues resulta incuestionable que si el sujeto acude a mecanismos de presión de esta naturaleza para lograr un provecho ilícito de parte de su víctima, no es el bien jurídico de la administración de justicia el que resulta vulnerado, sino bienes jurídicos de la más alta categorización en el plano de los derechos constitucionales de las personas, como son la libertad de locomoción, la autonomía personal y por supuesto la dignidad humana; si la exigencia del dinero se hace reteniendo o privando de la libertad a una persona, ninguna duda puede existir de que se está ante un secuestro extorsivo.

Solicita en consecuencia la Fiscalía no casar la sentencia recurrida.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Segundo Delegado en torno a los cargos principal y primero subsidiario, precisa que las pruebas informan acerca de cómo se afectó la locomoción de las tres personas retenidas, conducta que no hace parte de las funciones propias de la Policía Nacional, por cuanto como es lógico los policiales debieron dejar a disposición de las entidades correspondientes – Fiscalía General de la Nación-, a las personas retenidas y los elementos incautados, pero no prolongar la retención y condicionar la libertad al pago del dinero exigido a los ciudadanos y amedrentarlos con judicializarlos si no entregaban esos caudales, situación que quedó demostrada con la captura en flagrancia de los procesados, además por lo dicho por las víctimas al poner en conocimiento de las autoridades que les fue condicionada su libertad al pago de una suma de dinero.

En consecuencia, no se ha violado en ese escenario ninguna regla de la sana crítica o de la experiencia, ni de la ciencia al apreciar las pruebas; no es difícil deducir que si una persona es retenida y se condiciona su libertad al pago de una suma de dinero, a la amenaza de evitar su judicialización y además se le retienen los documentos y equipo de comunicaciones se está incurriendo en una conducta de secuestro extorsivo, en la modalidad del verbo rector retener; bajo este criterio los cargos examinados están llamados al fracaso.

En cuanto al segundo cargo subsidiario, el problema jurídico estriba en determinar si se violó el derecho de defensa porque el abogado defensor renunció a practicar unos testimonios que decretados por la judicatura probarían que los uniformados se encontraban realizando labores propias del cargo y no afectaron real y efectivamente la libertad de locomoción de persona alguna; al respecto la participación del juez en la confección de la prueba en un sistema acusatorio es mínima, dado que su intromisión debe ser excepcional, es a las partes a quienes incumbe la libertad probatoria lo cual es apenas lógico, pues de lo contrario si hay una intervención positiva y permanente del juez se estaría emprendiendo una actividad que correspondería a un sistema inquisitivo, por ello el juez no está llamado a suplir las deficiencias, vacíos o ineptitud de las partes, luego bajo estas premisas no se evidencia vulneración a derecho alguno, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

Y en lo que hace al tercer cargo subsidiario, el problema jurídico a resolver radica en si se erró en la adecuación típica de la conducta descrita en los artículos 169 y 170 del Código Penal del 2000, que corresponde al secuestro extorsivo con omisión de las contempladas en los artículos 404 y 405 del Código Penal del 2000.

Las diferencias entre uno y otros delitos son sustanciales, ya que el secuestro pertenece al título de la libertad individual y otras garantías, mientras el cohecho y la concusión están en el

título de la administración pública, cuyos bienes jurídicos objeto de protección son antagónicos; mientras en el secuestro hay una limitación a la libertad de locomoción de la persona, en los otros dos se presenta un incumplimiento a los cometidos constitucionales de la función pública, como son la transparencia, la moralidad, la eficacia o la eficiencia de los servidores públicos, ya sea por constreñir a un particular o por aceptar o recibir dadas o cualquier utilidad.

Lo de fondo en este asunto, dice el Ministerio Público, es que amparados en su condición los agentes retuvieron ilegalmente a unas personas, es decir las secuestraron, negociando la función encomendada constitucionalmente para acordar la liberación a cambio de un pago, lo cual es reprochable esencialmente por la privación ilegal de la libertad que violenta un derecho constitucional fundamental, cuyo acaecer fáctico permitió acertadamente a las instancias la imputación jurídica por el delito de secuestro extorsivo, por lo tanto no se observa vulneración a derecho alguno como lo invoca el censor, de ahí que el cargo no está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES:

1. No obstante postularse de manera subsidiaria, lo cual bien se entiende por la naturaleza de la pretensión absolutoria perseguida a través de los cargos principal y primero subsidiario, se examinará prioritariamente la censura planteada por vía de nulidad.

