

Proceso No 13312

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 34

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2.003).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre de FERNANDO GARCÍA SOTO, contra la sentencia proferida el 24 de abril de 1.996 por el entonces Tribunal Nacional, mediante el cual se confirmó la dictada en primera instancia por un Juzgado Regional de Cali, condenando a dicho procesado y a Edison Ruiz Machado a las penas principales de 33 años de prisión y multa de 100 salarios mínimos mensuales vigentes y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, en calidad de coautores del delito de secuestro extorsivo agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Con base en una llamada anónima realizada al UNASE de Cali en la que se daba cuenta sobre la presencia de un persona secuestrada, se dispuso un operativo que culminó con el allanamiento de la residencia ubicada en la carrera 50 No. 16-41 de esa ciudad, sitio en el que fue encontrado en un colchón en el piso, ubicado entre el baño y la cocina, el ciudadano MANUEL ANTONIO CLEVES QUINTERO, de 70 años de edad, quien al ser

interrogado sobre su presencia allí manifestó que desde hacía aproximadamente dos meses cuatro sujetos armados lo sacaron de su casa en el barrio Obrero y lo obligaron a abordar un taxi, manteniéndolo en esa situación con el argumento de que su hijo Rodrigo Cleves Rico tenía pendiente una deuda por narcotráfico de 90.000 dólares y su retención era una forma de presionarlo para pagar.

EDISON RUIZ MACHADO y FERNANDO GARCÍA SOTO, quienes atendieron a las autoridades en dicha diligencia, justificaron la presencia de dicha persona manifestando que un sujeto de nombre Wistong, había tomado en arriendo el lugar aduciendo que lo requería para alojar al anciano por unos días mientras llegaban sus familiares de Bogotá.

Puestos a disposición de la autoridad competente los dos mencionados individuos, el 14 de julio de 1.993 se abrió formalmente la investigación y una vez vinculados mediante indagatoria se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo agravado, proveído contra el cual interpusieron recurso de apelación que fue decidido el 8 de septiembre del mismo año por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, confirmándolo.

Perfeccionado el ciclo instructivo, se decretó su cierre procediéndose el 27 de abril de 1.994 a calificar el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Edison Ruiz Machado y FERNANDO GARCÍA SOTO en calidad de coautores del delito de secuestro extorsivo agravado, decisión que fue recurrida por la defensa y confirmada el 22 de julio del mismo año por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

En la etapa del juicio se decretaron las pruebas pedidas por los sujetos procesales y luego de que se citó para sentencia y se allegaron los alegatos correspondientes se dictó el fallo de primer grado, el cual, al ser apelado por la defensa de los procesados, recibió confirmación del Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Con sustento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, acusa el demandante el fallo de segundo grado de violar directamente y por aplicación indebida el artículo 1.1.3 de la Ley 40 de 1.993, “ya que los falladores en el presente asunto, debieron aplicar la norma sustancial prevista en el artículo 269 del Código Penal, modificada por la ley 40 de 1.993 artículo 2º y el punible correspondiente al Ejercicio arbitrario de las propias razones artículo 183 ibídem, convertido en contravención especial por la ley 23 de 1.991 artículo 1, numeral 1.17”.

A partir de esta premisa, recuerda, entonces, como los juzgadores de primero y segundo grado al ocuparse de la valoración probatoria reiteradamente manifestaron que la retención de la víctima tenía como finalidad obtener el pago de noventa mil dólares que Rodrigo Cleves Rico adeudaba a un tío de los plagiarios por negocios al parecer de narcotráfico. Esa situación, a juicio del demandante, acredita que no medió en la conducta realizada la finalidad de obtener un provecho ilícito, y sí, por el contrario, contiene los elementos para que se configure el delito de autojusticia, pues el tío tenía un derecho patrimonial legalmente reconocido por la Ley, y además, “ejercieron de manera arbitraria, en vez de recurrir ante las autoridades, pero,..., con el convencimiento de que no ponían en peligro el derecho patrimonial de Rodrigo Cleves, ni, ..., que con el hecho criminoso desplegado se fuera a obtener un enriquecimiento en perjuicio del nombrado”.

Por su parte, Rodrigo Cleves sabía de la obligación que tenía, “y a sabiendas que sus acreedores no tenía medio de presión distinto al que pudieran ejercer por medio de sus familiares” no procuró cancelarla, sino que enterado él en los Estados Unidos de tal episodio lo único que hizo fue alertarlos para que se ausentaran del lugar como lo reconocieron los fallos.

Por eso, lo que correspondía era adecuar la conducta desplegada a lo previsto en el artículo 269 del Código Penal –anterior- y compulsar copias para que por separado se investigara la contravención especial de ejercicio arbitrario de las propias razones.

Solicita, entonces, que se case el fallo impugnado y se dicte uno de reemplazo en los términos aludidos en precedencia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL:

Advirtiéndolo de antemano que el libelo presenta consistentes desaciertos de orden técnico, ya que al postular el cargo por motivo de violación directa termina por cuestionar la valoración probatoria del fallo en cuanto a la obtención del provecho pretendido por los plagiarios, desconociendo así las apreciaciones fácticas del sentenciador, el Delegado afirma que en este caso tampoco se presenta ninguno de los elementos que harían viable la tipificación de la contravención especial del ejercicio arbitrario de las propias razones, por cuanto no está debidamente demostrada la existencia de la obligación y además, existen elementos de juicio que indican que la misma proviene de actividades de narcotráfico.

De la misma manera, conforme a la transcripción que hace del texto del artículo 268 del anterior Código Penal, enfatiza que el provecho o utilidad de ser lícito en este caso, “se torna en ilícito por el modo de obtenerla, valga decir, al ser obtenida por medio de la restricción de la libertad individual de una persona”, extremo que no se puede admitir en la aludida contravención especial.

Solicita, por tanto, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

1. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en sostener que para recurrir

ordinariamente en casación varios son los presupuestos de procedencia que se deben observar a saber: a. que el recurrente extraordinario sea sujeto procesal legitimado para actuar, b. que el derecho se ejerza oportunamente y contra fallos de segunda instancia cuya pena supere los 8 años de prisión y, c. que exista interés para recurrir, esto es, que la decisión le reporte a la parte un perjuicio, debiéndose precisar frente a éste último presupuesto que varias son, a su turno, las alternativas a tener en cuenta: a. si el demandante extraordinario no recurrió el fallo de primer grado entonces habrá de verificarse si el de segundo tornó más gravosa su situación; si la segunda instancia se produjo por la vía de la consulta o si lo que se propone en casación tiene que ver con el tema de las nulidades y dependiendo cada caso concreto, si se impidió la apelación. En cambio, cuando quien acude a esta vía recurrió en apelación y la determinación fue confirmada, es decir, permaneció intacta la situación que se pretendió modificar agotando las instancias ordinarias, entonces habrá de constatarse si entre el tema objeto del recurso ordinario y el extraordinario existe identidad.

2. Sobre este último aspecto en particular, se impone recordar que la Sala ha venido sosteniendo, con criterio que no ha sido modificado, lo siguiente:

“...También ha sostenido que para la procedencia del recurso no basta que el sujeto procesal haya formalmente apelado la decisión de primera instancia, sino que es necesario que exista identidad temática entre los motivos que dieron origen a la apelación, y los que se exponen como fundamento para solicitar la infirmación del fallo en sede casacional. ¿Pero qué debe ser entendido por identidad temática? ¿Cuál el verdadero alcance de este concepto? ¿Puede sostenerse, como lo da a entender el Procurador Delegado en su escrito, que la unidad sustancial implica absoluta coincidencia entre las falencias denunciadas en la apelación y los invocados luego en casación, al extremo de considerar que si un determinado error no fue alegado en la instancia (verbigracia, la ignorancia de una determinada prueba), no puede ser invocado en casación? ¿O que si el planteamiento jurídico no fue desarrollado con suficiencia en la apelación, no puede ser

replantado en sede extraordinaria?

Desde luego que no. La Corte, en recientes pronunciamientos (Casaciones de 14 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, y enero 29 del 2001, Magistrado Ponente Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otras), ha sostenido que la unidad de materia entre la apelación y la casación, no guarda relación con los fundamentos de la pretensión, sino a las pretensiones propiamente dichas, y que es, por tanto, a la luz de estas últimas, que debe determinarse si el tema de impugnación es el mismo. En este orden de ideas, existirá unidad de materia si lo discutido en la apelación y la casación es, por ejemplo, la inocencia del procesado, o su responsabilidad, o la dosificación punitiva, o el monto de la condena por los daños y perjuicios, aunque los fundamentos que se esbocen en apoyo de cada una de estas tesis no sean literalmente los mismos. Para mayor ilustración, veamos lo dicho sobre el particular en la última de las decisiones citadas:

“...el genuino sentido de la restricción para acceder a la impugnación extraordinaria no puede estar basado en el equivocado entendimiento de que los términos “errores del tribunal” o “específico objeto” hacen relación a una yuxtaposición automática y no a una identidad temática entre los yerros denunciados en la apelación y acusados luego en la casación, puesto esto llevaría al falso postulado de que la controversia en esta última sede se reduce a los errores sobre los medios aislada y específicamente impugnados en la sustentación del recurso ante el ad quem, olvidando que el cometido de esta dialéctica no es el insular e inerte ataque a una prueba por la prueba misma, sino el ejercicio epistemológico de la argumentación sobre lo que es objeto del conocimiento para procurar un fin sustantivo en favor, como sería por ejemplo la absolucón del acusado, siendo esto último lo que para efectos de la identidad temática entre el recurso y la casación constituye el alcance o señala en definitiva el verdadero sentido de las expresiones “errores del tribunal” o “específico objeto” a que ha aludido la Corte”. (negritas fuera de texto). (Sentencia de casación del 16 de julio de

1.001, rad. 15.488, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

3. Ahora bien, en este caso, tanto el sindicato como su defensor apelaron el fallo de primer grado, estando en aquella oportunidad orientadas las pretensiones, para el caso del abogado, a obtener la nulidad de lo actuado por no haberse practicado en su totalidad pruebas pedidas por GARCIA SOTO ni motivarse la decisión de condena en cuanto a las circunstancias de agravación, en tanto que el propio sindicato orientó su inconformidad a afirmar que existía duda probatoria que debía favorecerlo, pues no se presentan los elementos tipificantes del delito de secuestro extorsivo porque el supuesto plagiado no fue arrebatado, sustraído, ocultado o privado de su libertad por él, como quiera que la propia víctima afirmó que podía movilizarse libremente por la casa, no lo mantuvieron amarrado, ni se exigió dinero por su liberación, pues no se demostró que los sindicatos estuvieran cumpliendo órdenes de un tercero para lograr el pago de una deuda en dólares. En conclusión al no existir certeza sobre lo fáctico exigía mayor estudio del juez para “no incurrir en desaciertos cuando de tipificarlo se trata o también en su educación (sic) frente a un hecho del mismo y en otros tantos casos a establecerse bien la similitud con otras conductas como el constreñimiento o ejercicio arbitrario de las propias razones” (f. 790 cd. No. 2).

4. En esa medida, la decisión de segunda instancia, estuvo orientada a responder las inquietudes planteadas por los recurrentes, ocupándose en primer término a demostrar como no obstante ser cierto que hubo varias pruebas cuya práctica no se logró por causas ajenas a los funcionarios judiciales, las mismas no resultaban determinantes frente a la demostración de la responsabilidad o inocencia de los sindicatos. De la misma manera, se abordó un análisis de la prueba recaudada para ratificar la materialidad de la infracción y la existencia y procedencia de las circunstancias de agravación deducidas en el pliego acusatorio y la responsabilidad tanto de GARCÍA SOTO como de Ruiz Machado en tales hechos.

5. En estas condiciones, entonces, ha de admitirse el interés del casacionista en este evento, pese a no existir identidad en cuanto a los fundamentos de la pretensión, pues frente al fallo de primera instancia se alegó básicamente la duda sobre la existencia del delito y ahora en casación se repudia la calificación jurídica, ya que surge palmario que en las dos oportunidades está rechazando la aludida imputación en la modalidad extorsiva, razón por la cual la Corte asumirá su estudio de fondo.

6. Ahora bien, invoca el demandante el motivo de la violación directa de la ley con el propósito de demostrar una indebida calificación pero no tiene en cuenta que los punibles que reclama como correctos frente a la conducta desarrollada por su defendido implicarían de suyo un cambio de competencia del juzgador, ya que para la época en que se presentó la demanda el secuestro simple era de conocimiento de los Jueces del Circuito y la contravención de los Jueces Penales Municipales. Sin embargo, de prosperar el ataque, en las condiciones actuales, la única variante a considerar es que la existencia de concurso entre un delito y una contravención no implicaría la ruptura de la unidad procesal, dado que Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 32 de la Ley 228 de 1.995 (C-357/99), por manera que el asunto seguiría siendo de competencia de un Juez del Circuito, situación reveladora de que la vía de ataque escogida es equivocada, pues debió acudirse a la causal tercera de casación, ya que en tales condiciones no podría la Corte entrar a dictar fallo de reemplazo porque lo estaría haciendo en relación con un fallo dictado por un funcionario incompetente.

Pero además, el desatino del censor no se concreta únicamente en la selección de la causal, sino en el desarrollo que pretendió darle a la invocada, ya que habiendo escogido el motivo de la violación directa de la ley, lo cual le exigía acatar los hechos y la valoración probatoria sin cuestionamiento alguno, la argumentación demostrativa se apoya en una afirmación tan sofisticada como falsa, pues habiendo afirmado el Tribunal que la deuda era ilícita, el demandante parte de la base de que no puede hablarse de secuestro extorsivo porque la conducta se desarrolló con el propósito de

obtener un provecho lícito.

7. Al respecto, obsérvese como, después de analizar la prueba de cargos, concluyó el Tribunal:

“... Con las probanzas reseñadas quedó demostrado la participación de EDISON RUIZ MACHADO y FERNANDO GARCÍA SOTO en el punible de secuestro extorsivo, ya que para el día 13 de julio de 1.993, se encontraban en la vivienda ubicada en la carrera 50 # 16-41 Barrio Las Camelias, de la ciudad de Santiago de Cali (V), donde fue rescatado MANUEL ANTONIO CLEVES QUINTERO, a quien habían retenido dos meses antes, con el fin de acelerar el pago de una deuda ilícita contraída con su hijo de nombre RODRIGO”.

8. Y si bien el libelo contradice la verdad del fallo frente a la ilicitud de la deuda, ese, a la postre, es elemento que en nada contribuye a diferenciar el delito de secuestro extorsivo del simple y el contrerimiento ilegal, pues la naturaleza de la finalidad perseguida no se integra en modo determinado como elemento del tipo, ya que lo que en estos casos se sanciona no es la mera afectación económica, sino la lesión o puesta en peligro al bien jurídico de la libertad personal, el cual, axiológicamente está por encima del derecho patrimonial y mucho menos que, como lo plantea recurrente, pueda presentarse un concurso entre el ilícito contra la libertad en la modalidad de simple y la aludida contravención, pues para sostener dicha tesis, necesariamente habría de desintegrarse el tipo básico despojándolo de uno de sus elementos subjetivos para que se haga viable el concurso y eso, es, desde todo punto de vista inadmisibles en la dogmática penal.

9. En efecto, el planteamiento del recurrente, parte del sofístico argumento de que al tratarse de una deuda lícita, debe entenderse la privación de la libertad como una especie de delito medio para lograr un hecho punible fin, que para el caso sería la aludida contravención especial, la cual, a su vez, se tipificaría a partir de la finalidad propuesta con la retención ilegal de la persona, que es precisamente lo que

caracteriza el delito de secuestro extorsivo. En conclusión, forzado se ve el censor a hacer la ficción sobre la existencia de dos conductas óptica y jurídicamente diferenciables, de lo que en las mismas condiciones es una sola.

En este sentido, oportuno resulta reiterar el criterio que ha venido decantando la Sala al respecto:

“...No es novedosa la inquietud relacionada con la

comprensión tácita de que el provecho o la utilidad pretendidos por el sujeto, conforme con el tipo de secuestro extorsivo, han de ser “ilícitos”, porque, si llegaren a ser “lícitos”, se trataría de “propósitos distintos a los previstos” en la norma antes señalada y, conforme con el artículo 2° de la ley 40 de 1993, daría lugar a un delito de secuestro simple y no extorsivo. Otros, en actitud aún más radical (como la del demandante), llegan a sostener que, ante tal eventualidad, se trataría de un delito de constreñimiento ilegal (art. 276 C. P.).

Si por vía de hipótesis se llegare a entender que el fin, provecho o utilidad son “lícitos”, porque uno de los autores del secuestro trataba de cobrar una acreencia a la víctima, ello no alcanzaría a desvertebrar el tipo penal de secuestro extorsivo, dado que con razón el precepto se refiere a “cualquier utilidad”, pues, la anteposición del adjetivo “cualquier” al sustantivo “utilidad”, significa que es indiferente el género, la entidad o el valor del beneficio, que puede llegar a ser debido o indebido, en vista de que el rigor de la pena del secuestro extorsivo radica en la jerarquización, la equiparación social y el especial cuidado de bienes jurídicos fundamentales como los de la libertad y la vida, dispuesta en el ordenamiento jurídico-penal, particularmente en la ley 40 de 1993.

Ante el claro texto de la ley 40, ningún móvil, así sea político o por más noble que

aparezca la concepción de un individuo respecto del rumbo de la sociedad, puede servir de pretexto para justificar la conducta de arrebatarse, sustraer o retener a una persona, tampoco para degradar la imputación por secuestro extorsivo.

Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal y teleológico, lo más determinante es que el fin pretendido no puede calificarse de “lícito” o “ilícito” por su valoración aislada consistente en que sólo se persigue cobrar una obligación a cargo de la víctima, sin sujeción al ámbito de relación y protección que representa el tipo penal de secuestro extorsivo, pues, de tal manera surge la necesidad de tutela de la libertad y de la vida, que la racionalidad de los objetivos sociales perseguidos en el Derecho, como en la política, indica que el fin no justifica los medios. Así, por más patente que sea la obligación o la deuda a cargo de la víctima, el cobro de la misma como fin se deslegitima completamente cuando se acude al oprobioso medio de la privación de la libertad de movimiento del deudor, la cual siempre será arbitraria de una persona natural a otra, salvo situación notoriamente distinta que es la captura como resultado de una orden de autoridad judicial competente y por motivos previamente definidos en la ley (Const. Pol., art. 28).

Por motivo alguno de índole particular (aunque sí institucional, pero altamente regulado), el legislador tolera la privación de la libertad de locomoción de una persona. Apenas sí sanciona con menor rigor a quien despliega una arbitrariedad para ejercer sus propias razones, conducta identificada como una contravención especial en el artículo 1º, numeral 1 de la ley 23 de 1991. Es decir, el legislador colombiano ha atemperado ostensiblemente el ius puniendi (degradación de delito a contravención especial) cuando se acude a procedimientos arbitrarios para reivindicar un derecho propio y cierto, pero en todo caso los medios empleados no pueden degenerar en violencias o privaciones que por sí solas den lugar a delitos distintos a la contravención especial señalada.

No es posible entonces el desplazamiento del juicio de tipicidad desde el secuestro extorsivo hacia el secuestro simple. Mucho menos puede hacerse el traslado conceptual del primero al constreñimiento ilegal (art. 276 C. P.), pues los dos tipos penales tienen en común el elemento subjetivo especial consistente en que el sujeto activo con su conducta se propone que la víctima u otro “haga u omita algo” de su interés, pero se diferencian significativamente en los verbos rectores, pues, desde el punto de vista jurídico, “constreñir” ciertamente significa una limitación en la libertad de actuar, pero nunca puede alcanzar tal intensidad que comporte una supresión de la libertad ambulatoria, dado que en tal caso se configuraría el secuestro extorsivo por “arrebatamiento”, “sustracción”, “retención” u “ocultación” de la persona. (Sentencia del 15 de mayo de 2.000, rad., 12.904, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

El cargo, entonces, 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.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
CASTELLANOS

HERMAN GALÁN

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
GÓMEZ GALLEGO

JORGE

ANÍBAL

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLAVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria