

Proceso No 27932

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.303

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN y JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ contra la sentencia de segundo grado de 9 de octubre de 2006 mediante la cual el Tribunal Superior de Armenia —en cumplimiento del programa de descongestión implementado para el Tribunal Superior de Bogotá—, confirmó la de carácter condenatorio emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá por cuyo medio los condenó, conjuntamente con Jhon Jairo Sarmiento Saavedra, como coautores responsables del delito de secuestro simple en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal presentó el aspecto fáctico así:

“Promediando las nueve de la noche del día seis (6) de mayo de 2004, el señor JOSÉ ARMANDO LIZARAZO LIZARAZO a bordo del vehículo de su propiedad, tipo taxi distinguido con la placa SHE-346 se desplazaba sobre la Avenida Primero de Mayo en la ciudad de Bogotá en cumplimiento de su actividad. Frente a la Urbanización Roma, recogió a dos individuos que se dirigían al barrio Timiza; personas que en cercanías del Hospital de Kennedy le dieron instrucciones para que ingresara por un callejón, lugar donde procedieron a intimidarlo mediante el empleo de arma de fuego y, utilizando un aparato que producía choques eléctricos lo pasaron para la silla trasera del automotor, entre tanto, un tercer sujeto abordaba el vehículo de servicio público y asumía su dirección. Seguidamente informaron al ofendido que necesitaban el rodante para hacer una “vuelta”, consistente en transportar mercancía fuera de Bogotá; indefenso el señor LIZARAZO LIZARAZO —había sido lanzado al piso del vehículo— los facinerosos lo esculcaron y le sustrajeron la suma de doscientos treinta mil pesos (\$230.000) como también los documentos del taxi.

“Cincuenta minutos después, lapso en el que el ofendido estuvo sometido, los responsables de la agresión, después de atar de pies y manos al referido LIZARAZO LIZARAZO, lo abandonaron en un paraje solitario en la población de Soacha, no sin antes advertirle que debía permanecer en dicho lugar hasta la mañana siguiente toda vez que una persona quedaría a cargo de su vigilancia; sin embargo, el ofendido, haciendo caso omiso a tal indicación, logró desatarse y puso en conocimiento de las autoridades lo sucedido.

“Así las cosas, posteriormente y de conformidad con el informe de policía signado por el SI. JAIRO BARBOSA ALVIS —Comandante del puesto de control de la Calera— siendo las 00:25 horas del 7 de mayo de 2004 cuando se encontraba realizando retén frente al CAI de la Calera, ubicado en el km. 3.5 sobre la vía que de la ciudad de Bogotá conduce a aquella municipalidad, interceptaron el vehículo de placas SHE-346 conducido por JHON JAIRO SARMIENTO SAAVEDRA a quien hacían compañía JOSÉ LUIS ANGARITA Y EDGAR

ESTÍVEL GÓMEZ, personas que sometidas al respectivo registro y solicitud de antecedentes a la central de radio de la Policía Nacional, informaron a los uniformados acerca de las incidencias que rodearon al desapoderamiento del aludido automotor. Los aprehendidos aceptaron la comisión de la conducta. Se procedió a su captura y a la inmovilización del vehículo objeto de hurto.”

La Fiscalía General de la Nación abrió formal investigación penal, vinculó a través de indagatoria a los capturados y mediante proveído de 12 de mayo de 2004 les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin el beneficio de la libertad provisional, como presuntos responsables del delito de secuestro simple agravado en concurso con los ilícitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Ante la manifestación de todos los procesados de acogerse a los beneficios de la sentencia anticipada, el 23 de septiembre de 2004 se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos en la cual sólo aceptaron el punible contra el bien jurídico del patrimonio económico, previsto en el artículo 239, 240 numeral 2° e inciso 3° y 241 numeral 10° del Código Penal, correspondiendo en consecuencia al Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Bogotá emitir fallo anticipado el 21 de febrero de 2005 mediante el cual los condenó a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, sin concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

A su turno, proseguido el trámite respecto de los otros comportamientos punibles no aceptados por los inculcados, y una vez clausurado el ciclo instructivo, el mérito probatorio fue calificado el 9 de diciembre de 2004 con resolución de acusación por el delito de secuestro simple agravado —por haber sometido a la víctima a tortura—, en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, contemplados en los artículos 168; 170, numeral 2°; y 365 del Código Penal, decisión que adquirió firmeza el

28 de diciembre siguiente al ser declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensora común de los procesados.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá, despacho que luego de surtir el acto público de juzgamiento, por sentencia de 28 de noviembre de 2005 condenó a EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN, JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ y Jhon Jairo Sarmiento Saavedra como coautores de los delitos de secuestro simple —apartándose así de la circunstancia de agravación basada en la tortura predicada en la resolución de acusación—, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, a las penas principales de dieciocho (18) años y seis (6) meses de prisión y multa de novecientos (900) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena aflictiva de la libertad. A los enjuiciados les fueron negadas la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en aplicación del artículo 11 de la Ley 733 de 2002 que excluía la concesión de tales beneficios dada la naturaleza del delito.

En virtud del recurso de apelación promovido por los defensores de los tres enjuiciados, así como por el representante del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Pereira mediante sentencia de 9 de octubre de 2006 confirmó en su integridad el fallo.

Los defensores de JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ y EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN impugnaron extraordinariamente la sentencia de segundo grado con la presentación de las respectivas demandas de casación, las cuales por auto de 25 de julio de 2007 fueron declaradas ajustadas a los requisitos de forma, recibándose de las mismas el concepto del Ministerio Público el 30 de junio del año en curso.

LAS DEMANDAS

Ante la identidad de los cargos formulados en las demandas, la Corte los presentará y analizará de forma conjunta.

1. Pese a que cada defensor acude a diferente causal, (violación directa de la ley sustancial y falta de congruencia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación), de manera coincidente pregonan la indebida aplicación del numeral 10° del artículo 58 del Código Penal relativo a la circunstancia de mayor punibilidad basada en la coparticipación criminal, la cual no fue incluida en la resolución de acusación.

La trascendencia de lo que denuncian la encuentran en que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa en cuanto además de sorprender a sus asistidos con la inclusión de dicha causal, el juzgador se ubicó indebidamente dentro del ámbito de punibilidad en el cuarto máximo en claro perjuicio de aquellos.

En ese sentido, el defensor de JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ pone de presente que además no tuvo en cuenta el fallador la circunstancia de menor punibilidad contemplada en el numeral 1° del artículo 55 del ordenamiento sustantivo, dada la ausencia de antecedentes penales de su representado, la cual habría aparejado la fijación de la pena en el primer cuarto punitivo.

2. A su turno, en cargos separados basados en violación directa de la ley sustancial, postulan la falta de aplicación del numeral 2° del artículo 171 del Código Penal al estimar que el plagiado fue dejado voluntariamente en libertad por parte de sus captores sin que hubiera transcurrido el lapso de quince (15) días allí previsto.

Aseveran que de haber sido considerada esa causal específica de atenuación, la pena para sus representados se habría reducido en la mitad.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, es

partidaria de que los cargos relacionados con la incongruencia de la sentencia frente a la resolución de acusación deben prosperar, por cuanto el juez de primer grado dedujo una circunstancia de mayor punibilidad no deducida en la acusación.

Agrega que respecto de JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ no se tuvo en cuenta que si bien el DAS en comunicación de 8 de julio de 2004 hizo referencia a su prontuario, allí mismo aclaró que con el mismo número de cédula de ciudadanía aparecía el nombre de Mauricio Plata González, sin que los funcionarios judiciales recabaran a fin de aclarar tal situación, de ahí que ante esa falta de comprobación no puede imputarse la existencia de antecedentes penales en su contra.

Por lo anterior, considera que la pena para el citado procesado referente al delito de secuestro simple no podía sobrepasar el cuarto mínimo de ciento cuarenta y cuatro (144) a ciento sesenta y ocho (168) meses de prisión, igual sucedía con la multa, pues debió fijarse entre seiscientos (600) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en tanto que el ilícito de porte ilegal de armas de fuego se debió ubicar entre doce (12) a veintiún (21) meses de prisión.

2. En cuanto al cargo por falta de aplicación de la causal específica de atenuación punitiva basada en la entrega voluntaria del plagiado por parte de sus captores dentro de los 15 días siguientes al secuestro, discurre la Delegada que no tiene aplicación en este caso, por cuanto al someter por la fuerza a la víctima con el propósito de apoderarse de sus bienes, fue alcanzado tal fin cuando los procesados se apoderaron de \$230.000,00 que aquella portaba, así como de su vehículo de servicio público.

Para la Delegada, como la aplicación del aludido precepto está condicionada a que no se hubiere obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo, o los fines diversos tratándose del secuestro simple, la censura no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Falta de congruencia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación

La Sala ha insistido en que la resolución de acusación se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se debe soportar tanto el juicio como el fallo.

La necesaria congruencia que debe mediar entre la resolución acusatoria y la sentencia preserva la estructura procesal al tiempo que se refleja como garantía del derecho de defensa en cuanto no se puede sorprender al procesado con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir.

Esa precisión que debe informar el acusatorio, impide al juez agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas o incluir agravantes no contempladas allí, o en la variación de la calificación jurídica, pues de lo contrario se afecta la correspondencia que debe existir entre lo imputado, lo juzgado y lo sentenciado.

Por lo mismo, la resolución de acusación requiere inequívoca imputación jurídica, debiéndose precisar el supuesto fáctico que conforma la conducta con sus circunstancias a fin de que sean deducidas en el fallo, “sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación.”¹

De ahí que la inclusión de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la resolución de acusación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, tiene clara

trascendencia, no sólo por su imperiosa discusión y contradicción en desarrollo del proceso, sino porque ellas se reflejarán en el proceso de dosificación punitiva.

En efecto, superada la adecuación típica y fijados los límites mínimos y máximos del delito en los que se ha de mover el fallador teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de tales extremos (v.gr. causales de agravación específicas), establecerá según la concurrencia de causales de mayor o menor punibilidad, el cuarto o cuartos en los cuales determinará en concreto la pena a través de la ponderación de los factores concernientes a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir.

En este caso, como lo pregonan los demandantes y lo avala la representante del Ministerio Público, es evidente la falta de consonancia de la sentencia respecto de los cargos endilgados en la resolución de acusación ante la indebida inclusión de una circunstancia de mayor punibilidad que no fue objeto de imputación.

Ciertamente, la acusación abordó la coautoría de los enjuiciados respecto de los comportamientos punibles de secuestro simple agravado y porte ilegal de armas de fuego en cuanto retuvieron al señor José Armando Lizarazo Lizarazo y mediante el uso de armas de fuego lo intimidaron, hurtaron sus pertenencias y vehículo, resaltando incluso la asunción de responsabilidad cuando EDGAR ESTIVEL GÓMEZ GARZÓN precisó que luego de tomar unas cervezas con sus compañeros planearon el ilícito, éstos abordaron un taxi y el los aguardó más adelante para luego en una parada amenazar al conductor, tomar control del automotor, despojarlo del dinero que portaba, amarrarlo y posteriormente abandonarlo en un paraje, pero en manera alguna fue deducida la circunstancia de mayor punibilidad basada en la coparticipación criminal contemplada en el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal.

El ente acusador razonó así:

“Los hechos investigados permiten acudir dentro del proceso de adecuación típica al delito de SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO, artículo 168 del Código Penal, reformado por la ley 733 del año 2002, castigado con una pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se aumentará de una tercera parte a la mitad por ser agravado, artículo 170 del C.P. modificado por la ley 733 del año 2002 en el su artículo 3° numeral 2° toda vez que la víctima sufrió tortura de índole moral toda vez que fue obligado a permanecer con sujetos que lo tenían intimidado con armas de fuego, con choques eléctricos, igualmente lo amarraron causándole temor, angustia, zozobra.

“FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, establecido en el artículo 365 del C.P.: ‘El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, transporte, almacene, distribuya, venda suministre, porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años’.”

Por su parte, el juzgado una vez se apartó de la causal de agravación para el ilícito de secuestro aludida en el calificadorio referida a la tortura física o moral a la que se somete a la víctima, porque “lejos de verificarse lo que se entiende por tortura o castigo personal del ofendido, lo que se dio fue una inmovilización en dirección a impedir que el agraviado abandonara el lugar en el que fue dejado por sus plagiarios, para así poder agotar el hurto cometido”, al momento de dosificar la pena para el delito de secuestro simple estimó que:

“...puede predicarse que no concurren a favor de los condenados circunstancias de menor punibilidad de las previstas en el Artículo 55 del C.P., y a contrario sensu, concurre la de mayor punibilidad de que trata el numeral 10° del Art. 58 ibídem, por haber obrado

en coparticipación criminal.”

“Lo anterior quiere significar que, para dosificar la pena a imponer, amén de lo ordenado por el Art. 61 del C.P., este Despacho deberá moverse dentro del cuarto máximo, esto es, dentro de 216 a 240 meses de prisión y 900 a 1000 salarios mínimos legales mensuales de multa por concurrir en el comportamiento de los procesados únicamente circunstancias de mayor punibilidad.

“Debe tenerse en cuenta la gravedad y modalidad de las conductas punibles, las que vulneraron de manera real los bienes jurídicos a la Libertad Individual y a la Seguridad Pública.

“Además no existe ninguna justificación para que los sentenciados hayan incurrido en tal comportamiento, porque contaban con la edad y condiciones psíquicas y físicas suficientes para comprender la ilicitud de su conducta, optando sin embargo por actuar al margen de la ley, sin importarles las consecuencias y el dolor que con su actuar podían ocasionar a los demás, con el único objetivo de obtener un provecho económico, en razón de todo lo cual JHON JAIRO SARMIENTO SAAVEDRA, JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ Y EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN serán condenados a la pena de DIECIOCHO (18) AÑOS DE PRISIÓN y multa de NOVECIENTOS (900) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES que deberán pagar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, por el punible de SECUESTRO SIMPLE, la que se aumentará en SEIS (6) meses por el concurso heterogéneo con el de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES.”

Así, deviene claro que la sentencia desbordó los términos y alcances de la acusación al sorprender con la deducción de una circunstancia de mayor punibilidad no incluida por su nomenclatura legal y sin que pueda decirse que el propósito del ente acusador haya sido atribuirla a los inculpatos.

Tal yerro es trascendente toda vez que además de afectar la estructura procesal, vulneró el derecho de defensa de los inculcados, quienes no contaron con la oportunidad de conocerla oportunamente a fin de controvertir ese motivo de intensificación de la sanción.

Lo anterior, llevó a que el juzgador se ubicara dentro del ámbito de movilidad en el cuarto máximo, cuando correspondía no sobrepasar el primer cuarto punitivo, lo que impone, como lo deprecian al unísono los demandantes y la Procuradora Delegada, casar parcialmente el fallo impugnado a efectos de marginar la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal, decisión que se debe hacer extensiva al procesado no recurrente, Jhon Jairo Sarmiento Saavedra.

De la consecuente redosificación punitiva, la Sala se ocupará más adelante.

2. Falta de aplicación de la causal específica de atenuación punitiva para el delito de secuestro

Relativo a los cargos por violación directa de la ley sustancial con los cuales pretenden los demandantes modificar el fallo a fin de que se reconozca la circunstancia específica de atenuación punitiva prevista en el inciso 2º del artículo 171 del Código Penal, cuando los captores dejan voluntariamente en libertad a la víctima sin haber obtenido los fines del secuestro, para la Sala no tienen alguna vocación de prosperidad, como pasa a verse:

En efecto, la Corte ha enfatizado en que la rebaja de hasta en la mitad cuando el secuestrado es voluntariamente dejado en libertad por sus captores dentro de los quince (15) días siguientes a su retención, como lo resalta la Procuradora en su concepto, está condicionada a que no se haya obtenido alguno de los fines previstos para el delito de secuestro extorsivo, tratándose del inciso 1º del aludido precepto, o los fines

diversos que estructuran el secuestro simple, de acuerdo con el inciso 2°.

Así, al contemplar el secuestro simple, al igual que el secuestro extorsivo, un ingrediente subjetivo, debe atenderse éste para efectos de la aplicación de tal rebaja punitiva.

Lo anterior, por cuanto quedarse en la simple literalidad del numeral 2° en tanto no condiciona, como si lo hace el inciso 1°, la concurrencia de la atenuante cuando no se satisfacen los fines del secuestro, sería una postura desconocedora del querer del legislador, de ahí que se imponga la interpretación armónica de ambos incisos.

Sobre el particular la Sala precisó:

“... dos son los supuestos de la atemperante punitiva: la liberación de la víctima dentro de los quince (15) días siguientes al plagio y que no se hayan verificado los fines previstos para la retención extorsiva, esto es, “el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios o de carácter político” y “propósitos distintos” a los destacados, tratándose del secuestro simple.

“Es evidente que el criterio diferenciador en la aplicación de la causal atenuante de este delito, cuya base ha estado en la escueta literalidad del texto legal, acusa un tratamiento inexplicablemente disímil a situaciones no pasibles de mengua punitiva por revelar conductas punibles de secuestro con materialización del propósito del agente que hacen inocua la liberación dentro del simplemente objetivo marco de los quince (15) días previsto como uno de los presupuestos para su viabilidad.

“La atenuante en comento se ha edificado sobre la base de un criterio de lesividad que frente al delito de secuestro impone entender que cuando el propósito de realización ultratípico por parte del agente se materializa -trátase de la modalidad extorsiva o simple de dicha delincuencia-, no hay lugar a menguar la drasticidad punitiva.

(...)

“En esas condiciones, la voluntariedad de hacer cesar el ilegítimo cautiverio, esto es sin la presión de terceros o de la propia víctima, tiene el significado de interrumpir la delincuencia sin la verificación de su ilícita finalidad, porque lo otro, entendido en el mero contexto cronológico, premiaría injustamente al delincuente que deja en libertad a su víctima después de la obtención plena de su propósito”².

Las anteriores consideraciones permiten establecer que en manera alguna se cumplen los presupuestos para hacer viable la rebaja punitiva anhelada por los demandantes. De un lado, porque la liberación de la víctima no obedeció al querer de sus plagiarios, sino a su propio accionar cuando luego de ser reducido amarrado de pies y manos y abandonado en un paraje solitario bajo la amenaza de muerte, —circunstancias que impedían restablecer su libertad de locomoción—, y permanecer allí por un tiempo, hizo caso omiso a tal intimidación y como pudo logró desatarse, salir a la carretera, solicitar ayuda de un colega taxista para dar aviso a las autoridades.

Bajo esta óptica, apartándose del sendero de violación de la ley sustancial elegido, en vez de discutir a un tema jurídico específico, los recurrentes se oponen a los hechos tenidos en cuenta por los juzgadores, porque judicialmente se concluyó que José Armando Lizarazo Lizarazo recobró su libertad por sus propios medios: “llegando a un paraje en el que fue amarrado y abandonado bajo amenazas de no levantarse hasta después de media noche porque había un hombre que en una moto lo estaba vigilando, quien le daría muerte si hacía algo....tardó varias horas tratando de safarse —sic—, y que después por la intimidación psicológica desplegada en su contra, no sabía si salir o no del lugar, hasta que decidió salir y tomar la carretera, encontrándose en un sitio desconocido, el que después supo por información de habitantes de una casa, era cerca

de Mondoñedo y cerca de Soacha”.

A su turno, además de que los inculpatos no intentaron restablecer las cosas al estado anterior al liberar voluntariamente al plagiado, resulta inconcuso que la finalidad del delito de secuestro simple se cumplió a cabalidad en cuanto el ilícito de hurto efectivamente se consumó, pues los procesados tomaron control del automotor cuando trasladaron a la víctima a la parte posterior del mismo, además, lo despojaron de \$230.000,00 que tenía producto de su labor como taxista, luego de lo cual lo trasladaron “hasta un sector alejado de la ciudad, en el que lo hicieron descender, abandonándolo amarrado, situación en la que permaneció por considerable espacio de tiempo, no solo por la aptitud de los elementos utilizados para sujetarlo que impedían su rápida y fácil liberación sino por la amenaza de la que, según el ofendido, se le hizo víctima si intentaba hacer algo, la que se concretaría por un sujeto, que si bien el denunciante afirma no haber observado, no tenía por qué saber no era una vigilancia real”.

Con esta perspectiva, como el Tribunal puso de manifiesto que los inculpatos agotaron el apoderamiento de los bienes de Lizarazo Lizarazo, tal situación torna imprósperas las censuras.

3. De la dosificación punitiva

El juez de primer grado para imponer la sanción a EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN, JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ y Jhon Jairo Sarmiento Saavedra por razón del concurso delictivo partió del ilícito de mayor entidad, esto es, del delito de secuestro simple y ubicado en el cuarto punitivo máximo (18 a 20 años) fijó aquél límite mínimo de dieciocho (18) años de prisión, a los cuales aumentó seis (6) meses más por razón del comportamiento punible concurrente de porte ilegal de arma de fuego, esto es, adicionó el equivalente a 2.77%, para quedar en definitiva en dieciocho (18) años y seis (6) meses de prisión.

A su turno, para la pena pecuniaria insita al delito contra el bien jurídico de la libertad individual, también ubicado en el cuarto máximo (900 a 1.000 s.m.l.m.v.), la fijó en el límite inferior de novecientos (900) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Corte, partiendo del primer cuarto punitivo establecido para el delito de secuestro simple³

—como ya se anotó—, y respetando los parámetros y el porcentaje de incremento punitivo considerados en las instancias, se partirá del mínimo del delito de secuestro simple de doce (12) años de prisión, a los que se incrementarán lo que corresponde al 2,77 %, esto es, tres (3) meses veintinueve (29) días de prisión por razón del delito concurrente de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, para un total de doce (12) años, tres (3) meses y veintinueve (29) días de prisión.

Así mismo, concerniente a la pena pecuniaria, también dentro del

primer cuarto punitivo se determinará en seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá consignar cada uno de los enjuiciados.

La Sala destaca que si bien respecto de EDGAR ESTIVEL GÓMEZ GARZÓN y Jhon Jairo Sarmiento Saavedra, según el reporte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y de la Sistema de Información de Antecedentes y Anotaciones de la Fiscalía General de la Nación aparecen anotaciones referidas a sentencias condenatorias emitidas por los Juzgados Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá por el delito de hurto y porte ilegal de armas y Tercero Penal Municipal de Soacha por el ilícito de hurto calificado y agravado, respectivamente, tales circunstancias impiden realizar un incremento punitivo por no haber sido objeto de consideración por parte del juzgador de primer grado.

Además de lo anterior, la Corte ha precisado que:

“El hecho de poseer antecedentes penales no es factor constitutivo de circunstancia de mayor punibilidad. Basta leer el artículo 58 del Código Penal para arribar a tal conclusión. Y no pueden ser utilizados como enseña de una personalidad proclive al delito, porque la personalidad ya no es uno de los parámetros que permitan fijar la pena (artículo 61.3 Código Penal); y tampoco es posible inferir contra reo que si la carencia de antecedentes es causal de menor punibilidad (artículo 55 Código Penal), su presencia lo sea de mayor punibilidad”⁴.

También sobre el particular la Corte ha indicado que:

“...si de acuerdo con el principio de culpabilidad ésta se constituye como la medida de la pena, y si la misma se ha definido como el reproche que se le debe efectuar a quien realiza el injusto, resulta claro que, en un objeto de connotación orientado exclusivamente al delito que se cometió, cualquier estimación relacionada con la personalidad del agente tiene que ajustarse de manera directa a las circunstancias que rodearon la conducta punible, y no a consideraciones más cercanas al derecho penal de autor que a otra cosa, como sustentar una mayor afectación al bien jurídico por el hecho de que el autor ostenta una “personalidad proclive al delito” o, en otras palabras, porque se trata de un delincuente...”⁵

Respecto de la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y públicas se determinará para cada enjuiciado en el mismo tiempo que corresponde a la pena privativa de la libertad.

Ahora, concerniente al subrogado penal de la ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliara, negadas en las instancias por virtud del artículo 11 de la Ley 733 de 2002, la Sala debe precisar que conforme con el criterio jurisprudencial adoptado desde la sentencia de 14 de marzo de 2006 (Radicación 24052) se concluyó la derogatoria tácita de esa cláusula de exclusión de beneficios y subrogados penales a los procesados

por delitos de secuestro, terrorismo, extorsión y conexos, frente a las previsiones normativas de la Ley 890 de 2004.⁶

Además, como los hechos acaecieron el 6 de mayo de 2004, no sería dable aplicar la exceptiva que con posterioridad introdujo el legislador con la Ley 1121 de 2006 (vigente desde el 29 de diciembre de ese año, al reproducir en su artículo 26 el otrora artículo 11 de la Ley 733 de 2002, pues ello sería una interpretación a todas luces odiosa y desfavorable, proscrita constitucionalmente, máxime que en ese nuevo precepto no fue contemplado el delito de secuestro simple.⁷

En este orden, para el estudio de la concesión de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena se deberá atender el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 4° de la Ley 890 de 2004.

Para el fin anterior, como para concluir judicialmente lo innecesario que resultaría la ejecución de la pena corresponde al juzgador verificar no sólo el aspecto objetivo de la pena impuesta (no superior a los tres (3) años de prisión), sino el factor subjetivo acerca de los antecedentes personales sociales y familiares del procesado, así como la gravedad y modalidad de la conducta punible, deviene claro en este caso que ante la decisión por adoptar en contra de EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN, JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ y Jhon Jairo Sarmiento Saavedra respecto de la pena privativa de la libertad de doce (12) años, tres (3) meses y veintinueve (29) días de prisión, no se satisface el requisito objetivo.

Respecto del sustituto de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, ante el factor objetivo relacionado con el delito con una penalidad mínima legal de cinco (5) años o menos, también resulta diáfano que por tratarse del delito de secuestro simple con una pena mínima de doce (12) años de prisión, no se cumplen a cabalidad los presupuestos para su otorgamiento.

En consecuencia, para la Sala los enjuiciados requieren tratamiento intramural como forma de retribución justa a la sociedad por el hecho cometido y para proteger así los fines de la pena, la prevención general y especial.

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

RESUELVE

1. CASAR parcialmente el fallo de segundo grado por razón de los cargos formulados por los defensores de EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN y JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ, decisión cuyos efectos se hacen extensivos al procesado no recurrente Jhon Jairo Sarmiento Saavedra, en el sentido de marginar la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 numeral 10° del Código Penal por no haber sido incluida en la resolución de acusación.

2. PRECISAR que, en consecuencia, las penas principales impuestas a los procesados EDGAR ESTÍVEL GÓMEZ GARZÓN, JOSÉ LUIS ANGARITA VÁSQUEZ y Jhon Jairo Sarmiento Saavedra, como coautores del concurso de delitos de secuestro simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal es de doce (12) años, tres (3) meses y veintinueve (29) días de prisión y seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

En el mismo término de la pena privativa de la libertad se fija la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

3. NO CONCEDER a los procesados el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

4. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
LEMON

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia. Providencia de 23 de septiembre de 2003. Radicación 16320.

2 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 11 de marzo de 2009. Radicación 28563

3 El ámbito de punibilidad de los delitos en estudio es el siguiente:

Delito

Secuestro simple

Art. 168 C.P. (modif. art. 1° Ley 733 de 2000)

Porte ilegal de armas

Art. 265 C.P.

Límites punitivos

Prisión

12 a 20 años

Multa

600 a 1000 s.m.l.m.v

1 a 4 años de prisión

Ámbito de punibilidad

8 años

400 s.m.l.m.v.

3 años

Factor

2 años

100 s.m.l.m.v.

9 meses

Cuartos punitivos

12 años a 14 años

14 años, 1 día a 16 años

16 años, 1 día a 18 años

18 años, 1 día a 20 años

600 a 700 s.m.l.m.v

700 a 800 s.m.l.m.v.

800 a 900 s.m.l.m.v.

900 a 1000 s.m.l.m.v.

12 meses a 21 meses

21 meses, 1 día a 30 meses

30 meses, 1 día a 39 meses

39 meses, 1 día a 48 meses

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 18 de mayo de 2005. Radicación 21649.

5 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de febrero de 2008. Radicación 21731.

6 En similar sentido decisiones de 1° de junio de 2006. Radicación 24764; 6 de julio de 2006. Radicación 24230; y de 18 junio de 2008. Radicación 29808.

7 En el desarrollo del trámite legislativo de la Ley 1121 de 2006 se reprodujo el artículo 11 de la ley 733 de 2002, no obstante, posteriormente fue excluido el delito de secuestro y se incluyó el ilícito de financiación del terrorismo (proyecto de ley No. 208 Senado - 138 Cámara) para finalmente quedar el Artículo 26 así: “Exclusión de beneficios y subrogados. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz”.