Acusa en ese sentido el recurrente la sentencia por vulneración al derecho de defensa, en la medida en que el profesional que entonces asistió a los acusados no realizó un análisis claro y detallado de los elementos materiales de prueba y evidencia física que se aportarían al juicio, limitándose en la audiencia preparatoria simplemente a su enunciación y posteriormente a su desistimiento, no obstante que resultaban ser pruebas relevantes para acreditar que los acusados estuvieron siempre en su turno en desarrollo de sus lícitas funciones de patrulleros y no afectando la libertad de algún ciudadano.

Connota dicho cuestionamiento la problemática referida al desistimiento de las pruebas, así como a la trascendencia de las que fueron objeto del retracto efectuado por la parte que las pidió.

Por lo primero, según lo relievan Fiscalía y Ministerio Público, el esquema procesal previsto en la Ley 906 de 2004 responde en esencia a una contención de partes, luego la iniciativa del recaudo probatorio en términos generales le concierne a éstas de conformidad con su teoría del caso y con sujeción a los parámetros de conducencia, pertinencia y utilidad; por lo mismo es dable que, cualquiera que sea la razón, finalmente desistan de su práctica o incorporación al juicio oral, no obstante haberse decretado por el juez, pues es de su exclusivo resorte acreditar, como ya se dijo, su respectiva teoría del caso.

Por eso, ha comprendido la Sala que en eventos tales no se produce afectación alguna a la garantía de defensa, mucho menos cuando no se corresponde con una actividad del juzgador y sí a la responsabilidad de la parte que las pidió.

Ha dicho la Corte (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Rad. No. 26411):

“Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aún respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte)”.

O en auto del 3 de julio de 2013, Rad. No. 40620, reiterado en providencia AP8228 de 2016, Rad. No. 47558:

“... si bien es cierto en la audiencia preparatoria se decretan las pruebas, ello no se convierte en camisa de fuerza para las partes, y durante el desarrollo de la audiencia no es de extrañar que una o ambas partes desistan de alguna o varias de las probanzas que a su parecer ya no sean necesarias dentro de su estrategia, sin que ese desistimiento pueda significar por sí mismo, primero: que la Fiscalía esté dejando de ejercer la acusación o lo haga de manera deficiente; y, además, en el caso específico de la defensa, que con la renuncia en juicio de algunas de las pruebas decretadas en la audiencia preparatoria se entienda que no haya existido un verdadero ejercicio del derecho a la defensa”.

No existiendo por tanto en ese contexto afectación alguna al derecho de defensa, menos puede concurrir el vicio denunciado cuando las pruebas de cuya práctica se desistió no inciden de manera trascendente en la declaración de responsabilidad efectuada en la sentencia.

Así, dice el censor que los testimonios de Celina Morales, Iván Darío Arrieta España, Víctor Muñoz Castiblanco, Gladys Lucía Quintero Cardona, Heber Ferney Osorio, Marcos Gómez Gómez, Hernando Sandoval Vivas, Elkin Mario Gómez Escudero, así como los de los empleados de las entidades bancarias del sector, al igual que los reportes de acompañamientos a usuarios bancarios, todos desistidos, habrían acreditado que los procesados en esa tarde de los hechos estuvieron ejerciendo cabal y permanentemente sus cargos y que no tuvieron a persona alguna retenida.

Luego, si esa era la finalidad específica, evidente se advierte la redundancia o carácter superfluo de dichos elementos de convicción, toda vez que al juicio ya habían sido incorporadas pruebas con el mismo propósito, del cual el juzgador hizo la correspondiente valoración no para sostener lo contrario, sino para concluir que el hecho de que los procesados hayan continuado en sus labores no desdibujaba la comisión del punible entonces imputado. En ese sentido declararon el patrullero Jairo Andrés Gómez Torres, el coronel de la Policía Víctor Alfonso Rojas Silva, la vendedora informal Ximena Carolina Ramírez Vásquez, el comandante del CAI Techo Juan Carlos Morales Sáenz y el agente del mismo Óscar Javier Baquero Díaz.

Por ende, sin que de un lado se advierta la afectación de la garantía fundamental invocada, ni de otro, la trascendencia necesaria del vicio aducido, el reproche propuesto por vía de nulidad carece de prosperidad.

2. Ahora, dados los cargos principal, primero y tercero subsidiarios, propuestos aquellos con sustento en la causal tercera de casación por violación indirecta de la ley a consecuencia de errores de hecho por falsos juicios de identidad y falsos raciocinios y el último por vulneración directa de la ley sustancial, este proceso demostró con prueba legal, regular y oportunamente practicada en el juicio, más allá de toda duda y sin discusión alguna, que:

i) El 29 de septiembre de 2011, cerca de las 4:30 P.M., los patrulleros motorizados de la localidad de Kennedy en Bogotá, Fredy Efraín Guerra Romero y Elkin Mario Gómez Escudero fueron alertados por la Central de Radio de la Policía Nacional sobre la presencia de tres hombres en dudosa actitud dentro de un establecimiento abierto al público, posiblemente portando armas.

ii) Una vez en el lugar y detectados los sospechosos, a quienes se les requisó e identificó como César Crisanto Pinilla Rodríguez, Juan de Gracia Palacios Arias y Elkin Abadía Murillo, les encontraron en su poder unos papeles a modo de fajo de billetes y un recipiente con un líquido de naturaleza desconocida.

iii) En esas circunstancias, los tres ciudadanos sorprendidos en flagrante comisión de un probable delito de falsificación de moneda o tráfico de moneda falsa, fueron conducidos al CAI de la localidad a efectos de ser judicializados.

Ante esa perspectiva, los aprehendidos ofrecieron a los servidores públicos un dinero a cambio de la devolución de los elementos incautados, de su libertad y de que no fueran judicializados, ofrecimiento al cual accedieron los agentes, de modo que tras varias negociaciones se acordó recibir un millón de pesos de parte de Juan de Gracia Palacios Arias y Elkin Abadía Murillo y dos millones por cuenta de César Crisanto Pinilla Rodríguez.

iv) Mas, como en ese momento éstos no contaban con dichos recursos, se dispuso por los dos policías referidos, sin

hacer anotación alguna en los libros respectivos del CAI, trasladarse al sector bancario de la plazoleta de Kennedy; allí se dejó a los ciudadanos en un lugar público, de alta afluencia de personas, en poder de sus celulares para que se comunicaran con algunos familiares a fin de conseguir los dineros ofrecidos, mediando eso sí la retención de sus documentos y la latente posibilidad de judicializarlos. En esas circunstancias los retenidos consiguieron y entregaron el dinero, a excepción de Pinilla Rodríguez quien permaneció en el lugar por tres horas más tras las cuales, por información a la autoridad policiva, fueron aprehendidos los dos agentes.

3. Bajo los anteriores supuestos bien se distinguen dos momentos en el decurso del accionar de los retenidos y los acá procesados. Un primero, en el que éstos despliegan legítimamente sus funciones en el propósito de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y funciones públicas y en desarrollo del cometido de materializar los fines de seguridad, protección y tranquilidad que le corresponden a la Policía Nacional, conforme lo ha previsto el artículo 218 de la Carta Política, en forma tal que puede afirmarse, sin discusión alguna y así lo entendieron todos los sujetos procesales, que en principio esa privación de libertad, en tanto producida en flagrancia por la eventual comisión de un delito, fue legítima y por ende no constitutiva de conducta ilícita alguna que pudiera atribuirse a los dos servidores públicos procesados, de modo que hasta allí y antes de aceptar el ofrecimiento de dinero, su actuación estuvo ceñida absolutamente a la legalidad.

4. Los cuestionamientos a esa legitimidad surgen a partir del segundo momento, esto es, cuando los agentes aceptan el ofrecimiento del dinero y se dirigen con los tres ciudadanos a la Plazoleta de Kennedy con el fin de que consiguieran los recursos ofrecidos, como que desde entonces, se dijo por la Fiscalía y los juzgadores de instancia, la privación de la libertad se prolongó, pero ya de forma ilícita al exigirse o aceptarse por su recuperación las sumas de dinero aludidas.

Empero, tales reparos a la legalidad de la privación de libertad a partir de ese momento devienen improcedentes, en la medida en que, aun después del ofrecimiento del dinero les era imperativo a los policiales mantener en cautiverio a los individuos, dada la situación de flagrancia en que fueron sorprendidos y les correspondía ponerlos a disposición de la Fiscalía. La oferta de la ganancia económica por evitar la judicialización no representaba una solución de continuidad en la privación legítima de libertad derivada de la captura en esa condición, ni mucho menos purgaba la situación de flagrancia.

Vale decir que la restricción de la libertad ocurrida en esos dos momentos, sin solución de continuidad, tenía idéntico origen y generaba en los policías que la ejecutaron las mismas obligaciones inherentes a su cargo, esto es, hacer los registros correspondientes y presentar los aprehendidos al ente investigador; no estaban legitimados para vender su función, omitir esos registros en el CAI, evadir su judicialización, o dejarlos en libertad a pesar de la captura en flagrancia.

El dinero ofrecido, lo fue para obtener una libertad que se hallaba legítimamente afectada, no ser conducidos ante las autoridades judiciales y evitar someterse a un proceso penal con sus consabidas vicisitudes.

Luego, en ese sentido el juzgador no incurrió en yerro alguno de valoración probatoria como los denunciados por el recurrente, pues ni tergiversó las referidas declaraciones, ni las cercenó, toda vez que su contenido material revelaba la inicial aprehensión de los tres ciudadanos y su estancia en la plazoleta de Kennedy, según lo declararon Crisanto Pinilla y Juan Palacios Arias y corroboraron los sobrinos del primero, al igual que los uniformados que advertidos por éstos, lograron la captura de los dos agentes que habían aceptado la oferta de unos recursos monetarios a cambio de no ejercer la función que legalmente les concernía.

Por igual, tampoco se advierte yerro de esa clase cuando a pesar de que el ad quem haya aceptado las informaciones de que los agentes de policía procesados siguieron en sus labores, concluyó que la privación de libertad no se desnaturalizó, pues en su sentir los agentes no dejaron de ejercer vigilancia sobre los retenidos, así fuera esporádicamente, ni permitieron su libre movilidad bajo la amenaza de cumplir su función legal de judicializarlos y desde luego de no entregar sus documentos de identificación.

Ciertamente los testimonios de Jairo Andrés Gómez Torres, encargado de la oficina de grabaciones del C.A.D. de la Policía, del coronel Víctor Alfonso Rojas Silva, comandante de la Estación de Policía de Kennedy, de Ximena Carolina Ramírez

Vásquez, vendedora informal en la plazoleta de Kennedy, Juan Carlos Morales Sáenz, comandante del CAI Techo y de Óscar Javier Baquero Díaz, agente que labora en el mismo, dan cuenta de que los acusados continuaron ejerciendo sus labores de vigilancia y control, mas este hecho no fue tergiversado, ni desconocido por el sentenciador, sólo que no le asignó los efectos perseguidos por el censor, luego desde esa perspectiva mal podría hablarse de la incursión en falsos juicios de identidad al valorarlos.

Tampoco se incurrió en las falencias de raciocinio por vulneración de máximas de la experiencia, porque aunque no es usual que a un secuestrado se le deje en un lugar público, con la posibilidad de comunicarse y fugarse, no resulta irrazonable, según lo explicó el Tribunal, que aun en ese contexto una persona pueda ser retenida y afectada en su libertad de moverse, sin necesidad de que esté atado o físicamente inmovilizado, por existir a cambio actos como la coacción, o la amenaza.

Salvo entonces la lógica oposición del defensor y sus prohijados no existe duda alguna de que en este asunto se demostró que César Crisanto Pinilla Rodríguez, Juan de Gracia Palacios Arias y Elkin Abadía Murillo fueron privados de su libertad por los acusados Fredy Efraín Guerra Romero y Elkin Mario Gómez Escudero y que en tal aserto no incurrió el juzgador en yerro de valoración probatoria alguno, por tanto los cargos principal y primero subsidiario tampoco pueden prosperar.

5. Diferente es considerar que tal privación de libertad fue legal por haberse producido a partir de sorprender a los referidos ciudadanos en flagrancia de un probable delito, la cual no se deslegitima porque se haya aceptado un ofrecimiento de dinero para proceder en contrario. En otras palabras, la captura y consecuente cautiverio de Pinilla, Palacios y Abadía tuvo sustento legal por virtud de la situación de flagrancia, sin que se haya convertido en ilegítima al haberse aceptado por los agentes que la efectuaron un dinero para actuar en contra de las funciones propias de agentes de policía. La que se hizo ilegítima no fue la privación de libertad, sino la venta de la función pública, como que con esta conducta adecuaron su proceder al punible de cohecho propio.

Connota lo anterior por tanto un cuestionamiento de índole absolutamente jurídico, en la medida en que el sentenciador tuvo por ilegal una privación de libertad que claramente no lo era por sustentarse en una situación de flagrancia delictual, luego el problema no es de valoración probatoria sino de la concepción jurídica de esa retención, por manera que la temática debía conducirse en principio por la senda de la causal primera de casación, esto es, por violación directa de la ley sustancial, ya que siendo legal la privación de libertad el juzgador aplicó indebidamente los artículos 169 y 170 del Código Penal y resultado ilegal que los agentes de policía hubieren aceptado un ofrecimiento de dinero para omitir actos propios de sus funciones, o ejecutar unos contrarios a ellas, dejó de aplicar el artículo 405 del mismo ordenamiento, tal como lo denuncia el censor en el último reparo.

6. Si bien en eventos relativamente similares la Corte ha concluido que en ellos se tipifica el punible contra la autonomía personal, en este existen algunas variables que corroboran su adecuación como delito contra la administración pública.

Así, en el proceso No. 39180 (SP9794-2015), los hechos refieren que miembros del entonces Departamento Administrativo de Seguridad aprovechando la existencia de una orden de captura legalmente expedida, retuvieron a la persona en cuya contra iba dirigida, pero no con el propósito de dejarla a disposición de la autoridad que la requería sino de exigir y obtener, como finalmente ocurrió, una suma considerable de dinero. La Sala estimó entonces cometido el punible de secuestro extorsivo porque *“desde un inicio el querer de los procesados era sacar provecho ilícito de la orden de captura que pesaba contra la víctima, por ello, la retuvieron y la ocultaron contra su voluntad...”*

...los enjuiciados utilizando la investidura como miembros de un organismo de seguridad, con la única finalidad de obtener un provecho económico, retuvieron a la víctima...

...se alejaron de una conducta funcional, pero no para omitir un acto propio de sus cargos, sino que precisamente la condición de agentes del DAS la utilizaron como medio para realizar la privación de la libertad y exigir provecho económico a cambio de la liberación”.

El proceso No. 31367 (Sentencia del 21 de mayo de 2009), tuvo como supuesto fáctico la retención por parte de agentes de policía de un ciudadano en un establecimiento público quien se

identificó con nombre diverso al que realmente le correspondía; tras su privación de libertad, los servidores se comunicaron con la compañera de la víctima exigiendo por la liberación de ésta una suma de dinero. La Corte consideró cometido el delito de secuestro extorsivo debido a que los agentes no retuvieron al ciudadano porque hubiere suplantado a otro, o portase un arma, sino porque su objetivo era el de exigir por su liberación una suma de dinero, mediando inclusive amenazas contra la vida del secuestrado.

Además, “no hubo captura en flagrancia, apenas una apariencia de la misma, pues desde un primer momento la intención de los procesados al retener a ... era la de pedir dinero por su liberación; si hubiese sido lo contrario, es decir, si se hubiese tratado de un operativo en regla, apenas lógica habría sido la práctica de una requisita a aquél en el lugar en donde se hallaba departiendo y, por tanto, se habría dado el hallazgo, a la vista de los contertulios, del arma que portaba y les habría permitido a éstos deducir que fue ese el motivo de la retención. Eso explica que al recobrar la libertad todavía llevara en su poder el artefacto, en cuanto los procesados no estaban interesados en saber lo que tenía encima..., sino en la obtención dineraria al rebajarlo a la condición de mercancía intercambiable”.

El Radicado 44287 (SP6354-2015), por su parte, informa que agentes de policía, alertados sobre la presencia de sujetos sospechosos en moto, retuvieron a éstos por no portar los documentos del vehículo, ni los propios de identificación, exigiéndoles una suma de dinero a cambio de su liberación, no judicializarlos y devolverles el automotor. La Corte consideró

cometido el punible de secuestro extorsivo porque “...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”.

Y en el proceso No. 42510 (SP16227-2015), los hechos informan que miembros de la SIJIN, privaron de su libertad a dos ciudadanos pretextando una orden de captura con fines de extradición entonces inexistente, exigiendo a cambio de su liberación una suma de dinero. La Sala consideró igualmente configurado el delito de secuestro porque “... los procesados, aprovechando su condición de agentes de la SIJIN, privaron de la libertad a varias personas, no con el fin de dejarlas a disposición de las autoridades competentes, pues no existía orden judicial ni mediaba situación de flagrancia, sino con un propósito distinto, que según el fallador de segundo grado no fue esclarecido y que en sentir de la representante de la Fiscalía no era otro que exigir una elevada suma de dinero”.

Como se advierte, hay en estos cuatro ejemplos varios elementos en común que descartan la comisión de un punible contra la administración pública y dirigen la adecuación típica hacia el de secuestro. En primer lugar, en todos son los servidores públicos quienes tienen la iniciativa o hacen la exigencia del beneficio pecuniario; en segundo término, no existe una razón legítima, salvo en los hechos del proceso No. 39180, para que se hubiese procedido a privar de libertad a los ciudadanos y aunque en ese asunto medió una orden de captura, lo evidente, según sucedió en los demás casos, es que fue un pretexto pues desde el comienzo los sujetos activos del delito tuvieron como objetivo hacer una exigencia económica por la liberación de los privados de libertad o por no judicializarlos.

En cambio en el asunto que se examina y como lo admiten Crisanto Pinilla y Palacios Arias, no fueron los agentes quienes exigieron provecho económico alguno, fueron ellos los que lo ofrecieron, sólo que a partir de allí se produjo una negociación acerca de la suma que se daría; existió realmente una causa legítima, que fue la flagrancia en la probable comisión de un delito de falsificación de moneda o tráfico de moneda falsa, que justificó la aprehensión de los tres ciudadanos y finalmente, los agentes acá procesados no tuvieron por objetivo pedir prebenda alguna a los capturados a cambio de no ejecutar sus funciones, pues además de la realidad de la flagrancia, el operativo obedeció a información de la central de radio, los ciudadanos fueron debidamente identificados y requisados y luego conducidos a las instalaciones del CAI con el propósito de iniciar los trámites necesarios para conducirlos a la Fiscalía.

Ninguno de tales criterios de diferenciación fueron examinados de manera específica por el Delegado de la Fiscalía, ni la agencia del Ministerio Público en la audiencia de sustentación, por eso su aserto sobre la configuración en este caso del delito de secuestro extorsivo es infundado.

7. La corrección del yerro no es, sin embargo, la propuesta por el censor en términos de absolución, sino la de eventualmente dictar una sentencia de reemplazo que adopte la correcta calificación jurídica, siempre y cuando se satisfagan las exigencias jurisprudenciales que permiten tal variación, pues se dictaría sentencia por un delito que no fue objeto de acusación.

Frente al tema la Corte en la citada sentencia SP6354, Rad. No. 44287, reseñó:

“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 ROJAS, 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 estricto, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia:

‘...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.

También 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”.

8. En este caso, la nueva calificación por cohecho propio, en cuanto los agentes de policía procesados recibieron para sí o aceptaron promesa remuneratoria para omitir un acto propio de su cargo, cual era el de judicializar a los aprehendidos, o ejecutar uno contrario a los deberes oficiales como liberar a los capturados en flagrancia o devolver elementos del delito incautados, se dirige en esos términos hacia un tipo penal más benigno, en contraste con el de secuestro extorsivo, toda vez que aquél se sanciona con una pena máxima de 12 años, mientras que el segundo se pune con prisión hasta de 50.

Ahora, que se trate de conductas que correspondan al mismo género, es cierto que el secuestro extorsivo y el cohecho propio, según lo relievan la Fiscalía y el Ministerio Público en la audiencia de sustentación de este recurso, contienen cada uno elementos que los caracterizan marcadamente, porque el primero que se consagra en el artículo 169 de la Ley 599 de 2000 sanciona a *“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, ...”* y el segundo en el artículo 405 al *“servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales,”*, y la Corte ha entendido precisamente que *“el delito de secuestro extorsivo tiene lugar cuando se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su libertad algún provecho o utilidad,... lo que tiene incidencia en el delito de secuestro no es la temporalidad de la acción, sino la efectiva*

limitación de la libertad de locomoción y de las posibilidades de autodeterminación del afectado.

De otro lado, al cohecho se le ha tildado como ejemplificativo del negocio o comercialización de la función pública en cuanto se afecta la transparencia, integridad y moralidad que le han de ser inherentes.

Los supuestos de recibir dinero u otra utilidad o aceptar promesa remuneratoria se miran frente a los ingredientes subjetivos de: i) retardar un acto propio del cargo; ii) omitirlo; o iii) ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, sin que sea necesario que se produzca el resultado, pues simplemente la conducta punible se agota al poner en peligro el bien jurídico de la administración pública” (SP9794, Rad. No. 39180).

Sin embargo, no menos cierto es que prácticamente la jurisprudencia de la Sala, en el tema de variación de la calificación, ha obviado la coincidencia de las dos conductas en examen al advertir que “...la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que «La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado», por cuanto «En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000-, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución

acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron».

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa”, (Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Rad. No. 45589).

Por demás, pudiera acaso considerarse, no obstante las marcadas diferencias antes reseñadas, que ya en el caso en concreto sí existen puntos de contacto si se tiene en cuenta que en el secuestro la privación de libertad ocurre con el propósito de exigir por su recuperación un provecho o cualquier utilidad, mientras que en el cohecho la recepción del dinero o la aceptación de la promesa remuneratoria fue para ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales, es decir dejar en libertad a quienes habían sido aprehendidos en flagrancia. Vale decir, fácticamente en este asunto hay algunas coincidencias en la

medida en que el cohecho propio consistió en recibir dinero, o aceptar una promesa remuneratoria para dejar libres a quienes habían sido sorprendidos en flagrante delito, de modo que de un lado medió la entrega de una utilidad, común para ambos delitos y de otro un propósito similar cual fue el de permitir la libertad de los privados, en este caso legítimamente, de ella.

9. Y aunque en principio la acusación partió de unos hechos que conducirían a afirmar que con la nueva calificación se estaría modificando el núcleo fáctico de aquella, lo cierto es que un examen minucioso de la misma permite advertir que en todo caso en dicho acto fueron incluidos los que en criterio de la Sala tipifican la ilicitud contra la administración pública, máxime que durante el proceso la defensa siempre plasmó su teoría del caso en la comisión de aquella, por manera que desde este punto de vista no habría lesión alguna a las garantías del acusado porque en esas condiciones no se le estaría sorprendiendo con unos hechos, o con temas no debatidos en las instancias.

En efecto, para la Fiscalía los hechos sustento de la acusación *“tuvieron ocurrencia el día 29 de septiembre de 2011, siendo las 4:30 horas aproximadamente, cuando el ciudadano Sr. Cesar Crisanto Pinilla Rodríguez, estaba siendo víctima de la presunta conducta punible de estafa; y en ese instante intervienen los uniformados hoy acusados, los requisan, retienen injustamente y hacen exigencias dinerarias.”*

En esos términos resultaría evidente que el eje ontológico de dicho acto sí resultaría trocado frente a los supuestos que fundamentan el punible de cohecho, pues de conformidad con

la precedente transcripción, Pinilla era víctima de una estafa, los agentes de policía retuvieron injustamente a los tres ciudadanos y exigieron dinero para liberarlos.

Empero, la misma acusación sostuvo seguidamente que los agentes *“los requisaron y al Costeño (Juan Palacios) le hallaron un paquete que contenía unos papeles, decomisaron ese paquete,...les manifestaron que tenían que acompañarlos al CAI de Techo, que estaban muy comprometidos en un delito que oscilaba en una pena entre seis y nueve años de prisión, allí en el CAI habían más policías, luego los mismos policías se acercaron a los tres retenidos y el Costeño les dijo que no lo fueran a joder que arreglaran, le ofreció un millón de pesos y uno de los policías le manifestó que mínimo seis millones de pesos...”*.

En contra pues, de lo inicialmente afirmado y así por demás se probó en el juicio, ahora Pinilla no estaba siendo víctima de delito alguno, sino que planeaba con los otros dos capturados cómo lavar y falsificar billetes, por lo mismo no fue retenido injustamente, ni mucho menos se le hicieron exigencias dinerarias, sino que fueron los propios capturados quienes las ofrecieron a cambio de no ser judicializados.

Luego, dados finalmente los términos en que se formuló la acusación, es incuestionable que sí incluyó los hechos según los cuales los servidores públicos aprehendieron a los tres ciudadanos cuando se hallaban cometiendo un ilícito y que para evitar las consecuencias jurídicas que eso les acarrearía éstos ofrecieron dinero a sus captores, por tanto en esas

condiciones, con la nueva calificación, no se estarían mutando de manera alguna los hechos.

10. Satisfechos así los requerimientos que posibilitan variar la calificación típica de los hechos y condenar por un delito que jurídicamente no fue nominado en la acusación, la respuesta, según ya se anunció, no puede ser la absolución demandada por el casacionista, no obstante su acierto al plantear la violación directa de la ley como que así se aplicó indebidamente la norma que describe el secuestro extorsivo y se dejó de aplicar aquella que define el cohecho propio, sino la de proferir sentencia de condena por la novedosa adecuación.

En consecuencia se impondrá la pena legalmente prevista para el citado punible contra la administración pública, la cual oscila entre 80 y 144 meses de prisión; 66,66 a 150 salarios mínimos mensuales legales de multa e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Como no les fueron imputadas a los acusados circunstancias de mayor punibilidad y sí obra en su favor la de menor intensidad a partir de la ausencia de antecedentes penales, la sanción se dosificará en el cuarto mínimo, es decir de 80 a 96 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 66,66 a 87,49 salarios mínimos mensuales legales, conforme lo prevé el artículo 61 del Código Penal.

Ahora, de conformidad con el mismo precepto, la pena dentro de ese cuarto de movilidad se determina previa ponderación de la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ésta ha de cumplir en el caso específico.

Dados precisamente esos elementos y especialmente la naturaleza del bien jurídico tutelado, la modalidad en que la conducta se cometió, el daño real que se le causó no solo a la administración pública sino también a la de justicia al liberar, por dinero, a probables autores de un punible de falsificación de moneda, la plena consciencia con la que los agentes de policía procesados aceptaron la utilidad económica y la función no sólo de prevención general, sino también específica que ha de cumplir la sanción en procura de enviar a la sociedad un mensaje acerca de que sus servidores no pueden desviar su actuar de la legalidad que los conmina, considera la Sala que la pena a imponerse ha de ser la de prisión de 88 meses, término igual para la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa por valor equivalente a 77 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

11. No resulta viable, de otro lado, el reconocimiento de subrogados penales pues, si se trata de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la que se impondrá excede de 4 años de prisión, por manera que no se satisface la

exigencia cuantitativa prevista en el artículo 63 del Código Penal.

Y si a la libertad condicional se hace referencia, a pesar de que los procesados se hallan en cautiverio desde el 29 de septiembre de 2011, es decir que habrían purgado ya las tres quintas partes de la sanción a imponer, no obran en el asunto elementos de juicio que permitan establecer las restantes exigencias, pues la viabilidad de dicho sustituto en términos del artículo 64 ídem, se condiciona, además de haber descontado el monto de pena antes mencionado, a que se acredite el arraigo familiar y social y a que el adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

En mérito de 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 el fallo impugnado.

2. En consecuencia, condenar a Fredy Efraín Guerra Romero y a Elkin Mario Gómez Escudero a la pena de prisión de ochenta y ocho (88) meses, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso y multa por valor

equivalente a setenta y siete (77) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por el delito de cohecho.

3. En lo demás el fallo recurrido permanece incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria