

Proceso No 13253

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta Nro: 74

Bogotá D.C., once de julio de dos mil dos.

VISTOS

Decide la Corte la casación propuesta por el defensor de ELADIO DE JESÚS TOBÓN RESTREPO contra el fallo de segundo grado del 9 de julio de 1996, por cuyo medio el Tribunal Nacional confirmó, con modificaciones, la condena de 22 años y 6 meses de prisión que un Juzgado Regional de Medellín le impuso a éste y a otro procesado como pena principal privativa de la libertad, al declararlos responsables de la conducta punible de secuestro extorsivo conforme a las trazas del Art. 6º del Dto. 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente por su similar 2266 de 1991.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal emitió su concepto y solicita no casar la sentencia impugnada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Cuando retornaba a su morada a eso de las 9:00 de la noche del 2 de octubre de 1992 en el automotor de su propiedad luego de culminar su jornada en la Academia ASDI

del municipio de Rionegro, Antioquia, Elizabeth Espitia Loaiza fue interceptada por un vehículo de servicio público del cual se apearon varios sujetos, quienes exhibiendo armas de fuego la redujeron para luego conducirla a una finca ubicada en la vereda “El Granadillo” de la citada comprensión municipal, donde la mantuvieron cautiva.

Mediante comunicación telefónica se hizo saber a la familia de la víctima de las pretensiones económicas de los plagiarios, pues diciendo pertenecer a un frente del grupo subversivo EPL que operaba en la región, inicialmente exigieron \$150'000.000 a cambio de la liberación de la ilegalmente retenida, cifra que después redujeron a \$100'000.000, para finalmente transar el rescate en \$80'000.000. Varios días después Elizabeth logró evadirse de sus captores y con la colaboración del grupo UNASE, regresó a su hogar.

A la investigación inicialmente fueron vinculados Juan Bautista Gallego y Consuelo Jaramillo Pérez como presuntos partícipes en el delito de secuestro extorsivo en cuestión, y cobijados con detención preventiva luego de ser escuchados en descargos por un Fiscal Regional de Medellín, posteriormente por prueba sobreviniente que descartaba su participación en el hecho les fue revocada dicha medida de aseguramiento.

Durante el transcurso de la averiguación, un testigo bajo reserva de identidad declaró sobre el suceso y señaló a los hermanos OMAR ALBEIRO y ELADIO DE JESÚS TOBÓN como los autores de la ilegal retención con fines extorsivos de Elizabeth Espitia Loaiza, y vinculados mediante indagatoria, su situación jurídica se les definió con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, bajo la sindicación de ser autores del delito de secuestro tipificado en los Arts. 22 y 23 del Dto. 180 de 1988. Fenecida la etapa instructiva, por Resolución del 31 de mayo de 1994 el funcionario calificador los acusó de infringir el Art. 6º del Dto. 2790 de 1990 en el entendido de que el plagio se ejecutó con la finalidad descrita en el Art. 268 del C. Penal -secuestro extorsivo-, adoptado como legislación permanente por el Dto. 2266 de 1991, en tanto precluyó la

investigación a favor de Juan Bautista Jiménez Gallego y Consuelo Jaramillo Pérez, cuya confirmación impartió la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional por la suya del 10 de octubre de 1994 al revisar por apelación la acusación y por vía de consulta la preclusión.

Un juez Regional de Medellín conoció de la etapa del juzgamiento y le puso fin a la instancia mediante el fallo de condena del 5 de enero de 1996 al que se hizo alusión en el introito de esta decisión, la cual confirmó el extinto Tribunal Nacional por el que hoy es objeto del extraordinario recurso, como igualmente se anotó.

Debe advertirse que el defensor común de los hermanos condenados demandó en casación la sentencia de segundo grado, pero posteriormente al acusado Omar Albeiro Tobón Restrepo se le aceptó el desistimiento que presentó aupado por su defensor.

LA DEMANDA

Dos cargos formula el casacionista contra la sentencia, en pro del impugnante ELADIO DE JESÚS TOBÓN RESTREPO: La primera censura dice relación con la violación directa de la ley sustancial, y la segunda por nulidad.

Primer cargo.

Al amparo de la causal primera, cuerpo primero, el censor acusa la sentencia impugnada de violar en forma directa la ley sustancial, por falta de aplicación de los Arts. 6º del C. Penal y 10º del C. de P. Penal, “que ordenan dar aplicación a la ley permisiva o favorable, en contraste con la restrictiva o desfavorable.”

Ante la coexistencia de varias normas aplicables, el reproche se finca, dice el

libelista, en haberse aplicado, siempre, en el presente caso y en los tres momentos atinentes a la situación jurídica, calificación y fallo, “la que resultaba y resultó siendo la más desfavorable al procesado.”

En el desarrollo de la censura sostiene el demandante que para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, diversa normatividad que resultaba aplicable al caso concurría a la incriminación o tipificación de la conducta imputable a sus asistidos, pues a partir de las previsiones del Código Penal se expidieron los Decretos 180 de 1988, 1857 de 1989, 2790 de 1990 y 2266 de 1991. No obstante, el Fiscal Regional sin la debida ponderación eligió al “azar” el precepto en el que adecuó la conducta de los justiciables, sin siquiera parar mientes que fue el propio Ministerio Público quien pidió se tipificara dicho comportamiento como rebelión en el que cabía subsumir el secuestro extorsivo endilgado, conforme con lo previsto en los Arts. 1º del Dto. 1857/99 y 8º del 2266/91.

El fundamento de esta afirmación no es otra que el carácter de delincuente político que ostenta el procesado, asegura el censor, no obstante lo cual se le juzgó como delincuente común a pesar de que aquella norma se hallaba vigente para el momento de calificarse y fallarse el proceso. Abundante prueba que obra en la foliatura contribuye a demostrar que para la época en que ocurrió el evento criminoso el acusado era guerrillero del EPL, “y que el fin u objetivo de sus ejecutorias como tal, no era otro, que contribuir a su causa, a fuerza de la consecución ilícita de dineros para financiarla, siempre en acatamiento y obediencia de la jerarquía de la organización (...)”

Esa calidad de subversivo del plagiario se encuentra acreditada con los testimonios de la propia víctima y de su padre a Fls. 24, 119, 120 y 121 del cuaderno de copias, y los de Juan Bautista Jiménez Gallego y José Luis Sánchez Márquez, así como con lo consignado en las grabaciones realizadas por el Grupo UNASE de las comunicaciones telefónicas interceptadas a los acusados -Fls. 27, 302 a 304 y 3 a 18, en su orden, del cuaderno de copias-.

Segundo cargo.

Al amparo de la causal tercera, afirma el casacionista que el fallo recurrido se dictó en un juicio viciado de nulidad, habida cuenta de la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa (Art. 304-2 y 3 del C. de P. Penal), como quiera que “al calificarse el sumario y al fallarse el proceso hubo inobservancia del PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD que consagran los artículos 6º del Código Penal y 10º del Código de Procedimiento Penal, con repercusión obvia en el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional.”

El sustento de esta censura tiene como fundamento los mismos argumentos en los que se funda la primera, advierte el demandante, pues en vista del carácter de delincuente político del procesado, la norma aplicable era el Art. 1º del Decreto 1857 de 1989, precepto más favorable que el Art. 6º del Decreto 2790 de 1990 que se aplicó. Siendo el procesado delincuente político, reitera, y habiendo actuado como tal de acuerdo con las demostraciones del proceso, sin embargo se le juzgó y condenó como delincuente común. De esta manera resulta imperioso decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se presentó el yerro, es decir, desde cuando se le detuvo precauteladamente bajo la sindicación de haber violado los Arts. 22 y 23 del Dto. 180/88.

En caso de haber fallado en sus postulaciones, advierte el impugnante extraordinario, invita a la Corte a declarar de oficio la nulidad impetrada conforme con la facultad que el Art. 228 del C. de P. Penal le discierne.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por presentar contenidos similares los dos libelos formulados por el demandante a nombre de sus dos defendidos, el agente del Ministerio Público dijo responderlas de manera conjunta.

Se refirió en primer lugar al cargo de nulidad, haciendo ver su indebida y antitécnica formulación, amén de la confusión conceptual que asiste al recurrente en cuanto en el caso presente no hubo tránsito de legislación, como para que se aduzca la pretextada violación al principio de favorabilidad y por contera el conculcamiento de las garantías fundamentales al debido proceso y de defensa, para finalmente arribar, en una entremezcla y mixtura de supuestas irregularidades, al planteamiento de la discusión acerca de una errónea calificación, que es a lo que en el fondo apunta su argumentación.

Si en verdad no existió tránsito de legislación en el desarrollo del trámite procesal, no ha lugar a alegar atentados al principio de favorabilidad. Y si lo que se quiso deprecar fue una nulidad por calificación errónea atinente al nomen iuris, le correspondía al casacionista, no quedarse en simples criterios de adecuaciones típicas, sino entrar a demostrar en qué consistió el yerro, ya de hecho, ora de derecho, en cualquiera de sus modalidades, haciendo ver cómo la conducta imputada trataba de la rebelión pregonada y no del secuestro extorsivo por el que finalmente se juzgó a los acusados.

Las nulidades por errónea calificación como la planteada por el actor constituyen un error in iudicando, como lo tiene precisado la Sala, advierte el Procurador Delegado, que en sede de casación deben formularse y demostrarse por la vía de la violación indirecta, camino que el demandante ignoró con total desconocimiento de la técnica casacional. La insular afirmación acerca de que los procesados eran delincuentes políticos y no comunes, no tiene incidencia alguna, ni de cara a la pretensión de quebrar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo atacado, ni en punto a la invalidez de la actuación impetrada.

La censura propuesta está llamada al fracaso, es el concepto del Ministerio Público.

En relación con el cargo de violación directa, al igual que el anterior, ninguna vocación de éxito puede tener, es el criterio del Procurador, puesto que no se está en presencia del fenómeno de la favorabilidad “en tanto que, lo juzgado y sentenciado no se vio sometido al tránsito de legislación, ni que el hecho punible hubiese acaecido bajo el imperio de una normatividad abolida.”

Seguidamente el agente del Ministerio Público con fundamento en añejo pronunciamiento de la Sala explica en qué consiste tal concepto, el cual transcribe en sus apartes pertinentes, trayendo además a colación lo que el Tribunal Nacional expuso sobre el tema en el fallo cuestionado, destacando lo poco afortunado que resulta plantear discusiones de tal tipo a partir de la confrontación de las preceptivas del Art. 6º del Dto. 2790 de 1990 con las del Dto. 1857 de 1989 que regula el tipo de rebelión.

Si de lo que se trataba era de plantear que hubo deficiencias en la adecuación típica del injusto imputado, el sendero que se debió haber elegido bien pudo ser otro, concretamente el de la causal tercera de casación pero con desarrollo en la causal primera, con la demostración de los errores de hecho o de derecho en que el juzgador incurrió al tener por secuestro extorsivo una conducta que se adecuaba al tipo de rebelión.

Por modo que, planteamientos de la naturaleza del realizado por el demandante no tienen cabida al amparo de la violación directa so pena de caer en el absurdo, máxime “si lo que se trataba era de discutir la calidad de delincuentes políticos, de cara a la pretensiva de rebelión, o mejor a la inclusión de lo cometido dentro de los actos de rebelión, lo que no fuera reconocido en los fallos, por haberse tratado de un comportamiento cometido a criterio del Tribunal ‘fuera de combate’ (...)”, lo cual presupone entrar en consideraciones probatorias propias de la vía indirecta.

No casar la sentencia, es la final sugerencia del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La nulidad.

Aun que el casacionista con abierto desconocimiento del principio de prioridad, dejó de último la formulación del cargo de nulidad, la Corte examinará en primer lugar esta censura pues en el evento de que llegara a prosperar, ningún sentido tendría el otro cargo contra una sentencia cuyo destino ya estaría marcado por su invalidación.

Pues bien, cual si se tratara de un escrito de libre factura y apartado de las exigencias del Art. 225-3 y 4 del C. de P. Penal derogado (212 del actual estatuto), el censor denuncia al interior del mismo cargo supuestas violaciones al debido proceso y al derecho de defensa por presunto desconocimiento del principio de favorabilidad, dos motivos de nulidad claramente diferenciables, pues el primero es un vicio de estructura, en tanto que el segundo es de garantía, razón por la cual su conculcamiento amerita postulación, desarrollo y demostración autónomos en sede de casación, debiéndose indicar y acreditar las irregularidades que tienen el carácter de principales y cuáles son subsidiarias, puesto que ante la comprobada existencia de una cualquiera de las propuestas, sus efectos pueden incidir de manera diferente en el trámite procesal pertinente.

Empero, la formulación del reparo se quedó en el mero enunciado, pues ninguna irregularidad específica con la cual mostrar categóricamente las graves y protuberantes afectaciones de los derechos objeto del supuesto quebranto, enseña el actor.

Ahora, la Corte ha venido aceptando pacíficamente que la violación al principio de favorabilidad constituye una afrenta a una garantía fundamental con efectos de carácter sustancial, no procesal, susceptible de ser alegada al auspicio de la causal primera, en la medida en que no comporta afectación de lo actuado sino un desacierto

atribuible al juzgador, quien decide aplicar una norma de carácter sustancial que no corresponde al caso, con total desconocimiento de la que sí debió aplicar.

El principio de favorabilidad, al igual que el de legalidad de los delitos y las penas y de la prohibición de reformatio in pejus, también tiene dicho la Sala, son garantías fundamentales que amparan al procesado en la declaración o aplicación del derecho sustancial, es decir, en el ejercicio de la actividad in iudicando, por lo que es la causal primera de casación, que no la tercera, la vía indicada para la formulación del ataque en sede extraordinaria cuando se alega su violación.

De ahí el desacierto en la escogencia del motivo por parte del demandante, defecto que sumado a los inicialmente reseñados, tornan impróspera la pretensión invalidante argüida.

Es más, el principio de favorabilidad, según el cual en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, presupone la existencia de un conflicto de leyes en el tiempo, es decir de sucesión de normas que regulen una misma hipótesis fáctica de manera diferente, o le señalan consecuencias jurídicas distintas, resultando una de ellas menos gravosa para los intereses del procesado.

Ningún tránsito de legislación, como bien lo advierte el Procurador Delegado, cabe observar en el evento a examen de la Sala, pues si la normatividad aplicada en la solución del caso fue el Art. 6º del Dto. 2790 de noviembre 20 de 1990, adoptado como legislación permanente por su similar 2266 del 4 de octubre de 1991, y los hechos objeto de juzgamiento ocurrieron en la noche del 2 de octubre de 1992, significa lo anterior que cuando el acontecer delictual acaeció, aquélla se encontraba en pleno vigor.

Luego, ninguna razón le asiste al demandante en pregonar la violación al principio de favorabilidad en razón de este asunto.

Más desafortunada aún la invitación que el actor formula a la Corte para que, de resultar fallidas sus postulaciones, aprehenda motu proprio el estudio del reproche al amparo de la causal tercera en virtud de la facultad oficiosa que le asiste -Art. 228 del anterior C.P.P., hoy 216-, pues esa es carga procesal de la exclusiva incumbencia del demandante, y que la Corte no puede suplir en razón del principio de limitación que preside el recurso.

El cargo no prospera.

La violación directa.

Falta de aplicación de los Arts. 6º del C. Penal anterior, reproducido por el Art. 6º de la Ley 599 de 2000, y 10º del C. de P. Penal, hoy Art. 6º de la Ley 600 del mismo año, es el fundamento de este cargo, con lo cual, apenas deja entrever el censor, indebidamente se aplicó el Dto. 2790 de 1990 en su Art. 6º.

Sin embargo, la alegación de este sentido de violación de la ley sustancial en el presente evento no se compadece con los presupuestos que le dan origen y fundamento, valga decir, la necesaria prescindencia de cualquier controversia en relación con los hechos y la valoración de las pruebas tenidas por el juzgador como soporte fáctico de la sentencia atacada, pues, dada su naturaleza, el impugnante extraordinario sólo puede ocuparse del contenido y alcance jurídico-normativo de la ley.

Olvidando este cometido, emprende el actor su crítica al fallo recurrido arguyendo el carácter de delincuentes políticos que es preciso predicar de los procesados, afirmación que finca en la prueba testimonial que obra en el proceso, puesto que conforme a los dichos de la víctima y su progenitor, así como de los de Juan Bautista Gallego y José Luis Sánchez Márquez, aduce, se acredita aquella calidad, lo cual dizque refrenda las grabaciones que de las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas habidas entre los plagiarios y sus jefes, hicieron los miembros del Grupo de seguridad estatal que

se apersonó de la inicial investigación.

Si el principio de limitación lo permitiera, por la forma en que el actor plantea y desarrolla el cargo podría pensarse que lo que pareciera sugerir el libelista en su confuso escrito es una errónea calificación de los hechos, en la medida en que proclama que el proceso de adecuación típica debió corresponder a la conducta punible de rebelión y no a la de secuestro extorsivo endilgada.

Así el desatino surge evidente, pues en vista de que el sustento del reproche lo dirige a cuestionar, a partir de la estimación de la prueba testimonial realizada por el juzgador, el encuadramiento típico de la conducta punible atribuida a los justiciables, el demandante debió postular la censura al amparo de la causal tercera por haberse incurrido en error en la denominación jurídica de los hechos, pero su desarrollo debió obedecer al que corresponde a la causal primera, fundamentado en la lógica de la violación indirecta de la ley sustancial, habida cuenta que el dislate en la calificación presumiblemente se debió a defectos en la apreciación de la prueba; mas como ningún yerro en esta labor planteó y menos demostró, la ponderación probatoria realizada por el sentenciador no constituye error atacable en casación.

El cargo no prospera.

Finalmente debe advertirse que como las censuras no prosperan, la redosificación de la pena a que hubiera lugar conforme a lo establecido para el efecto en el nuevo Código Penal, será de competencia del Juez de Ejecución de Penas.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria