

Proceso Nº 13384

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No.060

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil (2.000).

VISTOS:

Mediante sentencia proferida el 24 de mayo de 1.996 un Juzgado Regional de la ciudad de Cúcuta condenó a Hermes Velandia Gómez y a José Ramón Granados Fonseca a las penas principales de 13 años de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales y 12 años y 6 meses de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales, respectivamente, como responsables de los delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y secuestro extorsivo, al primero, y sólo por este último delito al segundo, al tiempo que absolvió de los cargos que le fueran imputados al procesado LUIS GUILLERMO MONTOYA MEJÍA.

El Tribunal Nacional al momento de pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta y la apelación interpuesta por el defensor público de Velandia Gómez, declaró la nulidad parcial de lo actuado a partir de la resolución acusatoria en relación con éste y Granados Fonseca en lo que respecta al delito de secuestro extorsivo, por considerar que la imputación debía serlo a título de coautores y no de cómplices, confirmando la condena por el incurso en porte ilegal de armas de fuego de defensa personal que estableció en 2

años de prisión, al tiempo que revocó la absolución favorable a MONTOYA MEJÍA para en su lugar condenarlo como coautor del delito de secuestro extorsivo a la pena principal de 25 años de prisión.

Contra la sentencia del Tribunal, el defensor de este último interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

El 20 de enero de 1.994, en inmediaciones de la autopista que de la ciudad de Bucaramanga conduce a Floridablanca, siendo aproximadamente las cuatro de la tarde, el ciudadano Javier Darío Alonso Ospina quien conducía su camioneta tipo Ford de placas URJ-735, fue abordado por dos individuos que se movilizaban en una moto, quienes después de solicitar que se orillara, lo intimidaron con arma de fuego, siendo conducido hasta una finca ubicada en la vereda Riofrío de Floridablanca, en donde estuvo esposado y vendado por algunos días, para luego ser llevado a otra finca del sector y retornado al lugar inicial, hasta donde por informaciones secretas llegaron algunos integrantes del grupo UNASE en la mañana del día 27 de enero posterior liberando al plagiado, por quienes sus captores exigieron inicialmente cinco millones de pesos, aprehendiendo en dicho momento a Hermes Velandia Gómez, quien portaba un revólver marca Ruger calibre 38 largo del que fuera despojado Alonso Ospina en la tarde de autos y José Ramón Granados Fonseca, como también por operativos inmediatamente realizados, a Andrés Alberto Ortiz, Javier Augusto Remolina Julio González, Oscar Andrés Blanco Hernández, Juan Carlos Bueno y LUIS GUILLERMO MONTOYA MEJÍA, como presuntos integrantes de grupo de secuestradores.

El propio Fiscal Regional Delegado ante el Grupo UNASE y el DAS que intervino en las diligencias previas que condujeron a la liberación del secuestrado, como que fue quien dispuso el allanamiento de la finca en donde este hecho se realizó y posteriormente al

inmueble colindante llamado “El Olimpo” en donde también fueron encontrados un maletín y otros bienes de la víctima, ese mismo día 27 de enero decretó la formal apertura de la instrucción, escuchando inicialmente los testimonios de Ofelia Tristancho Rondón y Carlos Arturo Serrano Pinilla, personas éstas dedicadas a labores domésticas de “El Olimpo” y quienes con posterioridad reconocieron en fila de personas a LUIS GUILLERMO MONTTOYA MEJÍA, como uno de los sujetos que frecuentó entre los días 21 al 27 de enero dicho lugar.

Se vinculó entonces mediante indagatoria a los imputados Javier Augusto Remolina Calderón, Juan Carlos Bueno Vargas, Julio Alberto González Camacho, José Ramón Granados Fonseca, Hermes Velandia Gómez y LUIS GUILLERMO MONTTOYA MEJÍA, al tiempo que Andrés Alberto Ortiz Pereira y Oscar Andrés Blanco Hernández, por ser menores de 18 años, fueron puestos a disposición del Juzgado Penal de Menores, oyéndose el testimonio de señor Javier Darío Alonso Ospina, quien narró los pormenores de su secuestro, así como también habérsele enterado por sus aprehensores que se había solicitado la suma de cinco millones de pesos a su familia por su liberación, interrogado sobre las informaciones que se tenía en el sentido de que el móvil de su secuestro era económico, derivado de deudas adquiridas con algunas personas, negó inicialmente este hecho y en relación con la transacción comercial llevada a cabo con el señor Luis Guillermo Montoya ante la Notaría Octava de Bucaramanga el día 13 de enero anterior, entregándole una “lubriteca” de su propiedad, manifestó que a través de ella le canceló algunos préstamos de dinero en efectivo que aquél le hiciera un tiempo atrás.

El 14 de febrero siguiente se resolvió la situación jurídica de los procesados, profiriéndose medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo en contra de MONTTOYA MEJÍA y Granados Fonseca, así como respecto de Velandia Gómez por el mismo delito en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, absteniéndose a su turno de adoptar cualquier medida en relación con Remolina, González y Bueno, decisión confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 9 de mayo posterior.

Practicada copiosa prueba testimonial y llevada a efecto la vinculación a través de declaración de personas ausentes, previo su emplazamiento, de Juan Diego Grajales Olaya, Gustavo Valencia Grajales y Carlos Valencia Grajales, el 30 de septiembre de 1.994 se decretó el cierre parcial de la investigación en lo concerniente con los procesados vinculados mediante indagatoria, acopiándose las declaraciones de varios de los agentes del UNASE que participaron en los diversos operativos que condujeron al rescate del secuestrado y la aprehensión de los imputados, calificándose el mérito de las pruebas por una Fiscalía Regional de Cúcuta a través de resolución fechada el 2 de diciembre mediante la cual se profirió resolución acusatoria en contra de MONTOYA MEJÍA, Granados Fonseca y Velandia Gómez, el primero como coautor del delito de secuestro extorsivo, acorde con lo previsto por el artículo 268 del Código Penal, modificado por el art. 1 de la Ley 40 de 1.993, idéntica imputación recaída en contra de aquéllos dos pero en calidad de cómplices y en concurso con el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en relación con este último, disponiéndose a su turno preclusión instructiva en favor de Remolina, Bueno y González, determinación integralmente confirmada por la segunda instancia el 25 de abril de 1.995.

Tramitada la etapa probatoria del juicio, una vez escuchado en ampliación de testimonio a Alonso Ospina, se citó para sentencia, profiriéndose los fallos de primera y segunda instancias en los términos que se dejaron consignados en precedencia.

LA DEMANDA:

Primer cargo

Aduce inicialmente el defensor de MONTOYA MEJÍA la causal tercera de casación, afirmando que la sentencia impugnada se habría proferido dentro de un proceso viciado de nulidad por vulneración del debido proceso, en la medida en que no obstante haberse

absuelto en primera instancia a su poderdante, el Juzgado Regional le negó la libertad provisional a que tenía derecho de conformidad con lo dispuesto por el artículo 415.3 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto reproduce.

La negativa a la libertad se manifiesta como un típico desconocimiento de claros preceptos constitucionales que la garantizan, artículo 29 de la Carta Política, a los cuales se agrega la favorabilidad en materia penal que también es derecho fundamental, máxime cuando el procesado debió permanecer en la cárcel durante 6 meses no obstante la decisión absolutoria.

Además, en la segunda instancia MONTROYA MEJÍA “fue fulminado” con un fallo de condena, desconociéndosele la “presunción de inocencia” pues, no obstante la “objetiva insuficiencia” de cada medio probatorio para generar certeza, el juzgado acudió a una “verdadera vía de hecho” para dictar la sentencia, pues pese a reconocer que aquél no fue visto por la víctima, este hecho fue valorado en su contra “es la presunción de inocencia retorcida, vuelta al revés”, desarrollándose así “una anfibológica teoría de la presunción de culpabilidad”.

Alejado completamente de la premisa inicial, critica en forma abierta la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal, manifestándose inconforme con el hecho de que se refiriera negativamente sobre el negocio comercial aparentemente celebrado entre la víctima y el procesado unos días antes del plagio, coligiendo que, en definitiva, el juzgador de primera instancia no encontró mérito para condenar, en tanto que el superior, pese a encontrarse frente a la misma precariedad de prueba lo condenó.

Finaliza, así, preguntándose a manera de petición, si “¿No habrá que casar una decisión así, nula, absolutamente nula, para salvar la verdad y la justicia?”.

Segundo Cargo

Sustentada en la causal primera de casación, esta censura es propuesta por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de errores de hecho en la apreciación probatoria y el consiguiente quebranto por aplicación indebida del artículo 268 del Código Penal, subrogado por la Ley 40 de 1.993.

Para comenzar, reproduce el que denomina sustento fáctico de la sentencia, afirmando enseguida que el “error IN FACTO” es absolutamente ostensible, como que se condenó a MONTOYA MEJÍA a la pena principal de 25 años de prisión, pese a que en declaración del 3 de agosto de 1.995 la propia víctima expresó que aquél no tuvo “nada que ver con mi secuestro”, sentido igual en el cual declaró el día 18 del mismo mes y año.

Este testimonio, que es reiterativo en el destacado sentido, no fue apreciado “en su integridad por el sentenciador conforme a las reglas de la sana crítica”; trátase de un error protuberante y trascendente que de no haber mediado habría permitido que se confirmara el fallo de primer grado.

“Esta prueba testimonial excepcionalmente importante, prosigue, de nadie menos que de la propia víctima -Señor Javier Darío Alonso Ospina-, fue muy superficialmente referida en la sentencia acusada, mutilándola, fragmentándola y tergiversándola en las exiguas anotaciones judiciales sobre la misma”.

Falseó el sentenciador este testigo, como quiera que de su afirmación según la cual no vió a MONTOYA MEJÍA, deduce que fue que se mantuvo oculto. Pero además, descarta afirmaciones de la propia víctima basado en el hecho de que habría incurrido en múltiples contradicciones para excluir la participación de aquél en el plagio.

Cita en su textual contenido el fallo de primer grado, por encontrarlo concreto y acertado en la valoración de la relación comercial que habrían tenido el procesado y la víctima, censurando a través de una nueva reproducción literal otras consideraciones del fallo del Tribunal, sosteniendo una y otra vez la inversión de la

presunción de inocencia por parte del sentenciador. Concretamente se refiere al supuesto testigo “Juancho”, que en realidad no declaró en el proceso, en el sentido de que enterado MONTTOYA MEJÍA el día del rescate de los hechos, le manifestó a dicho personaje que a él no le importaba porque “no tenía nada que ver con eso...”, siendo consecuentemente tergiversado su texto, pues de esta expresión dedujo un indicio de responsabilidad.

Generaliza a manera de conclusión la censura probatoria por falso juicio de identidad, advirtiendo cómo los errores de hecho son manifiestos en el testimonio del ofendido, la indagatoria del procesado y los indicios deducidos en su contra.

Solicita, finalmente, se case la sentencia impugnada, dictándose la que en derecho corresponda.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

Fija como marco general de respuesta al escrito de demanda el Ministerio Público, el hecho de que los dos cargos presentados comportan serias deficiencias de orden técnico.

Así, con relación al primer reproche destaca que la causal tercera no es de libre formulación, como lo ha destacado en múltiples oportunidades la jurisprudencia de la Sala, sino que contiene también exigencias formales para su propuesta, pese a lo cual el actor se refiere dentro de un mismo acápite a la vulneración del debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, etc.

Sin embargo de lo anterior, las pretensiones del actor tampoco son atendibles, toda vez que si bien MONTTOYA MEJÍA fue absuelto en primera instancia, el delito por el cual fue juzgado era de competencia de los jueces regionales, razón por la cual la propia ley limitó la libertad en estos casos, acorde con el texto del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1.993, en cuyo párrafo del artículo

55 se excluyó la causal contenido en el numeral 3 del citado precepto, disposición a su turno declarada ajustada a la Carta Política mediante fallo C-394/94, dada la índole de los punibles materia de competencia de los jueces regionales, como igual se mantuviera en el texto de la Ley 504 de 1.999.

Referido al segundo cargo, también son ostensibles los desaciertos técnicos; para evidenciarlo, contrasta la formulación y desarrollo del mismo con claras directrices de la Sala sobre la vía indirecta y el error de hecho.

No obstante, en el fondo tampoco demuestra el libelista que el fallador hubiese tergiversado el testimonio de Alonso Ospina o la versión injurada del procesado, haciéndose evidente de sus afirmaciones un problema de contraposición de criterios valorativos.

Tampoco admite ningún reparo los indicios extractados por el Tribunal, pues lo que hizo fue cotejar las pruebas, fijando su relación interna y su correspondencia, sin que sea dable afirmar yerros por dar el sentenciador credibilidad a algunas y negárselo a otras probanzas, conforme se desprende del contenido del fallo que reproduce.

Se refiere el Delegado específicamente al reconocimiento en fila de personas, toda vez que gracias a dicha diligencia practicada por los vigilantes de la Finca, pudo establecerse que MONTOYA MEJÍA pernoctó en la noche anterior al rescate de la víctima en una de las Fincas en que aquél permaneció; además de haber recibido de parte de aquél un establecimiento comercial, cuyo origen no es creíble que hubiera sido un negocio legal, si se tiene en cuenta que el propio Alonso Ospina refirió que además de la “lubriteca” tuvo que darle a “Gustavo”, amigo cercano del procesado “treinta millones de pesos”, pues de lo contrario, “me iban a mandar para el hueco”.

Destaca el Procurador Delegado la relación existente entre el demandante y Gustavo Grajales Olaya “a quien la misma víctima califica como cabecilla del secuestro”, como

que un familiar suyo lo conocía y se había hospedado en su casa de Bucaramanga, además, tan pronto se escucharon los disparos por razón del rescate de Alonso Ospina, “según información de ‘Juancho’ inmediatamente abandonó la finca, para programar viaje a Medellín, frustrado ante su captura”.

Es verdad que el fallador incurrió en desacierto al referirse a manifestaciones expuestas por el referido ‘Juancho’, ya que se trata de una referencia hecha por el procesado, como también verdad que la víctima incurre en algunas contradicciones, no obstante, el acierto de la sentencia es irrefutable, debiendo desestimarse el cargo.

Casación oficiosa

Si bien las censuras no prosperan, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, en procura de garantizar el debido proceso, el Ministerio Público solicita la casación parcial y oficiosa del fallo a partir del auto calificadorio fechado el 2 de diciembre de 1.994, en la medida en que la correcta tipificación de la conducta imputada sería de secuestro simple y no de este delito en la modalidad de extorsivo.

Precisa el Delegado que el Tribunal fijó como móvil del reato el cobro de una deuda; así mismo en su primera declaración Alonso Ospina, si bien no fue claro en las explicaciones alrededor de sus deudas, si señaló que su cuñado Gustavo Valencia Grajales venía presionándolo para que cancelara algunos dineros. Cita apartes del testimonio rendido por la víctima en donde se deja en claro sobre el motivo del secuestro que:

“Ellos dijeron que necesitaban plata, que necesitaban que vendiera la finca, que mi papá vendiera todo el ganado...que por cada día que me demorara ellos me cobarían diez mil dólares más...yo a Gustavo siempre le di como treinta millones de pesos en efectivo fuera de la lubriteca, pero yo se la dí a Gustavo porque él me acosó mucho, me

dijo que si no cancelaba esa plata, me iban a mandar para el hueco”.

A su turno, los señores Granados Fonseca y Valencia Gómez coincidieron en señalar que se enteraron que el secuestro se debía a una deuda.

Sobre esta base y, en consecuencia, dando por un incontrovertible hecho que el móvil delictivo estuviera en el cobro de una obligación, discrepa con la tipificación de esta conducta en el modelo de secuestro extorsivo, ya que correspondería, según su apreciación al de secuestro simple.

Precisa que no existe desde un punto de vista externo del comportamiento ninguna diferencia entre estas dos modalidades de secuestro, sólo que en la descripción que trae el artículo 268 del Código Penal ninguna conducta escaparía dada su amplitud, generándose a su turno confusión sobre el alcance de la conducta descrita por el artículo 269 idem.

Explica cómo en un Estado social y democrático, con protección de bienes jurídicos, se rechaza la definición de los ilícitos con la mera objetividad de las conductas, siendo el bien jurídico y el querer del sujeto los dos pilares sólidos para determinar su verdadero alcance. A partir de este criterio, encuentra que mientras en el secuestro extorsivo se pretende un lucro económico ilícito, si lo que se procura es un lucro económico lícito, sólo podría aceptarse la tipicidad de la conducta en el tipo de secuestro simple. Tanto es así, que en la extorsión se busca proteger un provecho pecuniario ilícito, y si se secuestra para ello se comete secuestro extorsivo, pero si se busca el pago de un crédito, el secuestro será simple.

Ha de tenerse en cuenta que cuando el artículo 268 amplía la gama de posibilidades al aceptar como propósito obtener “cualquier utilidad”, está haciendo perder el “rol de la tipicidad”, debiendo el intérprete introducirle restricciones “so pena de abrir los tipos hasta contrariar su funcionamiento sistemático frente a otros tipos y ampliar la punibilidad por

fuera del principio irreductible de la legalidad de los delitos y las penas”.

La calificación errada de la conducta, habría conducido a una falta de competencia y una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso al desconocerse las bases del juicio y contrariar el derecho de defensa”, de donde la nulidad procede a partir de la resolución acusatoria, desplazándose el conocimiento del asunto a los fiscales y jueces del circuito, sentido en el cual solicita se case la sentencia.

CONSIDERACIONES:

1. Ostensiblemente antitécnica es la proposición y desarrollo de la primera censura que el defensor del procesado MONTOYA MEJÍA ha propuesto contra el fallo impugnado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 220.3 del Código de Procedimiento Penal, esto es, teniendo como supuesto fundamento haber sido dictada la sentencia dentro de un proceso viciado de nulidad por vulneración del debido proceso.
2. Para comenzar, el planteamiento del libelista en ningún momento está referido a una circunstancia por si misma capaz de generar la nulidad del proceso, motivo por el cual tampoco acompaña las razones determinantes en que basa el pedimento de invalidación, a lo que se agrega la inesperada mención de temas absolutamente ajenos a la causal esgrimida, como lo son el hecho de que el Tribunal revocara la decisión absolutoria para en su lugar condenar al procesado, pues según al censor se le habría desconocido la “presunción de inocencia”, ya que de los medios probatorios obrantes no emerge la certeza para condenar, o que el fallo se dictó mediando una “verdadera vía de hecho” y más insólito que se refute por configurar la declaración de culpabilidad del procesado “una anfibológica teoría”, criticando abiertamente la valoración de las pruebas, en una elocuente actitud de desconocimiento sobre las reglas de la casación y específicamente sobre la causal propuesta.
3. Ahora, el argumento inicialmente expuesto para afirmar el desconocimiento de las

formas propias del juicio en este asunto, dice relación a la negativa por parte del juzgado de primera instancia a conceder la libertad provisional al procesado, no obstante haber dictado en su favor sentencia absolutoria y por ende concurrir la circunstancia prevista por el artículo 415.3 del Código de Procedimiento Penal que lo amparaba.

4. Siendo ello así, lo primero que necesariamente debe advertirse es que la pretendida irregularidad, así realmente tuviese respaldo legal, en ningún momento podría ser constitutiva de un vicio de tales características como para generar la afectación de la estructura fundamental del proceso y consiguientemente para tenerla como motivo de su invalidación, menos aún cuando trataríase de un hecho consolidado en el tiempo sin ninguna significación en esta etapa del proceso, máxime cuando la referida decisión absolutoria fue revocada, al impartirse por el ad quem fallo condenatorio por el delito de secuestro extorsivo en contra del sindicado.

5. Pero además, tampoco le asiste razón alguna en el fondo del planteamiento al actor, sobre la viabilidad de la causal de excarcelación aducida como efecto de haberse proferido en primera instancia sentencia absolutoria en favor de MONTROYA MEJÍA y que dice tener soporte legal en lo dispuesto por el artículo 415.3 del Decreto 2700 de 1.991 (Modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1.993).

Si bien como principio general dicho precepto contempla como causal de libertad provisional que se haya dictado en primera instancia “preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria”, sólo una parcial y por ende incompleta y equivocada lectura del texto normativo conduce a concluir conforme lo hace en su propuesta el actor, pues basta con completar la revisión de su contenido para encontrar que, acorde con el Parágrafo “En los delitos de competencia de los jueces regionales la libertad provisional procederá únicamente en los casos previstos por los numerales 2°, 4° y 5° de este artículo. En los casos de los numerales 4° y 5° los términos para que proceda la libertad provisional se duplicarán”, es decir que,

guardando estrecha relación con la particular regulación de los delitos que en la historia legislativa de la justicia especializada han sido de su competencia, dada la gravedad y connotación política y social que los mismos han tenido, no procede la causal de libertad a que alude el referido numeral tercero, valoración sobre cuyo contenido al realizar el juicio de exequibilidad se ocupó la Corte Constitucional en fallo C-394/94, como lo refiere el Ministerio Público, encontrándolo plenamente ajustado a la Carta Política.

El cargo debe desecharse.

6. Los desaciertos en la formulación y desarrollo del segundo cargo también son destacables.

Está fundado en la primera causal de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, afirmando la presencia de errores de hecho en la apreciación probatoria y específicamente que habría el Tribunal tergiversado el testimonio del ofendido, la indagatoria del procesado y los indicios deducidos en contra de éste.

7. Comienza el censor por efectuar una extensa transcripción de aquellos apartes del fallo del Tribunal en los cuales el juzgador se ocupa de valorar las pruebas que en contra de MONTROYA MEJÍA obran en el proceso, concluyendo inmediatamente que de esta previa cita surge ostensible el “error IN FACTO”, es decir, que sin mediar fundamento alguno, da por demostrado aquello que precisamente configura el error fáctico anunciado.

Toma enseguida como referencia lo expuesto por Alonso Ospina en declaración fechada el 3 de agosto de 1.995 y reiterada en similar sentido el día 18 del mismo mes y año, de conformidad con la cual, según opinión de aquél, MONTROYA MEJÍA no habría tenido “nada que ver con -el- secuestro”.

8. Para entender esta aseveración por parte de la víctima, imprescindible es precisar que su secuestro fue aparentemente urdido por familiares y personajes por él conocidos,

como también señalar que aun cuando no se estableció con certidumbre la ocupación del propio Alonso Ospina, a parte de sus últimas afirmaciones referidas al hecho de que el plagio se habría efectuado debido a algunas deudas cuyo origen tampoco fue conocido en el proceso y que hasta se atribuyó a actividades ilícitas, es lo cierto que algunos días previos al plagio, una “Lubriteca” de propiedad de éste y de su esposa, fue “vendida” a MONTOYA MEJÍA, como parte de pago de la millonaria “deuda”, sin que esta transacción hubiese cubierto su monto.

9. Pues bien, se recuerda lo anterior, como quiera que el actor alude al hecho de haber falseado el sentenciador el contenido de la ampliación de testimonio rendido por Alonso Ospina los días 3 y 18 de agosto de 1.995, dentro de los cuales preguntado sobre la participación que el procesado habría tenido en el delito expresó “Pues yo pienso que él no tuvo nada que ver con mi secuestro”.

No concretó, como era deber del demandante, en qué aspectos de la deposición de la víctima, el Tribunal modificó su material sentido, haciendo decir a ésta algo contrario o por lo menos diverso de lo afirmado.

Ahora, si se observa con detenimiento el fallo, indiscutiblemente debe aceptarse que el juzgador de segundo grado no sólo tiene en cuenta esta prueba, sino que lo hace reconociendo su literal contenido. En efecto, así se alude en la sentencia sobre las declaraciones de Alonso Ospina y la responsabilidad penal que corresponde a MONTOYA MEJÍA:

“La Sala no comparte el criterio del a quo cuando valora su actuación en los hechos como ajeno al delito del que le acusa la Fiscalía de primera y segunda instancia, pues las contradicciones en que incurre el señor Javier Darío Alonso Ospina cuando lo excluye de quienes participaron en el plagio y de quienes lo cuidaban, no son suficientes para predicar su ajenidad en los hechos, como se explica con antelación. Una cosa es

que no haya realizado materialmente la conducta de arrebatarse o sustraer y otra muy distinta que no hayan participado en el punible al cojugar cualquiera de los otros verbos rectores del tipo, como retener u ocultar, comportamiento que pone de manifiesto su presencia, en compañía de los demás coautores en la ciudad de Bucaramanga, en la casa de éss, en la finca donde retenían y mantenían oculto al plagiado, resultando capturado el día en que se efectuó el rescate, cuando de su lado se acababa de retirar otro de los coautores (Juancho) por señalamiento de uno de los menores a quien éste había enviado a la finca por la ropa y la grabadora”.

10. Por tanto, el juzgador analiza y refiere en su exacto contenido la referida prueba, sólo que advierte sobre las múltiples contradicciones en que en las diversa ampliaciones de su testimonio incurre Alonso Ospina, lo que impide darle plena credibilidad a sus dichos; en consecuencia, esta declaración, que como ya se advirtió si fue apreciada, cuando el cesor aduce que no lo fue “conforme a las reglas de la sana crítica”, lo único que hace palmario es su pretensión de que la valoración del mismo se hubiera adelantado con base en sus criterios, esto es, necesariamente en favor del procesado, perdiendo de vista que el juzgador desechó aquélla aseveración que negaba alguna participación de MONTROYA MEJÍA en el punible, ya que esta insular apreciación, no podría primar frente a los demás elementos de convicción allegados, más aún cuando enseguida el Tribunal se ocupa con especial detalle de la prueba indiciaria, también obrante en el proceso.

11. Tampoco es dable cuestionar, como lo hace el censor, el hecho de que en desarrollo del análisis de dicha prueba, el Tribunal hubiera colegido que la circunstancia de no haber observado la víctima a todos sus captores y especialmente a MONTROYA MEJÍA, por sí misma permita descartar la participación delictiva de éste, pues por el contrario, es de común ocurrencia en la comisión de esta clase de punibles que sus intervinientes oculten el rostro, o que sencillamente permanezcan distantes del lugar de los hechos y del sitio en el cual se tiene retenida a la víctima, situación más que explicable en el caso de autos, si se tiene en cuenta que Alonso Ospina conocía MONTROYA

MEJÍA; por tanto, no tergiversa en modo alguno el Tribunal el dicho de Alonso Ospina de no haber visto al procesado, al concluir que fue porque se mantuvo distante y no porque haya sido ajeno al delito, tratase en consecuencia, no de un debate sobre la errónea apreciación de las pruebas por parte del Tribunal, en el sentido del yerro acusado, sino de confrontar la valoración que de los distintos medios obrantes realizara el sentenciador.

12. Debe si reconocerse que cuando el Tribunal alude una afirmación de “Juancho”, es decir, Juan Diego Grajales Olaya, vinculado como persona ausente por haber tomado parte en el punible contra la libertad individual, lo hace dando por supuesto que se trata de un testigo, siendo que en realidad la expresión de aquél según la cual una vez enterado de los disparos que se produjeron en la finca aledaña al sitio en donde pernoctara MONTROYA MEJÍA y sobre el hecho de que allí se habría constatado un secuestro, éste expresó “y a mi qué?, yo no tenía nada que ver con eso...”, ciertamente corresponde a una narración del propio procesado, aspecto absolutamente intrascendente, como que la mención que de él se hace en el fallo, únicamente sirve al propósito de solventar con mayor holgura la prueba indiciaria deducida en contra del imputado, que igual, permanece incólume.

13. Finalmente, el casacionista culmina por generalizar los reparos a la sentencia, sin concretar los defectos que en el análisis de la prueba indiciaria habría incurrido el fallador, así como tampoco desde luego determina, dada la naturaleza de esta prueba, en qué extremo de la construcción de los indicios recae el yerro acusado.

Tampoco, desde luego, este cargo prospera.

14. Por último, en lo atinente con la solicitud de casación parcial y oficiosa que hace el representante del Ministerio Público, bajo el supuesto de que si, como según su concepto quedó demostrado, el secuestro de Alonso Ospina tuvo por móvil el cobro de una deuda,

el tipo penal que ha debido imputarse a los procesados debió ser el de secuestro simple y no extorsivo.

15. Debe en primer lugar forzosamente precisarse que, contrario a las afirmaciones del Delegado, no es en manera alguna claro dentro del proceso que el secuestro de Alonso Ospina hubiere tenido como propósito el cobro de una “deuda lícita”, siendo más de la índole de estas conductas el ilegal origen de las sumas presuntamente debidas, como acá mismo se advirtió al estar atribuidas a actividades de narcotráfico, por lo que el punto de partida de la propuesta que el Ministerio Público hace sobre el desacertado encuadramiento de la conducta realizada por los procesados, en el entendido de que el secuestro es simple o extorsivo dependiendo del origen del requerimiento, esto es de si tiene o no algún fundamento legal, configura una evidente petición de principio, como única posibilidad para desarrollar su teórico planteamiento.

16. Pese a lo anterior y para eliminar cualquier inquietud que pueda ciertamente verse reflejada a partir de su propuesta, sobre la manera como se adecuó en la ley penal la conducta de los procesados, la Sala se ocupará, brevemente, sobre el tema, debiendo recordar ab initio que ha sido su criterio reiterado el de considerar que en casos como el presente la correcta entidad típica del hecho corresponde a la descripción que hace el artículo 268 del Código Penal (Modificado por el artículo 1 de la Ley 40 de 1.993), ante lo cual rechazará la solicitud que en el referido sentido ha propuesto motu proprio el Delegado.

17. En efecto, dada la descripción típica que el Decreto 100 de 1.980 hizo en los artículos 268 y 269 de los secuestros extorsivo y simple, al introducir dentro de los elementos estructurales del primer modelo algunos ingredientes comportamentales subjetivos, se ha entendido que cuando se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su liberación un provecho o cualquier utilidad, si bien en principio puede no ser el referido beneficio de contenido patrimonial, indefectiblemente cuando la

finalidad pretendida es de esta índole, la correcta adecuación de la conducta corresponde al secuestro en la primera modalidad en cita, sin que desde luego pueda variar este criterio, como no sea con desmedro de su inequívoca definición legal, por el hecho de que en el ánimo del agente esté consolidar un interés económico lícito, esto es, para cuya exigencia tendría respaldo en el ordenamiento jurídico.

18. El Procurador Delegado aduce que depende de si el provecho o cualquier otra utilidad exigidos por el agente del delito son “lícitos” o “ilícitos”, que la tipificación de la conducta corresponda a la modalidad de secuestro simple o extorsivo, respectivamente. Este planteamiento está sustentado en una errada comprensión sobre el contenido y alcance que en la estructura del delito y específicamente en los referidos contra la libertad individual y otras garantías, tienen los ingredientes especiales del tipo normativos y subjetivos, agregando de su propia creación al tipo de secuestro extorsivo descrito por el artículo 268 del Código Penal, como base para la tesis propuesta, un elemento de contenido estrictamente jurídico, como es el atinente a “ilicitud” del beneficio pretendido, que evidentemente no prevé la norma, como si acontecía con la formulación que de esta conducta hacía el artículo 293 del Decreto 2300 de 1.936 y que, en consecuencia, hace artificiosa la propuesta o por lo menos de lege lata ajena por completo a la realidad normativa que actualmente nos enmarca.

19. Sobre este particular, oportuna es la cita del fallo de casación radicada con el No. 5458, de fecha 30 de octubre de 1.991, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, en cuanto atañe a que una fundamentación como la propuesta por el Delegado:

“...parte de un supuesto confuso y falso. En relación con lo primero..., se equivocan los conceptos de ingrediente o elemento subjetivo del tipo con el normativo, pues si la diferencia en la configuración de las disposiciones...radica en la en la ilicitud de la exigencia motivo de la privación de la libertad del secuestrado, ello

corresponde a una valoración que supone la existencia de la exigencia misma y no al particular ánimo con que se obra, el cual, según se argumenta, sería de la estructura de las dos formas de Secuestro en discusión.

Empero, lo realmente fundamental en la apreciación del planteamiento del actor, es que la ilicitud de la utilidad o provecho a que se refiere como integrante del tipo de secuestro extorsivo, no la contempla la norma.

Como se puede ver, no contemplan estas preceptivas referencia alguna ala ilicitud de la exigencia, bastando en el Secuestro extorsivo el ánimo o propósito de obtener utilidad cualquiera en la privación de la libertad de una persona para su estructuración, mientras en el Secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto”.

Pero además, una exigencia de esta índole no tiene cabida en la regulación que del delito de secuestro contempla el estatuto penal, toda vez que:

“...corresponde, por supuesto, a la lógica de un sistema fundado en la protección de bienes jurídicos previamente configurados. De acuerdo con ella, si a través de tipo de secuestro se pretende la tutela de la libertad, mal puede condicionarse ese objetivo a la presencia o ausencia de valoraciones que lo harían irrealizable... Una exigencia de que la utilidad propuesta on el secuestro sea ilícita, implicaría la autorización de que pueda privarse de la libertad a una persona para demandar el cumplimiento de prestaciones lícitas, con lo cual el tipo estaría paradójicamente, prohibiendo y permitiendo la conducta en postura verdaderamente absurda”.

En similar sentido y sobre supuestos fácticos sustancialmente idénticos a los debatidos en este asunto, es la colisión radicada con el No. 9488 del 3 de septiembre de 1.994, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda y últimamente la colisión radica con el No. 12.710 del 3 de julio de 1.997 con ponencia del Magistrado doctor Fernando Arboleda Ripoll.

La propuesta oficiosa del Delegado, resulta por consiguiente inatenable, toda vez que la calificación jurídica de secuestro extorsivo dada a la conducta imputada a MONTOYA MEJÍA, es acertada.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

No hay firma

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruíz Núñez

Secretaria