

Proceso N° 13311

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 49

Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil (2000).

VISTOS

Mediante providencia del 5 de diciembre de 1995, un Juzgado Regional de Medellín condenó a ROBINSON DE JESUS GALLEGO y a ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ a la pena de 363 meses de prisión y multa de 120 salarios mínimos como autores responsables de los delitos de doble secuestro extorsivo y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, al pago de 100 gramos oro, cada uno, por concepto de perjuicios materiales y morales.

El Tribunal Nacional, al conocer de la decisión por vía de apelación, la modificó en el sentido de que la pena que deben descontar es de 30 años de prisión y multa de 120 salarios mínimos legales mensuales y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas quedaba reducida en 10 años. Así mismo que debían pagar solidariamente a favor de cada uno de los afectados Luis Guillermo Botero Guinand y Maria Cristina Delgado Tamayo, el equivalente a 100 gramos oro como indemnización por el daño moral y la misma cantidad por el daño material.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las 6 y 30 de la mañana del día 9 de junio de 1995, en momentos en que los esposos Guillermo Botero Guinand y Maria Cristina Delgado Tamayo se dirigían para su lugar de trabajo en el automotor de placas LAC 645, a pocas cuadras de su residencia ubicada en el barrio el Poblado de la ciudad de Medellín, fueron interceptados por dos individuos que se movilizaban en un taxi, quienes luego de atravesar el vehículo en la vía, portando armas de fuego se subieron en el que se movilizaban sus víctimas. Luego de manifestarles que eran miembros de las Milicias Populares, les exigieron la suma de quince millones de pesos con la advertencia de causarles daño a ellos o a su hijo, cuyo nombre y otros datos conocían.

Debido a la hora en que se produjo el acometimiento y al hecho de que en ese momento los interceptados no tenían el dinero exigido por los delincuentes, aquellos propusieron entregarles una suma inferior, lo cual aceptaron los plagiarios quienes inclusive trasladaron a sus víctimas a su residencia, de donde la señora Delgado Tamayo tomó su chequera del Banco Cafetero.

En la entidad crediticia donde la señora Delgado Tamayo debía hacer el retiro, en compañía de uno de los delincuentes, logró entrevistarse con el Gerente del Banco a quien pudo referirle lo que estaba sucediendo, labor que realizó con amplitud en razón de que al individuo no le fue permitida la entrada a la oficina del mencionado directivo.

Al regresar al vehículo que los esperaba a pocas cuadras del banco, donde se encontraba el señor Botero Guinand en compañía del otro sujeto, el acompañante de la señora llegó molesto por no habersele permitido recibir al interior de la entidad el dinero que había retirado su víctima, quien efectuó la transacción tratando de hacerle creer al delincuente que estaba cumpliendo con la ilícita exigencia.

Debido a la conducta agresiva de este sujeto, el señor Botero Guinand les propuso

trasladarse al barrio Calazans a la residencia de su progenitor con el objeto de retirar de allí sus tarjetas de crédito para conseguir el dinero que habían solicitado, lo cual aceptaron los plagiarios. En momentos en que se acercaban a su lugar de destino, se presentó la autoridad que se enteró de lo ocurrido por información que le suministró el Gerente del Banco Cafetero donde estuvo haciendo el retiro la señora Delgado Tamayo, de inmediato procedió a la captura de los delincuentes, a quienes les encontraron en su poder las armas de fuego que utilizaron para intimidar a los ofendidos.

El 11 de junio de 1994 la Fiscalía Regional Delegada profirió resolución de apertura de instrucción, al cabo de lo cual escuchó en indagatoria a ROBINSON DE JESÚS GALLEGO y a ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, el 20 de junio de 1994, decisión que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó en su integridad el 19 de septiembre de 1994.

La investigación se declaró cerrada el 14 de octubre de 1994 y la calificación del sumario se produjo el 19 de diciembre siguiente con resolución acusatoria en contra de ROBINSON DE JESÚS GALLEGO y ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ como autores responsables de los delitos de secuestro extorsivo, concierto para secuestrar, porte ilegal de armas de defensa personal y cohecho por dar u ofrecer.

Apelada la decisión por el defensor de los procesados, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional la confirmó, aclarando que la acusación es por los delitos de secuestro extorsivo en concurso material homogéneo, en concurso con porte ilegal de armas de defensa personal y cohecho por dar u ofrecer. En consecuencia, precluyó la instructiva por el delito de concierto para secuestrar, en providencia de marzo 31 de 1995.

El Juzgado Regional de Medellín dictó sentencia de primer grado el 5 de diciembre de 1995, que fue modificada en los aspectos al inicio reseñados por el Tribunal Nacional en

decisión del 29 de junio de 1996, contra la cual se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Conviene destacar que la censura que formula el demandante al amparo de la causal tercera de casación contiene idénticos fundamentos respecto de ambos procesados y por ello se hará de ella una sola reseña.

1.- CAUSAL TERCERA. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Cargo Único A NOMBRE DE ROBINSON DE JESÚS GALLEGO Y Primer Cargo a nombre de ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ.

Asegura el recurrente que hubo un error en la adecuación típica de la conducta, presentándose la causal de nulidad prevista en el ordinal 2º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, lo que se constituye en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Consiste el error en que se tomó como un doble secuestro extorsivo lo que solo es una extorsión.

Asegura el libelista que desde los inicios de la investigación se ha venido cuestionando cual fue en realidad la acción ilícita que quisieron cometer sus representados, decidiéndose la judicatura por aquella que resulta más gravosa a sus intereses.

Para fundamentar el cargo enunciado acude a señalar lo que se desprende de las más importantes piezas procesales que, en su sentir, son la denuncia presentada por María Cristina Delgado Tamayo y Luis Guillermo Botero Guinand con sus posteriores ampliaciones y las injuradas rendidas por los encartados, también con sus respectivas

ampliaciones. También destaca cuál fue la posición de juzgador.

Ilustra igualmente el casacionista cuáles son las conductas que sancionan el artículo 1º y el 32 de la ley 40 de 1993, respectivamente, de lo cual aduce que los comportamientos reprimidos en cada tipo pueden prestarse a confusión y en un caso determinado tomarse unos por otros con nefastas consecuencias para los destinatarios de la norma penal.

Aduce que no es cualquier privación de libertad la que sanciona el secuestro que contempla la citada ley, pues en otros delitos como el hurto o la extorsión puede haber una privación momentánea de locomoción, sin que sea posible predicarse que por ello se esté transgrediendo el interés jurídico de la libertad de una persona. Para punir a alguien por secuestro, debe estar demostrado que su conciencia y voluntad estaban dirigidos a lesionar el bien jurídico de la libertad, lo cual en este caso no ocurrió.

Argumenta que si esa hubiese sido la intención de sus defendidos, estos habrían obligado a los esposos Botero Delgado pasarse al taxi en el que ellos se movilizaban y así los habrían sacado de su propio radio de acción, de su vehículo Mazda y pedir dinero por su rescate, pero las víctimas siempre estuvieron al timón de su automotor.

La confusión del juzgador, según el libelista, está en que aquí no se utilizó la llamada ni el escrito anónimo como medios constrictores sino que se exigió directamente el provecho a los ofendidos.

Tampoco se puede colegir la intención de secuestrar por el hecho de que los encartados portaran armas pues también suelen utilizarse para cometer otros delitos.

Sostiene que hubo constreñimiento y por tanto un ilícito de extorsión porque es verdad que se ejerció violencia moral contra los afectados pues los procesados tenían sendos revólveres en su cintura y hacían manifestaciones intimidatorias y en principio fueron

quienes señalaron qué ruta debían seguir.

Asegura el libelista que del contexto de algunos párrafos del fallo de segundo grado, que transcribió en su demanda, se muestra la incertidumbre en que se hallaba para decidir si la conducta se encuadraba en el tipo de secuestro extorsivo o el de la extorsión y en ese caso debió inclinarse por la conducta más benigna.

Considera que no es aplicable a este caso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia traída a colación por el Tribunal, de julio 14 de 1994, porque de acuerdo al artículo 230 de la Carta Política la jurisprudencia no obliga, sino que es un criterio auxiliar en la actividad judicial. Los hechos a los que se refiere ese fallo ocurrieron cuando aún no regía la ley 40 de 1993; regían normas que contemplaban una sanción más benigna. Existen ostensibles diferencias en la forma como se sucedieron esos hechos y los que son objeto de examen, por lo que no pueden ser medidos con el mismo rasero.

La errónea ubicación de la conducta de sus representados, llevó al juzgador a deducir en su contra una sanción de 30 años de prisión, muy superior a la que contempla el delito de extorsión.

Solicita se case la sentencia y se anule la actuación desde la resolución de cierre de investigación

2.- CAUSAL PRIMERA. APLICACIÓN INDEBIDA DE LE LEY SUSTANCIAL.

Segundo Cargo a nombre de ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ.

Este lo fundamenta en la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 1º de la ley 40 de 1993, en concordancia con el artículo 26 del Código Penal.

Explica el casacionista que la Fiscalía Regional al momento de calificar el mérito del

sumario formuló cargos a los justiciables por un solo delito de secuestro extorsivo. Durante la alzada fue que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional dedujo el concurso material homogéneo.

En la forma como ocurrieron los hechos, desde el punto de vista ontológico, es imposible que se puedan predicar dos acciones y que puedan ser atribuidas a los encartados. Según el demandante, ocurrió una sola acción atentatoria del patrimonio económico y la libertad del matrimonio Botero Delgado. El secuestro extorsivo fundamentalmente apunta a vulnerar estos dos bienes jurídicos, sin que en este caso pueda hablarse de doble atentado patrimonial o doble quebrantamiento contra el derecho a la libertad

Es cierto que el derecho a la libertad es personalísimo pero la exigencia dineraria se dirige al patrimonio de la pareja, el cual se considera como una unidad. Por tanto no puede predicarse que hubo dos acciones de secuestro sino una sola que apuntaba a esquilmar los bienes patrimoniales, lo que no se logró por los justiciables, debido a la oportuna intervención de la fuerza pública.

Comenta que cuando los procesados interceptan a sus víctimas y se montan en su vehículo, no realizan doble tipo penal de secuestro extorsivo, sino que llevan a cabo una sola acción: retener durante un corto lapso de tiempo a los esposos, en aras de obtener un provecho ilícito. Su conciencia y voluntad no iban dirigidas contra dos patrimonios, así se tratara de personas individualmente consideradas. Entonces hubo una sola acción, un fin único, un solo iter críminis, lo que impide hablar de una doble vulneración al mismo bien jurídico tutelado y estaríamos entonces ante un concurso aparente de tipos.

Con fundamento en lo anterior, solicita casar parcialmente la sentencia descartando la doble imputación por secuestro extorsivo en concurso material homogéneo con el reato de porte ilegal de armas, y a consecuencia de ello se rebaje la pena de manera

proporcional a las dos únicas ilicitudes cometidas: un secuestro extorsivo y el porte ilegal de armas, lo cual solicita se haga extensivo al co procesado ROBINSON DE JESÚS GALLEGO.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

En cuanto al cargo formulado al amparo de la causal tercera de casación a nombre de ambos procesados ROBINSON DE JESUS GALLEGO y ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ, asegura esa representación del Ministerio Público que el censor desacierta en su desarrollo argumentativo, pues por ubicarse en la categoría de los vicios in iudicando, su demostración debe encuadrarse en la vía de la causal primera de casación en cualquiera de sus modalidades.

El libelista se dedica a exponer su personal criterio, antes que intentar la comprobación de la censura acorde a los lineamientos técnicos, en aras de que se acoja la hipótesis de que el comportamiento de sus defendidos se catalogue como un delito de extorsión. De sus argumentos no puede entenderse que estos se refieran a los postulados de la violación directa ni de la indirecta. Además, los cargos han debido comprender la demostración de las afectaciones de competencia que se suscitarían con ocasión de la errada tipificación.

De otra parte encuentra que tampoco le asiste razón al recurrente cuando considera que el delito consumado por sus defendidos es el de secuestro extorsivo porque, sin lugar a equívocos, de la actuación emerge que ROBINSON DE JESUS GALLEGO y ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ, utilizando armas de fuego, sin permiso regular, retuvieron arbitrariamente a sus víctimas y una vez profirieron en su contra diversas amenazas exigieron, a cambio de su libertad, la suma de \$15.000.000.00 para luego transar la negociación en \$7000.000.00, comportamiento que se adecua en un todo a la descripción contenida en el artículo 1º de la Ley 40 de 1993, que se estructura

cuando el sujeto arrebatata, sustrae, retiene u oculta 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 una finalidad publicitaria o de índole política. Para el caso en examen simplemente se exige que se hubiese retenido a las víctimas, mediando la exteriorización del propósito de obtener un provecho a cambio de su libertad.

Para la Delegada tampoco es pertinente acoger el planteamiento de un supuesto conflicto de normas que según el censor ha debido resolverse con la aplicación de la menos gravosa, porque aquí no se trata de una situación de favorabilidad originada en discusiones de temporalidad predicables de dichos preceptos.

En cuanto al segundo cargo presentado a nombre de ELKIN DARIO VALENCIA LOPEZ, señala el señor Procurador Delegado, frente a los planteamientos del libelista, que en el caso en examen los implicados mediante una sola acción de retención arbitraria de las víctimas vulneraron dos veces el mandato contenido en el artículo 1º de la Ley 40 de 1993, de lo que resulta válido predicar la existencia de un concurso homogéneo de delitos. Que antes de haberse afectado el bien jurídico del patrimonio, es indudable que con su único actuar vulneraron el bien jurídico de la libertad individual radicado en cabeza de cada uno de los sujetos pasivos.

Pretender que el patrimonio económico común de los esposos Botero - Delgado fue en últimas el bien jurídico afectado y que por ello se presenta un concurso aparente de tipos penales, como lo aduce el libelista, es desconocer el verdadero ámbito de protección del bien jurídico de la libertad al que se contrae el secuestro extorsivo cuya tutela opera respecto de un bien individual e intangible y por ende su afectación es individual y no colectiva.

Agregó que no obstante la unidad de comportamiento desplegado por los procesados el mismo redundó en detrimento de la libertad de cada una de las víctimas lo que

permite predicar la configuración del fenómeno concursal de hechos punibles.

Solicitó no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

1.- Causal Tercera de Casación

La censura por errónea calificación de la conducta, como se ha señalado en diversas oportunidades debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, proponiéndose como error in procedendo para lograr la invalidación de la calificación y de esa manera obtener el proferimiento de una sentencia congruente con los cargos formulados acorde a los hechos demostrados.

Sin embargo como se trata de un error de juicio, su demostración debe hacerse acorde a la técnica propia de la causal primera de casación, bien por la vía de la violación directa, por indebida aplicación o selección de la ley sustancial, o de la indirecta si fue que el error en mención se produjo a causa de una errónea apreciación probatoria originada en los falsos juicios de existencia o de identidad.

No observa la Sala que el libelista al desarrollar el cargo haya escogido una de tales opciones para demostrar la indebida aplicación del artículo 1º de la ley 40 de 1993 que pregona y, por ende, la falta de aplicación del artículo 32 de esa normatividad que es la que, según él, debió regular el asunto. Lo que hizo fue mencionar algunos aspectos fácticos y a partir de allí cuestionar la posición de los falladores de instancia al encuadrar la conducta de sus representados en el delito de secuestro extorsivo. En su alegato, hace una comparación de las conductas que reprime este tipo penal para enfrentarlas con las del delito de extorsión con el único fin de acreditar a toda costa que en ningún momento la intención de GALLEGO y VALENCIA estuvo dirigida a lesionar el bien jurídico de la libertad.

Se aparta el libelista de la técnica propia que en esta sede gobierna para la demostración del yerro atribuido, aspecto que por si solo resulta suficiente para declarar la improsperidad del cargo.

Sin embargo, dado que la Corte debe decretar la invalidez de la actuación cuando advierta causa que la genere es de señalar, que de los autos se desprende que desde el momento en que los procesados hicieron presencia ante sus víctimas María Cristina Delgado Tamayo y Guillermo Botero Guinand para ubicarse en la parte trasera del vehículo en que se movilizaban, portando armas, la libertad personal de estos se vio afectada y su voluntad sometida a sus requerimientos. En el devenir del actuar ilícito surgió la exigencia de los \$15.000.000.00 aduciendo ser miembros de las milicias populares la cual estuvo acompañada de la amenaza de que si no entregaban el dinero, le harían daño a su hijo de quien tenían toda la información. La privación de la libertad se prolongó por tres horas aproximadamente, durante las cuales, bajo la presión de los maleantes, las víctimas acudieron a cuanto posibilidad se les presentaba para satisfacer la exigencia dineraria, la cual redujeron aquellos a la suma de \$7.000.000.00. Fue entonces como en virtud de las amenazas la señora Delgado y su esposo, en compañía de sus captores, se dirigieron a su residencia a fin de retirar la chequera para de allí dirigirse al Banco Cafetero ubicado en la carrera sucre con Colombia, lugar en el que estuvo custodiada por uno de los individuos. De allí se dirigieron a la casa de los padres del señor Botero para retirar una libreta de ahorros y así lograr parte de la suma solicitada, lo que no se consolidó gracias a que en ese momento hizo presencia en el lugar personal adscrito a la Policía Metropolitana.

No hay duda que la acción de los procesados está constituida por la retención física de las víctimas, en forma violenta, amenazándolas con armas de fuego, trasladándolas, bajo su mando, de un lugar a otro para conseguir el dinero a cambio de dejarlos en libertad. Esta situación de privación de libertad de los esposos Botero Guinand y Delgado Tamayo acompañada del propósito de obtener provecho económico, comporta verdadera

trascendencia jurídica para aquel bien tutelado y es suficiente para que se estructure el secuestro extorsivo.

No se trató de una simple intimidación orientada a lesionar el patrimonio de las víctimas, como lo afirma el libelista. Más allá de esta consideración es necesario tener en cuenta las manifestaciones externas de los procesados que se identifican como elementos propios de la conducta por la cual fueron condenados, la cual no se puede desconocer so pretexto de que su intención no era lesionar el bien jurídico de la libertad.

El argumento de que para la realización de otros delitos como el hurto o la extorsión puede haber una privación momentánea de la libertad, no resulta acertado, pues cada uno contiene una acción diversa que constituye el eje central de las conductas típicas en discusión. La limitación de la locomoción aquí acaeció, así hubiera sido temporal y así los encartados no hubieran tomado el mando del timón; mediante el uso de armas de fuego y las amenazas verbales que en todo momento lanzaron, controlaron la situación y doblegaron la voluntad de los afectados.

Inaceptable resulta que el demandante pretenda desconocer estas circunstancias que resultan trascendentes en el proceso de adecuación típica, para dejar el asunto en una simple intimidación o constreñimiento.

Ante la falta de razón del libelista y la ausencia de técnica en la formulación del cargo, este no puede prosperar.

2.- Causal Primera de Casación.

Estima el censor que hubo indebida aplicación del artículo 1º de la ley 40 de 1993 en concordancia con el artículo 26 del Código Penal, porque en la forma como ocurrieron los hechos, es imposible que se puedan predicar dos acciones respecto de sus

representados. Según él, ocurrió una sola acción atentatoria del patrimonio económico de las víctimas y por ello considera que se presenta un concurso aparente de tipos penales.

La censura así propuesta, supone que la crítica del demandante se contrae al plano eminentemente jurídico, esto es, en lo relativo al tipo penal dentro del cual el fallador adecua la conducta de los procesados y al de la norma sustancial que en su sentir debió regular el caso concreto.

No obstante, para tratar de demostrar que en este caso existió una sola acción y que lo que se presentó fue un concurso aparente de tipos, tampoco consulta la forma como los hechos y las pruebas fueron apreciadas en la sentencia, condición que resulta ineludible para incursionar en la demostración de los yerros que se atribuyen por la violación de la ley por la vía directa.

De plano hay que descartar, por las motivaciones plasmadas en el cargo anterior, que la conducta de los procesados estuvo orientada única y exclusivamente a afectar el patrimonio de las víctimas.

El secuestro extorsivo comporta una afectación a la libertad individual, conducta que se estructura cuando el sujeto agente sustrae, arrebató u oculta a una persona y le impide gozar a plenitud de su autonomía y libertad. No hay duda que en la forma como los procesados ROBINSON GALLEGO y ELKIN VALENCIA llevaron a cabo los hechos, afectaron el bien jurídico y personal de cada uno de los sujetos pasivos. Así en presencia de varios comportamientos típicos, aunque cada cual conserva su independencia, en materia punitiva la norma llamada a regular el asunto es el artículo 26 del Código Penal, el cual estuvo debidamente aplicado.

Conforme a lo señalado, el cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria