

Proceso No. 12683

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta No. 42

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 11 de marzo de 1996, por medio de la cual el Tribunal Nacional condenó al procesado MARIO MATAGIRA OCHOA a la pena principal de 20 años y 6 meses de prisión y multa de 130 salarios mínimos legales mensuales, y a las accesorias de rigor, como responsable de los delitos de secuestro y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

H E C H O S

El Tribunal Nacional los sintetizó de la siguiente manera:

“A la media noche del día doce de diciembre de 1991, fue secuestrado el joven DIEGO ANDRÉS PÉREZ LOZANO, quien para la fecha contaba con diez y siete años de edad, cuando salía de la discoteca ROYAL BARÓN, ubicada en la vía que de Bucaramanga

conduce al municipio de Girón, en el Departamento de Santander del Sur. El secuestrado fue retenido en diferentes zonas rurales hasta el día 11 de febrero de 1992, cuando fue liberado cerca al poblado de ARATOCA, presentando herida en su hombro, la que fuera producida con arma de fuego, sin que exista constancia de pago alguno por su libertad, presionándose su rescate mediante amenazas de muerte.

“Iniciada la investigación por denuncia de la madre del secuestrado, las averiguaciones condujeron a establecer la identidad de los captores, entre los que se encontraba MARIO MATAGIRA OCHOA”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de unas diligencias preliminares, un Juzgado de Orden Público de Cúcuta, mediante auto del 13 de febrero de 1992, declaró la apertura de la investigación.

Capturados Esperanza Sarmiento Calderón y Mario Matagira Ochoa, fueron escuchados en indagatoria y el 11 de marzo siguiente se les resolvió la situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva. Al segundo, por los delitos de secuestro extorsivo, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y a la primera, por el punible de omisión de informes sobre actividades terroristas.

Posteriormente fueron vinculados a la instrucción, mediante indagatoria, Luis Ignacio Rojas Ochoa y Alberto Enrique Barajas, profiriéndoseles, igualmente, medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautores de los delitos de secuestro y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Los procesados Luis Ignacio Rojas Ochoa y Alberto Enrique Barajas solicitaron la terminación anticipada del proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, por lo que hubo ruptura de la unidad procesal.

Perfeccionada la instrucción, se cerró parcialmente, respecto de Mario Matagira Ochoa, el 18 de marzo de 1994, y el 29 de abril siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra, por los delitos de secuestro, previsto en los arts. 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La etapa del juicio la tramitó un juzgado regional de Cúcuta que, luego de varias contingencias, dictó la sentencia de primera instancia, el 12 de septiembre de 1995, condenando a Matagira Ochoa a la pena principal de 20 años y 6 meses de prisión y multa de 130 salarios mínimos legales mensuales y a las accesorias de rigor, como coautor de los delitos de secuestro, previsto en el Decreto 180/88, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Así mismo, se ordenó el decomiso del arma y de la munición del revólver que le fuera incautado.

Apelado el fallo por el procesado, el Tribunal Nacional, al desatar el recurso, lo confirmó en lo fundamental, el 11 de marzo de 1996.

En lo referente a la preceptiva aplicable al secuestro, en las sentencias se dice que lo eran los artículos 268 y 270 del Código Penal, modificado aquel por el 6° del Decreto 2790/90, que empezó a regir en enero de 1991 y que establecía una pena de prisión de 20 a 25 años y multa de mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales, habiéndose cometido el hecho juzgado el 12 de diciembre de 1991, sin que tuviera ninguna implicación de orden público, ni se tratara de sujeto pasivo calificado, ni se hubiera efectuado con propósito terrorista ni de perturbar la paz, sino con el fin de obtener un beneficio económico, por lo que no le era aplicable el art. 22 del Decreto 180 de 1.988, ni los agravantes del art. 22 del mismo estatuto, sino las normas anteriormente citadas. Sin embargo, para no hacer más gravosa la situación del procesado y en aras del principio de favorabilidad, pues la pena del Decreto 180/88 es menor, y para garantizar el derecho de defensa, se optó por condenarlo conforme a esta última preceptiva que fue la que se consideró infringida al proferir la resolución de acusación.

LA DEMANDA DE CASACION

El defensor del procesado, al amparo del cuerpo primero de la causal primera de casación, acusa al sentenciador de haber transgredido directamente la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 22 del Decreto 180 de 1988, en razón a que la citada preceptiva pertenece a un régimen de excepción, “para casos cometidos bajo inspiración terrorista, o contra determinados sujetos pasivos, calificados, claramente descritos en el Decreto Especial y que afectan la estabilidad social y el orden público y aquí se trata de criminalidad normal o convencional de legislación ordinaria. Consecuencialmente violó, también directamente, pero ya por falta de aplicación a plenitud y en la dosimetría de la pena, con la penalidad fijada entre 6 y 15 años de prisión, el artículo 268 del C. P. vigente totalmente por la época de la ocurrencia de los hechos y que norma el secuestro extorsivo de la legislación ordinaria”.

En el acápite que llamó “SUSTENTACIÓN Y DEMOSTRACIÓN DEL CARGO DEL QUEBRANTO DE LA LEY”, asevera que el sentenciador de segunda instancia “al desechar la adecuación de la conducta de MATAGIRA OCHOA dentro de las previsiones del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, para adecuarla, como más favorable, al artículo 22 del Decreto 180 de 1988, debió aceptarlo, así la conducta careciera de uno de los elementos exigidos por el artículo 22, citado, cual es la ofensa al orden público y habida cuenta de la punibilidad que va de 15 a 20 años de prisión, y no de 20 a 25 años, como lo dispone el Decreto 2790 de 1990, siendo el móvil económico solamente”.

Manifiesta que careciendo la conducta del procesado de cualquier móvil terrorista, el sentenciador no dijo porqué aplicó la citada normatividad y desechó el régimen común.

Luego de citar una jurisprudencia de la Sala, en donde se fija el ámbito de aplicación de la legislación de excepción con respecto a la establecida en el Código Penal, sostiene que el Tribunal “al dosificar la pena, estimó equivocada la adecuación típica que del

secuestro extorsivo hizo el a quo en cuanto a la punibilidad dentro del artículo 268 del C. P, que señala un mínimo de 6 años de prisión y un máximo de 15, optó él sí por adecuarla dentro del régimen de excepción del Decreto 180 de 1998, y más precisamente en el artículo 22, a causa del cual elevó la pena a un mínimo de 15 años de prisión y un máximo de 20 años, así como la multa en salarios mínimos mensuales”.

Reitera que el juzgador vulneró el artículo 22 del decreto 180 de 1988 y demás normas concordantes, debiéndose aplicar, a su juicio, los artículos 268 y 270 del Código Penal.

Concluye diciendo:

“Estos excesos quebrantaron en forma directa el artículo 61 del Código Penal, norma ésta que al rebasar, desde luego, sus límites dosimétricos fue mal aplicada, con evidente sustitución del exacto sentido, habida cuenta de la falta de aplicación del artículo 268 del C.P., a plenitud, toda vez que al aplicarse indebidamente en relación con la punibilidad para la época de la ocurrencia de los hechos, conllevaría el que esa pena partiría de 6 años de prisión, y no de 15 años de prisión del Decreto 180 de 1988, art. 22,. Y al incrementarse de conformidad con el artículo 270, que dejó de aplicarse, por aplicar indebidamente el artículo 23 de Decreto 180 de 1988, indebidamente aplicado, al dosificarse debidamente la pena, jamás ésta podrá sobrepasar los 10 años de prisión, como pena principal para MARIO MATAGIRA OCHOA”.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo, para que en su lugar se dicte el que deba reemplazarlo, conforme a lo expuesto.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO

DELEGADO EN LO PENAL

Manifiesta el agente del Ministerio Público que el libelista no tiene interés para atacar en

casación el fallo, habida cuenta que de aplicarse el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, se le haría más gravosa la situación al procesado, pues mientras el artículo 22 del Decreto 180 de 1988 consagraba pena de prisión de 15 a 20 años, el 6° señalaba de 20 a 25 años.

Reconoce que tal planteamiento ya había sido aclarado por la instancia y para el efecto transcribe una porción de la sentencia recurrida.

Luego de reseñar brevemente la calificación jurídica dada en la resolución de acusación al delito de secuestro y de la actuación procesal, dice que, a su juicio, no ha debido invocarse el principio de favorabilidad sino el de la prohibición de la “reformatio in pejus”, que impide casar el fallo atacado por ser el recurrente “apelante único”, “pues a esta altura procesal no se hace procedente corregir el error de selección de la norma a aplicar, por imperativo del tal principio (art.31 C. Nal)...”.

A renglón seguido dice:

“Como en la calificación se desconoció el principio de legalidad, se debió, en forma oportuna, por el Ministerio Público impugnar esta decisión, quienes ante la vulneración de la ley estaban obligados a buscar respeto al ordenamiento jurídico e inhibir los efectos benéficos de la ‘non reformatio in pejus’.

“Por consiguiente y en acato de los mandatos de la Carta (arts. 31 y 85 C. Nal), la Procuraduría procederá a conceptuar sobre la inconveniencia de casar el fallo”.

En aras de guardar una garantía fundamental, como lo es el principio de no agravación, cuando el recurrente es apelante único, incluso cuando los ilícitos son de conocimiento de la Justicia Regional en grado jurisdiccional de la consulta, el Procurador Delegado solicita no casar el fallo impugnado.

Afirma que tal postura jurídica es respaldada, mayoritariamente, por la Corte Constitucional, para lo cual transcribe la decisión del 27 de julio de 1995.

No comparte la tesis de la Sala, en torno a la interpretación del artículo 31 de la Carta Política, frente al principio de legalidad y al apelante único en los procesos de conocimiento de la llamada justicia regional.

A renglón seguido, nuevamente transcribe apartes de decisiones de la Corte Constitucional, reiterando que la Constitución “faculta a la ley para introducirle excepciones a la consulta o a la apelación, con esta limitación determinante: “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

Recalca que el citado artículo 31 “impone un límite al poder punitivo del Estado cuando se trata de la apelación, sin tener en cuenta para nada si hay o no consulta, esto es, sin distinguir, sin que le sea permitido entonces al interprete hacerlo”.

Concluye:

“Enseguida la ley dice: ‘la consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia’ (art. 217 del C. P.Penal) norma declarada exequible por la Corte Constitucional, algo apenas obvio mientras no esté entrelazada la apelación, pues para eso es precisamente la consulta: para que el superior pueda resolver sin limitaciones.

“Pero también la ley -en la misma norma- dispone, siguiendo el mandato constitucional, que frente a la apelación, tratándose de sentencia condenatoria, el superior ‘no podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil la hubieren recurrido”.

“Esto quiere decir que cuando el procesado apela, contrarresta la facultad del superior de resolver sin limitación y particularmente en peor respecto de sus intereses.

Pero si el Estado no quiere que así sea, puede oponerse a esa limitante mediante la apelación coetánea de la Fiscalía o del Ministerio Público, asumiendo así el Estado la responsabilidad de que el procesado sea o no 'apelante único'.

"Mas aún, la ley además le da facultad al acusador privado (parte civil) para que enerve el contrarresto puesto por el procesado, pudiendo apelar también, en cuyo evento el acusado no alcanza tampoco la condición de 'apelante único'.

"Por eso, precisamente, el constituyente fue tajante. Y por tal razón la ley debe interpretarse, a nuestra manera de ver, entendiendo que la apelación no pierde para nada sus efectos cuando éstos no se contrarrestan como dispone la ley, no importa que de por medio haya consulta.

"Lo cual significa que la 'non reformatio in pejus' también rige cuando la consulta y apelación vienen imbrincadas".

Por lo expuesto, sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ante todo debe advertir la Sala que estudiados los argumentos de la demanda presentada a nombre del procesado Mario Matagira Ochoa, encuentra que el actor si tiene interés para impugnar la sentencia de segunda instancia, a través del recurso extraordinario de casación, lo que implica que se aparta de la opinión del ministerio público.

Al respecto, es menester hacer claridad sobre la hipótesis expuesta por el casacionista, quien si bien propugna por una tesis que no es de recibo, por alejarse de la realidad legislativa, de todos modos no busca agravar la situación procesal de su defendido.

Así, la inconformidad del censor radica en que en este asunto se deben aplicar los artículos 268 y 270 del Código Penal, pero con la punibilidad que éstos establecían con anterioridad a la vigencia del Decreto 2790 de 1990, la cual, para el secuestro con fines económicos (art. 268) oscilaba entre 6 y 15 años de prisión, que debía incrementarse hasta en la mitad cuando concurría alguna de las circunstancias de agravación del artículo 270, por lo que la pena a la que se haría merecedor el sentenciado, dice, considerando el concurso, no sobrepasaría los 10 años de prisión.

Como bien puede observarse, de tener razón el libelista, la situación del procesado se vería sustancialmente mejorada, toda vez que la pena a imponer sería menor, lo que indica que sí tiene interés.

Sin embargo, no le asiste razón, pues la punibilidad que ha debido imponerse es la consagrada en el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990.

Es verdad que con anterioridad a la vigencia del Decreto 2790 de 1990, existió una legislación paralela, con relación a varios punibles como el homicidio, las lesiones personales, el concierto para delinquir, la tortura, la extorsión y el secuestro, entre otros: la ordinaria y la excepcional, siendo aplicable ésta en aquellos eventos en que se actuaba con fines terroristas, o de perturbar el orden público o, en general, desestabilizadores de las instituciones democráticas; y la segunda, cuando no estaban presentes tales propósitos.

En lo concerniente al delito de secuestro, los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988 establecían lo siguiente:

“ART: 22. SECUESTRO. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

“ART: 23. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera (1/3) parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor de sesenta (60) años o mujer embarazada.
- b. Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada.
- c. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días.
- d. Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.
- e. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones.
- f. Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad.
- g. Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública.
- h. Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.”.

Y los artículos 268 y 270 (antes de entrar a regir el Decreto 2790):

“Art. 268. Secuestro extorsivo. 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 de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.

“Art. 270. Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1ª Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada

2ª Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.

3ª Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.

4ª Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o a fin en línea directa en primer grado.

5ª Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial o por razón de sus funciones.

6ª Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o la salud pública.”.

No obstante, ese paralelismo fue superado por el citado Decreto 2790/90, que entró a regir el 16 de enero de 1991, en cuyo artículo 6º se estatuyó:

“ARTÍCULO 6°. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o el Registrador, Registrador Departamental, o Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consultar al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales...”(Subrayas extrañas al texto).

Vistas así las cosas, en la resolución de acusación se consideró, erradamente, que la conducta del procesado, en lo atinente al punible de secuestro, se adecuaba a lo establecido en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, que contemplaba como pena principal la de 15 a 20 años de prisión y multa de 100 a 200 salarios mínimos mensuales, con las agravantes contenidas en los literales ‘C’, ‘F’, y ‘G’ del artículo 23, ibidem. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el multicitado Decreto 2790 entró a regir el 16 de enero de 1991 y que el secuestro se cometió entre el 12 de diciembre de 1991 y el 11 de febrero de 1992 y que el fin perseguido por los plagiarios era el de obtener provecho económico, se tendrá que concluir que la preceptiva aplicable no era el decreto 180 de 1988 (de lo que se percataron las instancias, pero sin que hubieran corregido el desacierto, por razones de favorabilidad y en garantía del derecho de defensa, según lo argumentaron), ni tampoco los artículos 268 y 270, antes de la

vigencia del Decreto 2790 de 1990, sino tales preceptos pero con la modificación introducida por este Decreto, en cuyo artículo 6°, de manera clara se dijo: “siempre que el delito de secuestro persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de 20 a 25 años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales”.

Por otra parte, si se lee el artículo 268, transcrito, se verá que uno de los objetivos es el “de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad ...”.

En consecuencia, las normas que subsumían la conducta desarrollada por el procesado Matagira Ochoa eran los artículos 268 y 270 del Código Penal, pero con la modificación introducida por el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, sin que le asista razón al recurrente cuando asevera que esta última preceptiva sólo era aplicable cuando la finalidad era terrorista, o cuando la acción se dirigía contra determinados sujetos pasivos calificados, o cuando se afectaba la estabilidad social y el orden jurídico, pues basta leer el artículo 6°, transcrito, para percatarse que se aplicaba no sólo cuando el secuestro se cometía con esos fines o contra determinadas personas, sino con el simple y exclusivo propósito de obtener un provecho o cualquier utilidad.

El cargo no prospera.

CASACION OFICIOSA

El Procurador Delegado, aunque reconoce que en el proceso se transgredió el principio de legalidad, pues la norma seleccionada no era la llamada a regular el caso concreto, solicita no casar el fallo, por cuanto que se desconocería la prohibición de reformar en perjuicio, que opera, dice, no sólo cuando el procesado es apelante único, sino cuando la apelación única y la consulta vienen juntas, en ambos casos, por encima del principio de legalidad.

No comparte la Sala tal criterio, pues de manera pacífica y constante ha sostenido que la consulta es un grado de la competencia funcional que, al tenor del artículo 217 del C. de P.P, permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella. Es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado, así sea apelante único 1.

Si se aceptara que con la apelación única, cuando se trata de providencias consultables, el superior no puede reformar peyorativamente la decisión, se estaría negando el instituto y el control obligatorio que a través de él y en beneficio del Estado de derecho y del interés público se quiso establecer, pues bastaría que el procesado apelara para que no operara, pues en tal caso sólo se podrían revisar los aspectos impugnados.

En cuanto al concepto de que cuando el procesado es apelante único no se puede agravar la pena impuesta, así se desconozca el principio constitucional de la legalidad de la sanción, tampoco lo comparte la Sala, pues desde el 29 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, ha venido sosteniendo que el principio constitucional que prohíbe reformar en perjuicio del condenado apelante único, presupone la observancia del también principio constitucional de la legalidad, entendida como ordenadora del Estado de derecho.

Así, si se ajusta la tasación punitiva a la normatividad aplicable, en acatamiento a la legalidad de la pena, no se está vulnerando la prohibición de la 'reformatio

in pejus’.

La legalidad de la pena no sólo es garantía para el procesado sino para el propio Estado, pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre una autoridad judicial ha de desarrollarse en las condiciones prescritas en la ley. Así mismo, es garantía para todo el conglomerado social, pues se afectaría el principio de igualdad y la seguridad jurídica si se aplicaran penas convencionales, arbitrarias, por fuera del texto normativo, no ajustadas al mínimo y al máximo previstos para cada hecho punible.

Ha dicho la Sala:

“...de lo que aquí se trata no es de incrementar la pena sobre factores ajenos al texto base normativo, sino precisamente de imponer la que el legislador previó como mínima para el caso juzgado.

“... La imposición de la única pena válida prevista por el legislador para un determinado delito jamás podría entenderse contraria al artículo 31 constitucional, sino precisamente con éste coherente, pues integrado este precepto con los artículos 29 y 230 de la Carta Política, con el primero se entenderá que en un Estado de derecho no es posible aplicar sino la ley penal previa al momento de la comisión del hecho, bajo la condición de ser favorable al procesado, no aquella que invente o modifique el juez a su talante, porque en el último de los preceptos que se evoca existe un presupuesto inmodificable, y es el del sometimiento del funcionario al exclusivo imperio de la ley. (casación 9236. Agosto 6/97. M.P. Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA).

En otra ocasión expresó:

“El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya respetado el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no aquella que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos

parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aun a costa de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, quede exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando éste es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado y como si no existiese el mandato que ‘los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley’”.(casación agosto 31/91. M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL).²

En consecuencia, no comparte la Sala el concepto del Procurador Delegado, ya que el principio de la “non reformatio in pejus” no puede aplicarse soslayando el de legalidad, sino armónicamente con él, en forma que si la pena impuesta en primera instancia se ajusta a la prevista en la ley, el superior no la podrá agravar.

Por lo anterior, si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta impone un límite al poder punitivo del Estado, cuando el condenado es apelante único, no es absoluto, sino que está ponderado por la institución de la consulta y la legalidad de la sanción.

Por consiguiente, y como quiera que en el presente caso se desconoció el principio de legalidad de la sanción, al aplicar una menor a la vigente en la época en que se cometió el hecho, al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del Código de Procedimiento Penal, procederá la Corte a corregir oficiosamente el anotado desatino.

En efecto, en lo que concierne con el punible de secuestro, realizado con el propósito de obtener un provecho económico, la preceptiva aplicable, como se analizó, no era la del Decreto 180/88, sino los artículos 268 y 270 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 6° del Decreto 2790/90, que consagró una pena mayor.

Ahora bien, podría pensarse, como lo estimaron las instancias, que si al procesado se le imputó en la resolución de acusación la infracción del Decreto 180 de 1988, al condenarlo conforme a la segunda preceptiva citada, se desconocerían las garantías de la favorabilidad y la defensa, lo que obliga a la Sala a hacer algunas precisiones.

En primer lugar, no se afecta la favorabilidad, la que opera cuando hay conflicto de leyes en el tiempo, que aquí no se presenta, ya que la conducta se cometió bajo la vigencia del Decreto 2790 de 1990.

En segundo lugar, tampoco se vulnera el derecho de defensa del procesado, pues los cargos que le fueron imputados y de los cuales se defendió, son idénticos a los atribuidos al tenor de la nueva preceptiva.

Por otra parte, si la consonancia se refiere a la armonía que debe existir entre los cargos contenidos en la resolución de acusación y los resueltos en la sentencia, pero no a la sanción que corresponda, tendremos que concluir que al adecuar el comportamiento a la normatividad vigente cuando se cometió el hecho, no se vulnera, pues no se están introduciendo hechos no comprendidos en ella, ni agregando agravantes, ni suprimiendo atenuantes, salvo aumentando la pena, en obediencia al principio constitucional de legalidad de la sanción, que ordena imponer la que se encuentre establecida en la norma vigente. (art.29 de la C. P. y 1° del C. P.), ni cambiando la denominación jurídica, manteniéndose incólume el género delictivo (secuestro), siendo preciso observar que la figura básica estaba prevista en el art. 22 del Decreto 180/88 y las agravantes en los literales “C”, “F” y “G” del artículo 23 ibidem, y en el Código Penal, en el artículo 268, con la modificación introducida en cuanto a punibilidad por el artículo 6° del Decreto 2790/90, y en los numerales 3° y 6° del 270.

Por lo tanto, la Sala casará, oficiosamente y de manera parcial, la sentencia impugnada para ajustar el quantum punitivo al previsto en la ley.

En la sentencia recurrida, se partió del mínimo de la sanción que establecía el artículo 22 del Decreto 180/88, la que se aumentó en 5 años, por razón de los agravantes contenidos en los literales C, F y G del art. 23 ibidem, y en seis meses por el porte de armas de defensa personal, para un total de 20 años y seis meses de prisión.

La Sala también partirá del mínimo de pena contemplada en el art. 268 del C. P, modificado por el 6° del Decreto 2790/90, esto es, 20 años de prisión. Como quiera que una de las agravantes antes deducidas es parte integrante del tipo de secuestro extorsivo descrito en el artículo 268, citado, solo quedan por considerar dos, las correspondientes a los literales "C" y "G" del Decreto 180 de 1988, que corresponden a los numerales 3° y 6° del art. 270 del C. P, por razón de las cuales la pena se aumentará en 2 años, más 6 meses por el delito de porte de armas de defensa personal, para un total de 22 años y 6 meses.

Respecto a la multa, la que igualmente se constituye en pena principal, se impondrá la de 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

En todo lo demás, la sentencia del Tribunal Nacional no se modifica.

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

R E S U E L V E

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado MARIO MATAGIRA OCHOA.
2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada, en el sentido de imponer al condenado MARIO MATAGIRA OCHA, la pena principal de veintidós (22) años y seis (6) meses de prisión y multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

3. En todo lo demás el fallo recurrido queda sin modificación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

No

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON E. PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

1Véanse, entre otras, casación. 10.101 octubre 22/97, M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; casación 10.111 abril/98, M.P. Dr. CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE; casación 13419 octubre/98, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL; casación 10.168 febrero /99, M. P. Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR)

2(Véase, también, entre otras, casación 9734 enero/98 M.P. Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR, 28 de octubre/97. M. P. Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR; Junio 25/98. M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL; 9764, marzo/97. M.P Dr. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEG0).