

Proceso N° 15204

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 131

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil (2000).

V I S T O S

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los defensores de ALIRIO RUEDA NAVARRO, EDGAR ALFONSO PÉREZ COY y CARLOS AUGUSTO DEVIA BARBOSA contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, el 12 de febrero de 1998, por medio de la cual al revocar parcialmente la dictada por un juzgado regional de Santafé de Bogotá, el 16 de mayo de 1997, condenó a los dos primeros a la pena principal de 28 años de prisión y multa de 110 salarios mínimos legales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerza pública y falsedad material de particular en documento público agravada por el uso.

Al tercero lo condenó a las penas principales de 27 años de prisión y multa de 110 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de 10 años, como coautor del delito de secuestro extorsivo.

HECHOS

Fueron sintetizados así por el Juzgador de segunda instancia:

“Sucedieron el día 30 de mayo de 1994 alrededor de las seis de la mañana. Ese día arribaron varios sujetos (aproximadamente ocho) a la residencia del señor Jorge Eliécer Calle González, Cajero principal del Banco Popular, sucursal Siete de Agosto, situada en la transv. 73 N° 88A-41, int. 18. De dicho lugar, aduciendo pertenecer a la Fiscalía General de la Nación, para lo cual exhibieron un carné que los acreditaba como tales, se llevaron al antes mencionado con el prurito de que ese organismo lo requería para ser escuchado en indagatoria por hechos ocurridos en el Banco Cafetero.

“El señor Calle González fue movilizado en un vehículo de servicio público (taxi color amarillo) por algunos de los sujetos, mientras otros permanecieron en su casa vigilando a su esposa e hijos menores de edad, a quienes no se les permitió concurrir a sus actividades estudiantiles.

“En el trayecto hicieron saber al Cajero principal sobre la necesidad de pasar primero por la entidad bancaria en donde laboraba éste, y una vez dentro de la misma, tras someter con armas de fuego y artefactos explosivos al vigilante y a los empleados que allí se encontraban, obligaron a aquél a suministrar las claves de la caja fuerte con la amenaza de causársele daño a su familia si se negaba. De esa manera, lograron apoderarse de la suma de cincuenta y un millones de pesos (\$51.000.000.00) en efectivo.

“Los asaltantes emprendieron la huida cuando advirtieron la presencia del gerente del Banco, quien sospechando lo que ocurría buscó auxilio en las autoridades, las que al enterarse de los pormenores del ilícito se desplazaron hacia la residencia del señor Calle González, y en inmediaciones de la misma fue retenido Ernesto Iván Martínez Daza, quien luego de ser interrogado finalmente accedió a colaborar con la

autoridades, y fue así como condujo a éstas a la residencia de Edgar Alfonso Pérez Coy, siendo éste capturado junto con Alirio Rueda Navarro cuando en un taxi arribaban al lugar indicado. En el interior del vehículo fue hallado un maletín con cinco millones de pesos (\$5'000.000.00) y un revólver Smith & Wesson calibre 38. Al ser registrada la casa de habitación del antes mencionado, se encontró un revólver, también calibre 38 con seis cartuchos, una caja de munición del mismo calibre y radio de comunicaciones marca Kenwood.

“Con base en las informaciones suministradas por los antes aprehendidos, quienes igualmente accedieron a prestar colaboración, las autoridades se dirigieron al Barrio Kennedy en una de cuyas residencias fueron aprehendidos Carlos Augusto Devia Barbosa y Miguel Angel Vargas Silva, tras hallarse en la misma la suma de cuatro millones trescientos mil pesos en efectivo (\$4'300.000.00), así como radios de comunicación, dos granadas, una de fragmentación y otra de aturdimiento, y un carné a nombre de Carlos Fernando Murillo Martínez, supuesto Jefe de Seguridad de la Fiscalía General de la Nación, en cuya parte superior derecha figura una fotografía de Devia Barbosa.

“Al anterior resumen episódico es necesario aclarar que la suma de dinero objeto de apoderamiento fue realmente de \$50.000.000.00”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en las diligencias preliminares, un fiscal regional de la SIJIN MEBOG, mediante resolución del 31 de mayo de 1994, ordenó la apertura de la instrucción.

Escuchados en indagatoria Miguel Ángel Vargas Silva, Carlos Augusto Devia Barbosa, Edgar Alfonso Pérez Coy, Ernesto Iván Martínez Díaz y Alirio Rueda Navarro y allegados

plurales medios de convicción, la situación jurídica les fue resuelta, el 14 de junio siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerzas armadas y hurto calificado y agravado.

EL 1° de julio del mismo, se admitió la demanda de constitución de parte civil.

Ampliadas las indagatorias de los procesados, el instructor, con resolución del 25 de agosto de 1994, adicionó la medida de aseguramiento, toda vez que, además, les imputó los delitos de secuestro extorsivo y uso de documento público falso.

El sindicado Carlos Augusto Devia Barbosa se acogió al instituto de la sentencia anticipada en cuanto hace referencia a los delitos de porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerzas armadas y de defensa personal, hurto calificado y agravado y uso de documento público falso.

Edgar Alfonso Pérez Coy, también se acogió a ese instituto y aceptó los cargos por el porte de armas de defensa personal y hurto.

La investigación se cerró el 5 de enero de 1995 y el 4 de mayo siguiente, el fiscal regional de la Unidad de Antiextorsión y Secuestro que ya conocía de la actuación, calificó el mérito del sumario de la siguiente manera:

1.- Acusó a Ernesto Iván Martínez Díaz y Alirio Rueda Navarro por los delitos de secuestro extorsivo, secuestro simple, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerzas armadas y falsedad material de particular en documento público.

2.- Acusó a Carlos Augusto Devia Barbosa por los delitos de secuestro extorsivo y secuestro simple.

3.- Acusó a Edgar Alfonso Pérez Coy por los delitos de secuestro extorsivo, secuestro simple y falsedad material de particular en documento público.

4.- Precluyó la investigación en favor de Miguel Ángel Vargas Silva.

Apelada que fue la anterior decisión, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, la confirmó parcialmente, el 3 de agosto de 1995, toda vez que adoptó las siguientes determinaciones:

a. Aclaró que la acusación proferida en contra de Ernesto Iván Díaz y Alirio Rueda lo era por los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y agravado, infracción al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986 y uso de documento público falso.

a. Aclaró que la acusación proferida en contra de Carlos Augusto Devia Barbosa es por el delito de secuestro extorsivo.

a. Aclaró que la resolución de acusación dictada en contra de Edgar Pérez Coy es por los punibles de secuestro extorsivo, hurto calificado y agravado, uso de documento público falso e infracción al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

d) Revocó la preclusión de la investigación proferida en favor de Miguel Ángel Silva y, en consecuencia, dispuso devolver la actuación a la Fiscalía. “para que el a quo si lo estima procedente clausure la investigación y proceda ahí si a calificar el mérito de las sumarias, única oportunidad en que se puede declarar extinguida la acción penal por dudas, esto es, porque no es factible proferir una resolución de acusación”.

El expediente pasó a un juzgado regional de Santafé de Bogotá que, luego de tramitar el juicio, dictó la sentencia de primera instancia, el 16 de mayo de 1997, en la que tomó las siguientes decisiones:

1.- Condenó a Ernesto Iván Martínez Díaz y a Alirio Rueda Navarro a la pena principal de 8 años y 2 meses de prisión, como coautores de los delitos de hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de usos privativo de las fuerzas armadas y falsedad material de particular en documento público agravada por el uso.

2.- Condenó a Edgar Alfonso Pérez Coy a la pena principal de 4 años de prisión, como autor de los delitos de porte ilegal de armas de fuego de usos privativo de las fuerzas militares y falsedad material de particular en documento público.

3.- Absolvió a Ernesto Iván Martínez Díaz, Alirio Rueda Navarro, Edgar Alfonso Pérez Coy y Carlos Augusto Devia Barbosa del delito de secuestro extorsivo.

4.- Condenó a Ernesto Iván Martínez Díaz, Alirio Rueda Navarro y Edgar Alfonso Pérez Coy a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual a la privativa de la libertad.

5.- Condenó a Ernesto Iván Martínez Díaz y Alirio Rueda Navarro al pago de los perjuicio materiales y morales por la suma equivalente a cinco mil gramos oro.

En razón a la consulta y por virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensora de Edgar Alfonso Pérez Coy, el Tribunal Nacional, al conocer del expediente, el 12 de febrero de 1998, modificó la decisión, así:

a. Condenó a Ernesto Iván Martínez Díaz y a Alirio Rueda Navarro a las penas principales de

28 años y 6 meses de prisión y multa de 110 salarios mínimos legales mensuales, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerzas armadas y falsedad material de particular en documento público agravada por el uso.

b) Condenó a Edgar Alfonso Pérez Coy a las penas principales de 28 años de prisión y multa de 110 salarios mínimos legales mensuales, como coautor de los delitos de secuestro extorsivo, porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerzas armadas y falsedad material de particular en documento público agravada por el uso.

c) Condenó a Carlos Augusto Devia Barbosa a las penas principales de 27 años de prisión y multa de 110 salarios mínimos legales mensuales, como coautor de secuestro extorsivo.

d) Modificó y adicionó el numeral quinto de la sentencia, en el sentido de condenar a Ernesto Iván Martínez y a Alirio Rueda Navarro al pago de \$40.700.000.00 “más los intereses causados conforme se señaló en la presente providencia, en favor del Banco Popular”. Igualmente, condenó a Edgar Alfonso Pérez Coy y Carlos Augusto Devia Barbosa al pago equivalente en moneda nacional a 100 gramos oro, “en favor del señor Jorge Eliécer Calle González, su cónyuge y sus hijos”.

a. Condenó a Ernesto Iván Martínez Díaz, Alirio Rueda Navarro, Edgar Alfonso Pérez Coy y Carlos Augusto Devia Barbosa a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de 10 años.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1.- Demanda presentada a nombre de Carlos Augusto Devia Barbosa.

Al amparo de la causal tercera de casación el defensor presenta dos cargos contra la

sentencia. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo:

Dice que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso, en razón a que se vulneró el principio del non bis in idem, con claro desconocimiento a lo reglado en los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 1° y 304.2 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que llamó “EXPLICACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL CARGO”, dice que Devia Barbosa fue acusado como coautor impropio de los hechos perpetrados el 30 de mayo de 1994. Que el acusado en la diligencia de formulación y aceptación de cargos no aceptó la comisión el delito de secuestro extorsivo.

Que en la sentencia anticipada dictada el 13 de enero de 1995, se le condenó a la pena principal de 77 meses y 10 días de prisión, como coautor de los delitos de hurto calificado y agravado (art. 350.1.2 y 351.4.10 del C.P.), “porte ilegal de armas y uso de documento público falso”, la que fue confirmada por el Tribunal Nacional, el 5 de julio de 1995, sólo con la modificación de que suprimió la causal contemplada en numeral 2° del artículo 350 del Código Penal, por lo que la pena privativa de la libertad fue rebajada a 65 meses y 10 días de prisión.

En lo que atañe al delito de secuestro extorsivo, dice que el juzgado regional lo absolvió, sentencia que fue revocada por el Tribunal Nacional.

En otro acápite que denominó “un solo hecho con doble reproche judicial”, luego de reseñar los “hechos probados”, según su propia estimativa, y de transcribir varios apartes de los fallos de instancia proferidos en contra de su defendido cuando se acogió al instituto de la sentencia anticipada, dice que su representado ya fue juzgado, “en el sentido de que la simulación de autoridad desplegada por CARLOS AUGUSTO

DEVIA BARBOSA en coautoría impropia para acceder y permanecer en la residencia del Cajero se tipificó y juzgóconforme a lo normado en el art. 351-4,...”.

Así, entonces, dice que en el fallo que ataca, y no obstante haber sido ya condenado, por virtud de la sentencia anticipada, por la conducta reglada en el artículo 351.4 del Código Penal, se le condenó por el delito de secuestro extorsivo, “refiriéndose a la misma conducta, es decir, el acceso y permanencia en la residencia del cajero Calle González”, resultando condenado a una pena de 27 años de prisión.

Por tal motivo, asegura que su defendido fue condenado dos veces por los mismos hechos -haber ingresado a la residencia de la citada familia de manera engañosa y aduciendo calidad de autoridad-, ya que en la sentencia anticipada dicho comportamiento fue adecuado a la circunstancia prevista en el artículo 351.4, y como secuestro extorsivo en el fallo en el que se solicita la casación.

En el acápite que tituló “LESIVIDAD Y TRASCENDENCIA”, aduce que como resultado de “esa doble condena”, su defendido ha visto afectada su libertad, ya que se le agregó, como pena privativa de la libertad, 27 años más de privación de su libertad, impidiéndosele que se reintegre a la sociedad “ y a su hogar para continuar cumpliendo sus funciones de ciudadano, esposo y padre”.

Como normas violadas cita los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 9° del Código Penal y 1° y 15 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad “de la condena allí proferida”.

Segundo cargo:

Arguye que el fallador dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación al debido

proceso, en razón a que al procesado se le desconoció la garantía consagrada en el artículo 31 de la [Constitución Política](#).

Sostiene que el Tribunal al desatar del recurso de apelación interpuesto por otro coprocesado contra el fallo de primera instancia, hizo extensiva la revisión a “la totalidad de la providencia conforme a las facultades del grado jurisdiccional de consulta”.

Sin embargo, dice que leyendo el citado artículo 31, se observa que la vocal “o” es una conjunción disyuntiva que “denota alternativa o subsidiaridad. En otras palabras el texto constitucional en cita nos dice que ciertas sentencias -conforme a la ley (art. 206 C.P.P.) podrán ser apeladas o consultadas, en una opción alternativa que deja la consulta como grado jurisdiccional subsidiario cuando no se presenta la apelación.

Esto es que la Constitución ha privilegiado -para el cumplimiento de la doble instancia- la iniciativa del interesado para acudir en apelación y que solamente, de no presentarse ésta, podrá la Administración de Justicia, mediante su autoridad de instancia, revisar el proveído con las amplias facultades de la consulta”.

Dice que situación diferente se presentaría “si el constituyente en la redacción del mencionado artículo 31 hubiera utilizado la ‘ y ’ en lugar de la ‘ o ’, pues en tal caso quedaría sin vigencia la prohibición de reformar en perjuicio, “por cuanto toda providencia de las consagradas en el citado artículo 206, podría ser revisada y/o modificada a voluntad del juzgador de segunda instancia, independientemente que el implicado o interesado hubiere ocurrido o no en apelación”.

Agrega que en este caso también sería irrelevante el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la diferenciación de las facultades del juez de segunda instancia, según se trate de la apelación o de la consulta, por cuanto siempre tendría las facultades ilimitadas de esta última.

Por lo expuesto, manifiesta que en el presente asunto resulta evidente la violación del multicitado art. 31 de la C.P., “cuando no obstante recibir el asunto en apelación resuelve de manera concurrente abordarlo en consulta con resultados desfavorables ya conocidos para mi defendido”.

Posteriormente copia apartes de las sentencias T- 474 de julio de 1992 y 555 de 1996 de la Corte Constitucional y agrega que el Tribunal Nacional habría obrado en derecho si la sentencia hubiere llegado a esa instancia judicial por virtud de la consulta.

En el capítulo que llamó “LESIVIDAD Y TRASCENDENCIA”, asevera que dicha situación “injurídica” conllevó un agravio en contra de su defendido, pues desmejoró su situación legal, “al pasar de un ciudadano inocente, absuelto por la justicia, a coautor de un crimen especialmente reprochado por la norma y repudiado por la sociedad como lo es el secuestro extorsivo”

Como normas violadas cita los artículos 29, 31, 121 y 122 de la Constitución Política y el 206 del C. de P.P.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad de la condena proferida en contra de Carlos Augusto Devia Barbosa.

2.- Demanda presentada a nombre de Edgar Alfonso Pérez Coy.

Con apoyo en las causales primera y tercera formula dos cargos contra la sentencia, de la siguiente manera:

Primer cargo:

Dice que la actuación se encuentra afectada de nulidad, conforme lo estipula en numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, pues si el fallo de

primera instancia fue impugnado por la defensora del coprocesado Pérez, la competencia del Tribunal Nacional estaba limitada a desatar la apelación, por lo que operaba la limitación constitucional y legal consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política y 17 del Código de Procedimiento Penal.

Asevera que no comparte la afirmación del Tribunal, según la cual tenía plena competencia para conocer de la sentencia de primera instancia, en razón a la consulta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, ya que considera que esta última no era procedente por virtud del recurso de apelación interpuesto.

A continuación agrega:

“El texto legal invocado es suficientemente explícito y claro y por ello no se puede desatender su contenido literal, so pretexto de consultar su espíritu, como lo establece de manera prohibitiva el artículo 27 del Código Civil, dentro de las normas que consagran los principios de la interpretación de la ley.

“Ninguna de las partes del precepto citado puede ser calificada de oscura, para que así resultara autorizada una interpretación con base en el espíritu que inspiró al legislador en su expedición, o en la historia contenida en los anales del trámite de esa ley, como lo reafirma el inciso 2° del artículo 27 que se menciona.

“Así las cosas, en lo tocante con la situación legal del procesado PÉREZ COY el recurso de apelación exigía, como parte del debido proceso, que el Tribunal de segunda instancia avocara su conocimiento, exclusivamente, a través del medio de impugnación invocado, quedando excluida, en su caso, cualquier clase de consulta sobre el fallo pronunciado en primer grado”.

Afirma que como el Tribunal obró de manera contraria, al revisar el proceso a través de la consulta, se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 304 del

Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, asevera que la petición de nulidad cobra mayor fuerza, cuando se advierte que los demás sujetos procesales -Fiscalía, Procuraduría y parte civil - no recurrieron el fallo de primera instancia, por lo que al Tribunal no se le dio la oportunidad “para revisar de manera más amplia el fallo”, “y de este modo mal podía el ad quem, sin extralimitar sus funciones y sin violar la garantía atrás precisada, examinarlo y modificarlo, para agravar la situación de PÉREZ COY, a través de la consulta que, en lo a él atinente, no tenía existencia jurídica”.

Por lo expuesto, pide que se reconozca y declare que el proceso se encuentra viciado de nulidad, por lo que la Corte debe dictar el fallo de reemplazo, “impartiendo confirmación a la dictada en primera instancia”.

Segundo cargo:

Sostiene que el fallador violó directamente la ley sustancial, contenida en el artículo 268 del Código Penal, por aplicación indebida.

Manifiesta no compartir la condena que por el delito de secuestro se profirió en segunda instancia, ya que los hechos no se subsumen en ese tipo penal, por las siguientes razones:

1.- Califica como una grave equivocación que el fallador hubiese indicado que el bien jurídico protegido con este punible fuera el derecho a la locomoción que le asistía a los miembros de la familia Calle González, los que se encontraban vigilados por unas personas mientras se perpetraba el hurto en la entidad bancaria, toda vez que conforme al Título X, del Libro Segundo del Código Penal, bien sabido es que el derecho tutelado en el delito de secuestro es la libertad individual, “concepto éste que es de mayor amplitud al contenido en el de ‘libertad de locomoción’, puesto que aquél se refiere a todas las facultades que asisten a la persona humana y no solamente a la física de

transitar o caminar por algún lugar, a que se contrae la última”.

Por dicho motivo, enfatiza que la jurisprudencia ha enseñado que cuando se detiene a una persona, así sea violentamente y con el fin de hurtarle algunas pertenencias, en un sitio público o privado, “ello por sí no puede ser constitutivo del delito de secuestro”.

Agrega:

“Es que elementales reflexiones sobre el punto debatido no pueden sino conducir a concluir que esa sola circunstancia no alcanza a configurar delito de secuestro, porque, para que lo sea, la afectación de esa libertad del hombre debe cobijar la totalidad de los atributos inherentes, tal y como ocurre en casos verdaderamente sí constitutivos de aquél punible, relatados a diario por la prensa y consignados en pronunciamientos judiciales, en que a la víctima se le reduce a un espacio muy restringido, privándolo de toda clase de comunicación y afecto con sus seres queridos, quedando sometido para su alimentación y sustento en general a la voluntad de sus captores”.

Aduce que en el presente asunto, las personas permanecieron en su propia residencia, pudiendo desplazarse libremente dentro de ella “e inclusive dedicarse a la preparación de sus propios alimentos, como la de conversar entre ellos, acompañados, eso sí, por quienes habían penetrado, arbitraria y engañosamente, a esa casa”.

2.- Califica, igualmente, como error del fallador que hubiese afirmado que el secuestro extorsivo se configuró debido al “deseo de los autores del ilícito de evitar que efectuaran comunicación alguna con las autoridades, para poder llevar así a efecto el hurto que se proponían consumir contra aquella entidad bancaria”, cuando, como lo ha enseñado la jurisprudencia, ese comportamiento se subsume en el proceso de ejecución del hurto, presentándose un concurso aparente de tipos, de lo que colige que en este caso no existió secuestro ni simple ni extorsivo.

Anota que resultaría acertado afirmar que los familiares de Calle González fueron constreñidos a omitir o abstenerse de informar a la autoridades lo que acontecía “y también a que aquél suministrara las claves de la caja fuerte donde se guardaba el dinero que luego hurtaron los autores de los hechos”, conducta que, a su juicio”, se adecua mejor, de manera clara, indiscutible y justa al tipo penal denominado constreñimiento ilegal, descrito en el artículo 276 del C. Penal”.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver al procesado del delito de secuestro extorsivo.

3.- Demanda presentada a nombre de Alirio Rueda Navarro.

Único cargo

Acusa al fallador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que tergiversó su sentido, al hacerle producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

Manifiesta que es oportuno recordar las pruebas que fueron allegadas al inicio de la investigación, las que estima no fueron bien analizadas, las que llevan al Tribunal a dar como existente el delito de secuestro, agravándole la pena a su defendido.

Dice que con el informe N° 0271 del 31 de mayo de 1994, se puso a disposición de las autoridades “a unas personas como presuntas responsables del hurto al Banco Popular, sucursal Siete de Agosto”.

Reseña un aparte de la denuncia 054 presentada por el señor Calle, en el que éste dice que en su casa habían quedado personas de su familia y que si no abría la caja fuerte las mataban.

También se refiere al informe suscrito por el Subcomandante de la Décima Segunda Estación de Policía, en el que pone a disposición a unos individuos que bajo amenazas obligaron al cajero principal del Banco Popular a que abriera la caja fuerte, llevándose gran cantidad de dinero.

Esas pruebas, dice, lo llevan a concluir que la idea criminosa de los acusados era la de apoderarse de los dineros del banco, por tal razón fue que decidieron a través de la utilización de la violencia retener, bajo amenazas, al señor Jorge Calle González, para lo cual se dividieron el trabajo delictual: unos en la casa de dicho señor para que sus moradores no dieran aviso a la autoridades; y los otros, con él, razón por la cual ese comportamiento se adecua al tipo penal de hurto contemplado en el artículo 350.1, toda vez que el concepto de violencia resulta necesario para su tipificación, siempre y cuando sea un medio para la consecución del fin previsto.

Luego de resaltar en qué consiste la violencia, dice que “la retención y las amenazas ejecutadas sobre el señor Calle se constituyeron como un mecanismo viable para el apoderamiento de los dineros del Banco, pues sin ella seguramente no hubiera sido factible que aquél en forma voluntaria hubiera acompañado a los autores y mucho menos hubiera abierto la caja de seguridad de la entidad, de donde finalmente sustrajeron los valores conocidos, pues esa era su única y real intención”.

Anota que lo mismo debe colegirse respecto de quienes se quedaron en la residencia del señor Calle vigilando a su familia, ya que con dicha vigilancia no se pretendía privarlos de su libertad de locomoción, sino asegurar el producto de su comportamiento.

Resalta que al considerar que frente a la violencia ejercida sobre las personas que implique privación de la libertad, para el apoderamiento de sus bienes, siempre hay concurso de delitos, se desnaturaliza uno de los elementos del delito de hurto calificado y se viola el principio del “non bis in idem”, como ocurrió en este caso “en virtud de error de

hecho”.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar el fallo recurrido y, en consecuencia, dictar el que deba reemplazarlo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO

DELEGADO EN LO PENAL

1.- Demanda presentada a nombre de Carlos Augusto Devia Barbosa

Primer cargo:

Con apoyo en una providencia de esta Corporación afirma que el cargo planteado por la causal tercera, por cuanto a juicio del casacionista al procesado se le vulneró el postulado del non bis in idem, se ajusta a la técnica casacional, pero el mismo no tiene vocación de éxito.

En efecto, luego de resaltar los pormenores procesales en torno a los delitos que el procesado aceptó haber cometido, acogiénose al instituto de la sentencia anticipada y por los cuales fue condenado, y de los punibles objeto de esta sentencia que recurre, afirma que la condena impuesta por el delito de hurto calificado y agravado, “en modo alguno se erige como reproche del ingreso de los asaltantes al referido inmueble, todo lo contrario, como atrás se advierte, respondió a la actitud asumida por Devia Barbosa y su compañeros con posterioridad a ese hecho, es decir, el asalto a la entidad financiera”.

Por lo expuesto, opina que la nulidad que denuncia no está llamada a prosperar, pues los actos que tilda como juzgados en dos oportunidades no fueron comprendidos en la sentencia anticipada, pues “en este proceso se juzgó un hecho diverso, esto es, la

retención arbitraria de la que fue objeto la familia Calle González, en el objetivo de obtener un provecho ilícito, una vez que obligaron a Jorge Eliécer Calle González en su calidad de cajero principal de ese banco a abrir la bóveda de valores; conducta que fue catalogada válidamente como secuestro extorsivo”.

De otro lado, recuerda que conforme lo dispone el artículo 26 del Código Penal, quien con una acción u omisión o con varias de ellas, vulnera diversas disposiciones de la ley penal o simultáneamente la misma, incurre en un concurso delictual como el que aquí se presenta. Ahora bien, si varios comportamientos ilícitos son juzgados en procesos diversos, tampoco se entiende vulnerada la garantía que reclama.

Estima que el cargo está llamado al rechazo.

Segundo cargo:

Dice que resulta evidente que el libelista equivocó la vía del ataque para demandar la transgresión del postulado contemplado en el artículo 31 de la Constitución Política, pues, como lo ha reiterado la Corte, dicho cometido debe cumplirse con apoyo en la causal primera de casación y no en la tercera, infringiendo el principio de autonomía que rige a la casación.

Luego de copiar una decisión de esta Corporación en torno al tema, agrega que tampoco le asiste la razón, pues dicha garantía se encuentra consagrado para aquellos eventos en los que el procesado acude a la segunda instancia como consecuencia del recurso de apelación, o a la Corte por virtud de la casación, “frente a sentencias de carácter condenatorio, como se deduce del texto de los artículos 31 de la Carta, 217 y 227 del C. de P.P, en los que el constituyente y legislador expresamente han supeditado la operancia de ese instituto, respecto de aquellos fallos en los que se ha proferido una condena en contra de quien concurre ante ese superior en calidad de recurrente único; garantizándosele que en esos casos no se agravará su situación punitiva”.

Agrega:

“Bajo esas premisas, es indudable que en el caso sub examine al actor por manera le era dable alegar la operancia de esta prohibición de reformar en perjuicio la situación de su prohijado, como que de una parte sin mayores esfuerzos se colige que a Devia Barbosa, antes que haberlo condenado, el a quo lo favoreció con un fallo absolutorio y, de otra, en tanto en cuanto dicho procesado ni siquiera apeló esa decisión y, por ende, no puede ahora catalogársele como apelante único

“Luego, al no presentarse los presupuestos sine qua non para la aplicación de los efectos de la garantía de la non reformatio in pejus, para la Delegada es indudable que ninguna razón de ser le asiste a la propuesta casacionista, cuando acude a esta sede de extraordinaria de impugnación en procura que se ampare a su defendido en el contexto de las proyecciones positivas de la prohibición contenida en el marco constitucional”.

Aduce que tampoco los argumentos expuestos por el libelista, en el sentido de que el Tribunal no podía revisar la sentencia de primera instancia por vía de la apelación y, simultáneamente, “en forma ilímite en atención al grado jurisdiccional de la consulta”, han sido de recibo por la Corte “basándose en unos supuestos procesales in intergum compartidos por la Delegada”.

En efecto, sostiene que en sana hermenéutica se llegó a concluir que la consulta “debe ser desarrollada por el superior de quien ha proferido esas determinaciones, sin restricción alguna frente a sus contenidos”, pues no puede estar supeditada a la actitud que asuman los sujetos procesales, como sí sucede con los recursos, “ni mucho menos a la voluntad del funcionario que ha dictado la respectiva providencia”.

Luego de resaltar que al libelista no le asiste la razón y de realizar referencias y transcripciones de decisiones de esta Corporación, califica como infundada la censura

“pues la revisión ilímite de ese fallo fue habilitada por ese grado jurisdiccional de conocimiento, el que, como quedó claro, no se ve desplazado por la apelación desplegada por los otros sujetos procesales”, por lo que estima que el cargo no está llamado a prosperar.

2.- Demanda presentada a nombre de Edgar Alfonso Pérez Coy.

Primer cargo:

Como quiera que los argumentos expuesto por el libelista coinciden con los conceptuado en precedencia, la Delegada se remite a ellos, concluyendo que este reproche debe ser rechazado.

Segundo cargo:

Conceptúa el Procurador Delegado que en su desarrollo, como el actor lo anuncia, no elabora discursos de oposición probatoria, pero “de todos modos es evidente que sus argumentos por manera redundan en la demostración del yerro de selección normativo que atribuye a la sentencia”.

Sostiene que teniendo en cuenta los argumentos del libelista, según los cuales el Tribunal consideró que el bien jurídico tutelado en el artículo 268 del Código Penal es el de locomoción, siendo que según la misma codificación es el de la libertad individual, si se advierte que el fallador hizo alusión al derecho de locomoción, en el entendido que la acción desplegada por los procesados afectó ese derecho propio de las personas retenidas, el que se ubica en el concepto de la libertad individual que aquí se vio truncada.

Agrega:

“...la familia Calle González fue sometida a una retención que incluso derivó en

detrimento de la posibilidad de abandonar el inmueble o de comunicarse con personas al exterior de esa vivienda, en procura que no dieran aviso a las autoridades policivas, al extremo que en ese cometido ilegal, inutilizaron la línea telefónica y, de contera ubicaron su comportamiento en el verbo rector de 'retener' al que alternativamente el legislador le imprime las consecuencias punitivas que ahora pesan en contra de Devia Barbosa".

En consecuencia, estima que con esa actitud arbitraria a que fueron sometidas las víctimas, se conculcó el derecho de locomoción, término utilizado por el sentenciador, sin que ello desnaturalice el menoscabo del bien jurídico tutelado por el delito de secuestro, "posibilitándose así el reproche penal dispuesto en contra del procesado en su calidad de coautor de ese injusto".

De otro lado, en lo que atañe a la afirmación del libelista, en el sentido de que la jurisprudencia ha convenido en señalar que la retención de una persona a fin de hurtarle sus bienes forma parte de este punible y no configura secuestro, manifiesta que no señaló "cuáles son los contenidos del concepto de libertad individual, ni mucho menos las sentencias de los jueces de instancia a los que in genere alude..", pero de todos modos, insiste, el comportamiento desplegado por los procesados encaja en la descripción típica del secuestro.

En cuanto a que la conducta de los procesados podría adecuarse típicamente en el delito de constreñimiento ilegal, asevera que con ese aserto el libelista cometió un yerro de técnica casacional, al proponer "al interior de este cargo, formulado al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, alegaciones que dicen relación con la causal tercera de nulidad, pues si su cometido de impugnación, como se evidencia, en últimas era el de demostrar que al comportamiento de su defendido se le otorgó una denominación errada, es a esta vía de ataque a la que indudablemente ha debido acudir, más no a la que ab initio pregona".

Luego de reforzar esta afirmación con un fallo de esta Corte, asevera que el recurrente mezcló consideraciones inherentes a otra causal distinta a la enunciada, afectando los postulados de no contradicción y de autonomía, que la Sala, por virtud del principio de limitación, no puede corregir.

A continuación pasa a explicar las razones por las cuales considera que la conducta de los procesado se adecua típicamente al delito de secuestro y no sólo al de hurto contenido en el artículo 350.1 del Código Penal, resaltando que el primero de los punibles citados se perfecciona cuando sin justificación alguna la persona es privada físicamente de su libertad, “en desarrollo de uno u otro de los comportamientos alternativos a los que se refiere dicha norma, esto es, arrebatarla, sustraerla, retenerla u ocultarla, en procura de obtener un provecho ilícito, o que se haga o se omita la realización de una actividad...”.

Concluye:

“Y, para abundar en razones, dígase que en el decurso de los hechos objeto de examen, se presentan como perfectamente escindibles las circunstancias que dicen relación con el apoderamiento del dinero de la caja de valores de la entidad bancaria y la retención violenta de la que fueron víctimas los miembros de la familia del Cajero Calle González, pues, una y otro de dichas acciones adquiere relevancia temporo-especial y, desde luego jurídica, determinándose así, para el caso, la estructuración del secuestro extorsivo, por cuanto la violencia entendida como acto encaminado a la apropiación de los bienes del banco, desde una perspectiva óptica se reporta in integrum separable del forzado desplazamiento que de la esfera de su actividad voluntaria, fueron objeto dichas personas.

“Por último, ha de decirse, con el ad quem, que la retención a la que fue sometida la familia de Jorge Eliécer Calle González, fue realizada con el propósito que en su calidad de cajero desplegase determinado comportamiento, esto es, que abriera la caja de

seguridad de esa entidad bancaria, en procura de apoderarse de los dineros que allí reposaban y, de igual, siguiendo con la redacción del pluricitado artículo 268, para que se omitiera algo, es decir, que esas personas no dieran aviso a las autoridades policivas del ilícito que se estaba perpetrando; en consecuencia, ningún reproche amerita la imputación delictual que ahora cuestiona la defensa”.

Así, entonces, conceptúa que el cargo no está llamado a prosperar.

3.- Demanda presentada a nombre de Alirio Rueda Navarro.

De entrada cuestiona la confección técnica del reproche, en el sentido de que cuando se trata de ataques soportados en la violación indirecta de la ley sustancial, es imperativo señalar y demostrar los yerros de apreciación probatoria, así como también los preceptos sustanciales vulnerados y “el sentido último de la violación que los afecta, es decir, si el mismo corresponde a su evidente exclusión o a su aplicación indebida”.

Sin embargo, dice que siendo laxos se advierte que los preceptos sustanciales presuntamente quebrantados serían las normas que describen abstractamente el delito de secuestro y el de hurto calificado, pero de todos modos el cargo quedaría truncado, toda vez que en su desarrollo no demostró “la deformación material de las pruebas referidas, al extremo que el fallador hubiese colegido de ellas efectos vinculantes que no les corresponden, ni mucho menos que en el proceso de análisis probatorio hubiese vulnerado los postulados de la lógica, ciencia, experiencia o sentido común inherentes al sistema de apreciación de la sana crítica”.

Luego de reiterar lo expuesto, tomando para el efecto varias afirmaciones del censor, agrega que también constituye un yerro que concurre en desmedro de la prosperidad de la censura que el libelista pretenda desplazar el compromiso de responsabilidad de su representado, bajo la consideración que el ánimo manifestado por los asaltantes tan solo tuvo proyección en el apoderamiento del dinero, desconociendo

que con el plural comportamiento no sólo se vulneró el patrimonio económico de la entidad crediticia, sino que se afectó el bien jurídico de la libertad individual de la familia Calle González.

Agrega que se remite a las argumentaciones ya expuestas en torno a que la conducta de los procesados no se subsume únicamente en el marco del artículo 350 numeral 1° del C. P., pues la retención de la familia Calle adquiere indiscutible autonomía jurídica y se escinde naturalísticamente del apoderamiento de la suma de dinero, tipificándose bajo el rótulo de secuestro extorsivo.

Por lo expuesto, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Demanda presentada a nombre de Carlos Augusto Devia Barbosa.

Primer cargo:

1. Con apoyo en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso, al haberse vulnerado el principio del non bis in idem, en razón a que el mismo comportamiento delictual dio lugar a que al procesado se le juzgara y condenara por los delitos de hurto calificado y agravado y secuestro extorsivo.

2. Como lo señala el Procurador Delegado, el cargo se encuentra ajustado a las exigencias técnicas que rigen la casación, pues se vulnera la garantía del debido proceso, cuando por los mismos hechos se adelanta un doble juzgamiento.

Sin embargo, ninguna razón le asiste al libelista, pues pretende que como quiera que entre los delitos a que fue condenado, en sentencia anticipada Devia Barbosa, está el de

hurto calificado (artículo 350.1 del C. Penal) y agravado (artículo 351.4.10, ibidem), la simulación de autoridad a que se refiere este numeral cuarto, como ya le fue imputada en el hurto (por el cual ya fue juzgado y condenado en sentencia ejecutoriada) y fue el medio utilizado para acceder y permanecer en la residencia del cajero del Banco, no se le puede, ahora, imputar como secuestro extorsivo, pues se le estaría condenando dos veces por el mismo hecho.

3. Sin ningún esfuerzo se advierte que no se está en presencia de un solo hecho, sino de dos distintos, naturalísticamente diferentes, separables fáctica y jurídicamente, a saber, la retención de la familia Calle González y la sustracción violenta de los dineros del Banco Popular, en los que la simulación de autoridad no sólo fue uno de los medios para facilitar el reato contra el patrimonio, sino para engañar a la familia del cajero y mantenerla retenida y de esta manera obligar al citado empleado de la entidad financiera a suministrar la clave de la caja fuerte con el propósito de acceder a ella y apoderarse de los caudales, lo que se consiguió, por lo que ningún desatino se cometió al haberse condenado al procesado por el punible contra el patrimonio económico y posteriormente por el delito contra la libertad individual.

Sobre este último, señaló el Tribunal:

“Sin duda, a la esposa y los hijos del cajero no se les arrebató ni sustrajo mucho menos ocultó. Pero para la Sala, ellos sí fueron víctimas de retención. La señor María Ligia Londoño Restrepo, según lo declaró en el proceso, no pudo llamar por teléfono, como quería, ni enviar a sus hijos al colegio pues sus inusitados visitantes se lo impidieron (fl.133 c. d. #1). Estos la vigilaban constantemente e incluso uno de ellos la “persegúan como si no quieran que estuviera con los niños” (fl.134 idem), como se observa la familia del cajero estaba limitada en sus movimientos, y esto constituye incontrovertiblemente vulneración del derecho de locomoción que les asistía, puede decirse sin temor a incurrirse en equivocación de que haber querido la señora Londoño Restrepo salir de su

casa, dichos sujetos tampoco se lo hubieran permitido, y ello es así, porque, como se anotó, una de las intenciones de estos era evitar que su antijurídica acción fuera puesta en conocimiento de las autoridades”.

Por las anteriores razones, el cargo se desestima.

Segundo cargo:

1. Igualmente, con amparo en la causal tercera, acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, en razón a que el Tribunal Nacional, al conocer del recurso de apelación interpuesto por otro coprocesado contra el fallo de primera instancia, revisó la totalidad de la providencia, haciendo uso del grado jurisdiccional de la consulta, lo que condujo a que se condenara a su defendido por el delito de secuestro extorsivo, con claro desconocimiento a lo reglado en el artículo 31 de la Constitución Política.

Estima el censor que conforme al citado precepto, cuando se interpone el recurso de apelación contra una sentencia y se tiene la calidad de recurrente único, el superior no puede agravar la pena impuesta y, mucho menos, acudir simultáneamente a la consulta, pues ello implica desconocer la prohibición de reformar en perjuicio.

2. Inicialmente debe decirse, tal como lo conceptúa el Procurador Delegado, que el actor equivocó la vía de la censura, pues como viene reiterando la Sala, cuando se trata de atacar el quebrantamiento del postulado de la reformatio in pejus, tal cometido debe cumplirse con base en el cuerpo primero de la causal primera de casación, por ser el artículo 31 de la Constitución Política una norma de carácter sustancial¹.

3. Además del anterior desatino técnico, tampoco le asiste razón al censor, pues la Sala, de manera pacífica y constante ha sostenido que la consulta es un grado de competencia funcional que, al tenor del artículo 217 del C. de P.P, permite al superior decidir sin

limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella. Es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado, así sea apelante único 2.

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

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

En consecuencia, al ser la sentencia consultable, el Tribunal Nacional tenía plena competencia para revisarla sin limitación, así hubiera sido apelada por otro de los procesados.

El cargo no prospera.

2.- Demanda presentada a nombre de Edgar Alfonso Pérez Coy.

Primer cargo:

1. Respetando el principio de prioridad, acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación al postulado del debido proceso, toda vez que desconoció lo estipulado en los artículos 31 de la Constitución Política y 17 del Código de Procedimiento Penal, ya que el fallo de primera instancia al ser apelado por otro coprocesado, la competencia del Tribunal Nacional estaba limitada a desatar esa impugnación. Sin embargo, dicha Corporación lo revisó en su integridad, con resultados adversos a los intereses defensivos que representa.

2. Como quiera que este cargo es igual al último formulado por el defensor de Devia Barbosa y adolece de los mismos yerros técnicos, la Corte le hace extensivos los reparos formulados y, en consecuencia, lo rechaza.

Segundo cargo:

1. Con fundamento en la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado de manera directa la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 268 del Código Penal, pues el comportamiento desplegado por los procesados no se adecua a este tipo penal.

2. Aunque el reproche está correctamente planteado, sin embargo, desde ya se advierte que no puede prosperar, pues en su desarrollo no sólo se falta a la técnica, sino que no le asiste razón al libelista.

2.1. En efecto, en la demostración de la censura, y violando el principio de autonomía, se desvía a la causal tercera, cuando asevera que el punible que se tipifica es el de constreñimiento ilegal, descrito en el artículo 276 del Código Penal, cargo que ha debido formular de manera separada y por la causal tercera, pues aunque se está en presencia de un vicio in iudicando o de mérito, trasciende a la validez de la actuación, de manera que se si se enmendara con fundamento en la primera se generaría un nuevo dislate, al no quedar la sentencia en consonancia con la resolución de acusación, pues el delito que se

imputó en el pliego acusatorio (secuestro extorsivo) y el que, según el demandante, se ha debido imputar (constreñimiento ilegal), corresponden a diferentes capítulos.

La Corte, de manera constante, ha sostenido que en casos como éste, el yerro debe acusarse y remediarse con fundamento en la causal tercera³, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.

2.2. Así mismo, señala que no se estructura el secuestro extorsivo, pues la conducta desarrollada con relación los familiares del empleado del Banco se subsume en el proceso ejecutivo del hurto, configurándose un concurso aparente, pero sin darle ningún desarrollo al planteamiento, esto es, sin evidenciar dialécticamente porqué en este caso el hurto subsume al secuestro, ni cuál es el principio que rige ese aparente concurso (subsidiaridad, especialidad, consunción), ni porqué al imputar los dos punibles (hurto calificado y secuestro extorsivo), se infringe el principio del “non bis in idem”.

2.3. Finalmente, en cuanto a que la libertad individual tutelada en el delito de secuestro, tiene un contenido mucho más amplio que la simple libertad de locomoción, que fue el derecho que el juzgador consideró quebrantado en este evento, y sin que frente a las circunstancias concretas aquélla hubiera sido vulnerada, siendo por ende atípico el comportamiento con respecto a ese punible, no le asiste razón al casacionista, pues aunque es cierto que la libertad individual tiene connotaciones jurídicas que van más allá de la simple libertad de movimiento, motivo por el cual, no solo se tutela a través de ella, sino de sus otras manifestaciones, como libertad de autodeterminación, de trabajo, de reunión, de asociación, sexual, etc, no hay duda que la expresión de la libertad individual protegida en el precepto que tipifica el secuestro, es la de locomoción, garantizada en el artículo 28 de la C. P, y que fue violada en el caso que ocupa la atención de la Sala, como lo puntualizó el juzgador de instancia, según se aprecia en la transcripción hecha en respuesta a un cargo de anterior demanda.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

3.- Demanda presentada a nombre de Alirio Rueda Navarro.

1. En el único cargo que el actor formula a la sentencia, acusa al fallador de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho cometido en la apreciación de las pruebas, ya que estima que se tergiversó su sentido al hacerles producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

2. Este reproche adolece de protuberantes desatinos técnicos que inexorablemente, lo tornan impróspero, así:

No indica cuál fue la norma sustancial infringida ni su sentido, esto es, falta de aplicación o aplicación indebida.

Así mismo, aunque dice cuáles fueron los medios de convicción sobre los que versó el vicio denunciado, no demuestra de qué manera fue falseado su tenor literal, es decir, dónde está la falta de identidad entre lo que el medio reza y el sentenciador manifestó que decía.

Tampoco señala su trascendencia frente a los demás elementos de convicción que sustentaron el fallo.

A cambio de evidenciar el yerro acusado y su incidencia en la parte conclusiva del fallo, dedica el discurso, como lo observa el Delegado, a oponer sus conclusiones probatorias a las del fallador, como si se tratara de un alegato de instancia, pretendiendo frente a una sentencia amparada por la doble presunción de cierto y legalidad y contra toda evidencia, que el bien jurídico de la libertad de la locomoción no fue violado, sino sólo el del patrimonio económico.

El cargo no prospera.

En mérito de lo anteriormente 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,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON E. PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

(Casación 15. 204).

Señores Magistrados:

En el asunto de la referencia he salvado el voto, pues considero que se ha debido casar la sentencia impugnada con fundamento en el 2do. cargo propuesto por el demandante a nombre de Carlos Augusto Devia Barbosa, o aún de oficio, para proteger el derecho fundamental a la prohibición de la Reformatio in pejus.

Las razones son las siguientes:

1. El artículo 31-2 de la Constitución Política establece la prohibición de la reformatio in pejus, como uno de los derechos fundamentales, reconocido a título de principio. Expresamente dice:

“ El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

El C. de P.P. en una de sus normas rectoras, el artículo 17, dispone:

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

En materia de casación, el artículo 227 del C. de P.P., adhiere al importante principio y acude a la rúbrica o rótulo de principio de no agravación, que define así:

“Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés, la hubiera recurrido”.

Es claro, entonces, que la prohibición de la reformatio in pejus, cuando el condenado es recurrente único con miras al debate en segunda instancia o en sede de casación, es derecho, principio fundamental, constitucional, norma superior

legal que rige el procedimiento, y regla que reitera el principio derecho constitucional. Desde este punto, por donde o desde donde sea vista, la prohibición limita cualquier actuación en su contra. Y si se actúa en contra de ella, como lo hizo el Ad-Quem al aumentar la pena, compete a la Sala recuperar la alteza del axioma, acudiendo a la casación oficiosa, como emana del artículo 228 del C. de. P. P.

2. El principio constitucional con rango de derecho fundamental conocido como prohibición de la reformatio in pejus (artículo 31-2), no permite excepciones, como se desprende de su simple literalidad. Y si no las permite, porque ni las expresa ni las insinúa, se revitaliza la máxima antiquísima: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir.

3. La Sala mayoritaria da preferencia al principio de legalidad cuando lo parangona con el de la prohibición de la reformatio in pejus. El pensamiento del suscrito es que los principios constitucionales no se encuentran jerarquizados ni se repelen por opuestos o antagónicos, por esto:

3.1. Los principios se pueden complementar y robustecer, vgr., como ocurre con presunción de inocencia, defensa, cosa juzgada, debido proceso concreto etc., que se auxilian y, entre todos ellos, y otros, conforman el amplio principio conocido como debido proceso.

3.2. Salvo muy contadas hipótesis, una característica general de los principios es que admiten excepciones. Así se dice de la cosa juzgada, del *non bis in idem*, de la defensa letrada, del proceso público, etc. Bien puede afirmarse, entonces, que una excepción a la legalidad como principio es la prohibición de la reformatio in pejus, salvedad tan alta que ha recibido la categoría de derecho y principio constitucional. Esto no es extraño a nuestra normatividad pues, por ejemplo, el principio de favorabilidad -

retroactividad, ley intermedia, *lex tertia*- es una excepción al principio de legalidad en su forma de ley irretroactiva.

4. La situación es similar cuando se acude a la consulta para decir que a pesar del apelante único es posible el empeoramiento de la situación con base en tal grado jurisdiccional. Tampoco es aceptable la afirmación, porque.

4.1. Como es obvio, la dinámica de las jerarquías obedece al interés mostrado por los sujetos procesales frente a una decisión anterior. Si es así, la 2ª. instancia y la casación se hallan limitadas por las finalidades de quien impugna, de tal manera que si alguien recurre, la consulta es desplazada pues que esta ha sido prevista justamente para aquellos eventos en los cuales no existe interés de las “partes” por impugnar. Si son dos institutos que obedecen a razones diversas, la más importante hace a un lado a la otra. Y no hay duda, por el origen de los recursos, que la utilización de estos obstaculiza totalmente la aplicación de la consulta.

4.2. Se suele afirmar que no obstante la interposición de la alzada por un condenado único, el *Ad-quem* puede empeorar situaciones en los eventos de consulta pues que esta ha sido creada en pro del interés general. Bien discutible el punto y, frente a él, basta recordar que en un Estado Social y Democrático de Derecho lo más importante sigue siendo el individuo y que el Estado, incluso después de la sociedad -que ocupa el 2do. lugar-, se sitúa al final de las prioridades. De modo que comparando intereses individuales como el aquí resaltado con intereses sociales, no hay duda sobre la prevalencia de aquellos, como emana, por lo demás, del propio artículo 5º. del C. P. Y sería suficiente, para terminar, preguntarse sobre lo siguiente: ¿ en concreto, frente a la realidad, cuál es el interés general que en materia de penas resulta más importante que el interés del impugnante único, como para afirmar que el grupo social resulta desprotegido porque no se aumenta la pena a un condenado, con base en la consulta?. En este tema, como en muchos otros -surge de la Constitución- es de mayor

trascendencia la importancia del ser humano, de carne y hueso, que el etéreo e inasible interés general.

4.3. El artículo 31 de la Constitución Política dispone:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

De aquí resulta:

a) Por la “O”, son fenómenos diferentes y oponibles. Por tanto, si se apela o se acude a la casación, no procede la consulta; y si se sigue la ruta de la consulta es porque no existe impugnación.

b) Cuando el inciso 2º. hace la afirmación transcrita, tajantemente está diciendo que el recurso de apelación relega toda posibilidad de consulta. Ese es el mensaje lógico si se mira el origen y la historia del principio de la doble instancia, regido, como decíamos atrás, por el interés de quien se siente afectado y no por el ánimo o “interés general”.

En resumen, la Sala ha debido casar parcialmente la sentencia para retornar al condenado sus derechos constitucionales.

De los señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón

1 Sentencias del 12 de agosto de 1992 M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz, de agosto 26 del mismo año, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, de marzo 18 de marzo de 1993 M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, de 21 de octubre de 1998, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, 21 de febrero de 2000, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, entre otras.

2 Véanse, entre otras, casación. 10.101 octubre 22/97, M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; casación 10.111 abril/98, M.P. Dr. CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE; casación 13419 octubre/98, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL; casación 10.168 febrero /99, M. P. Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR; casación 11450, diciembre 1° de 1999, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

3 Véase entre otras, casación 10055, diciembre/98, M. P. Dr Fernando Arboleda Ripoll, casación 11127, octubre 22/1999, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo, casación 11262, diciembre 9/1999, M.P. Dr. Mario Mantilla Nogués, casación 11981, diciembre 15/1999, M. P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote, casación 11401 mayo 12/2000, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, casación marzo 9/99, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.