

Proceso No 31367

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta n.º 146.

Bogotá, D. C., veintiuno de mayo de dos mil nueve.

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de los procesados HEINER PEDROZO DÍAZ y PITERSON RODRÍGUEZ RIVERA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de octubre de 2008, confirmatoria de la que el 19 de julio de 2007 dictó el Juzgado 7º Penal del Circuito Especializado de Conocimiento, por medio de la cual los condenó a las penas de 40 años de prisión y multa por 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado, delincuencia por la cual les impuso, además, las accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas por 20 años y pérdida del empleo que ejercían en la Policía Nacional.

HECHOS

Según lo que se declaró probado en la sentencia, en la noche del 9 de noviembre de 2006 los procesados HEYNER PEDROZO DÍAZ y PITERSON RIVERA, quienes a la sazón eran miembros activos de la Policía Nacional y estaban de servicio, entraron a un

establecimiento abierto al público situado en el barrio Modelia de esta ciudad, específicamente en el inmueble de la carrera 78 # 41-28, lugar en el cual procedieron a solicitar la identificación de las personas que allí departían, entre ellas alguien que se identificó como Edison Alberto Mera Martínez, quien en verdad resultó ser Cristian Velasco Gama, al cual llevaron hasta el vehículo patrulla; Adriana María Serna, compañera del retenido, empezó a recibir varias llamadas en las que le exigían dinero a cambio de la libertad de Velasco Gama, por lo que al cabo de cuatro horas, lapso en que se consiguió la suma por la que finalmente se definió la transacción y ya con el apoyo del Gaula, se hizo entrega del circulante a los captores, quienes liberaron a Velasco, pero de inmediato resultaron, a su vez, capturados.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Audiencia Preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de Medida de Aseguramiento. Llevada a cabo ante el Juez 49 Penal Municipal con funciones de control de garantías el 10 de noviembre de 2006, quien legalizó la captura de los indiciados. A éstos la fiscalía imputó el delito de secuestro extorsivo agravado, lo cual no fue aceptado; por último, se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario por el señalado delito.
2. El 26 de noviembre de 2006 la fiscalía presentó escrito de acusación respecto de HEINER PEDROZA DÍAZ y PITERSON RODRÍGUEZ RIVERA como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado, de conformidad con los artículos 169 y 170-5-6 del Código Penal.
3. Audiencia de formulación de acusación. La presidió el Juez 7º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el 29 de enero de 2007, en la cual la fiscalía procedió a formular la acusación contra los imputados en las señaladas condiciones.
4. Audiencia preparatoria. Se celebró el 24 de mayo de 2007.

5. Audiencia de juicio oral. Se desarrolló en varias sesiones, entre el 3 y 6 de julio de 2007, a cuya culminación el juez anunció el sentido condenatorio de la sentencia contra PEDROZO DÍAZ y RODRÍGUEZ RIVERA, como coautores responsables del delito de secuestro extorsivo agravado.

6. La lectura del fallo tuvo lugar en la audiencia del 19 de julio de 2007, en la que se supo que se les impuso a los acusados la pena de 40 años de prisión y multa por 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado, delincuencia por la cual se dispusieron, además, las accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas por 20 años y pérdida del empleo que ejercían en la Policía Nacional. Los defensores de los procesados interpusieron recurso de apelación.

7. El debate oral para sustentar el recurso tuvo lugar el 4 de octubre de 2007 ante una Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

8. La lectura del fallo confirmatorio, adoptado por la mayoría de la respectiva Sala de Decisión, ocurrió el 29 de octubre de 2008, y en su contra se interpuso recurso extraordinario de casación, cuya demanda sustentatoria, presentada de manera oportuna, se declaró ajustada mediante auto del 11 de marzo de 2009, por lo que la audiencia señalada en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004 se llevó a cabo el 14 de abril del año en curso.

LA DEMANDA

1. El defensor, en el libelo contentivo de la demanda de casación, con apoyo en la causal segunda consagrada en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, solicita la nulidad del proceso a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación, para que ésta se haga de manera correcta y los procesados la puedan aceptar.

Sostiene que del artículo 29 de la Constitución se desprende la obligación de ajustar los hechos al derecho, garantía que integra el debido proceso, por lo que configura error esencial el juzgamiento y condena a una persona por un hecho que, jurídicamente, no ha cometido.

Cuando la conducta es calificada de manera equivocada se genera nulidad, como lo enseña el precedente de la Corte del 26 de noviembre de 2007, dentro de la radicación 23.883, tradición jurisprudencial que fue la adoptada por el magistrado a quien la sala mayoritaria del Tribunal le derrotó su original ponencia.

Por eso, agrega, la sustentación de la censura se hace, como así lo enseña la jurisprudencia, con arreglo a la causal primera, dado que en este caso la calificación correcta supone la variación de la denominación genérica dada a la imputación.

La calificación que de modo erróneo se le asignó a la conducta como secuestro extorsivo en lugar de concusión, obedeció al quebranto directo de los artículos 169 y 170-5-6 del Código Penal, por aplicación indebida, lo que conllevó a la simultánea inaplicación del artículo 404 ibídem, que describe y sanciona la concusión.¹

En ese orden de ideas, se observa que pese a que en la sentencia se afirmó que el señor VELASCO GAMA probablemente era un delincuente sorprendido en flagrancia, por identificarse con la cédula de otro y portar de manera ilegal un arma, equivocadamente se dijo a renglón seguido que la exigencia de dinero que se le hizo para no judicializarlo tornó ilegal tal captura, sin que se comprendiera que la “no judicialización y la permanencia en la patrulla traduce el constreñimiento que tipifica el delito de concusión el cual se agotó con la entrega del dinero, simultáneamente con la cual el aprehendido fue dejado libre.”

Por eso, para concluir que la captura de VELASCO GAMA sí fue legal, se debe considerar que en la sentencia de primera instancia se ordenó compulsar copias en contra de éste

para que fuera investigado por suplantar a otra persona y utilizar su identidad y por el eventual delito de porte ilegal de armas; o sea que el juzgador concluyó, basado en los testimonios escuchados en el juicio oral, que VELASCO GAMA cometió esos delitos.

Además, destacó el fallo de primera instancia, que en la memoria del teléfono celular del acusado PEDROZO DÍAZ estaba la fotografía de la cédula de ciudadanía que portaba VELASCO GAMA.

Entonces, si se admitió con apoyo probatorio que VELASCO GAMA muy seguramente estaba incurso en unos delitos, no se puede inferir, que la aprehensión no fue legal “porque de haber sido así, lo lógico es que VELASCO GAMA hubiese sido conducido a alguna dependencia policial o puesto a órdenes de la fiscalía” como de modo equivocado lo dijo el Tribunal para descartar la concusión. De tal manera no se puede razonar, porque precisamente la exigencia de dinero fue para no judicializarlo, como así lo dejó sentado el magistrado que salvó voto.

De todos modos, el Tribunal compartió la afirmación de que VELASCO GAMA estaba incurso en delitos cuando fue aprehendido por los procesados y de allí la orden para que sea investigado.

Además, en la declaración de la señora María Cristina Ostos de Garnica se aprecia que dijo haberle preguntado a los policías por qué se llevaban a ‘Edison Mera’ o Velasco Gama, y que éstos le dijeron que éste sabía por qué, lo que confirma la legalidad de la captura, tanto que el a quo señaló que “respecto de los delincuentes, su aprehensión y retención por delinquir, debe estar sujeta a unos procedimientos que en este caso se inobservaron, totalmente, como se verá más adelante”, inobservancia que se hizo consistir en que el capturado no fue llevado de inmediato ante la autoridad competente.

El Tribunal sostuvo que Edison Mera Martínez –en realidad Cristian Velasco Gama- fue

retenido inicialmente por los policías bajo el pretexto de su indebida identidad, y que enseguida se le dijo que para su liberación debía conseguir un dinero, además, que Velasco sabía por qué se le capturaba, conforme lo dijo la testigo mencionada.

En la ponencia inicial, luego sustituida por la sentencia demandada, se analizó el comportamiento de Velasco Gama como posiblemente configurativo de algún delito y de una serie de hechos indicadores se concluyó que si bien éstos no descartan la hipótesis del secuestro, sí la ponen en tela de juicio.

De otra parte, con el razonamiento sobre la tipicidad de la conducta, el sentenciador desconoció reiterada jurisprudencia de la Corte sobre el secuestro.

A Velasco se le debía capturar, pero luego se le exigió dinero para no ponerlo a disposición de la autoridad respectiva, que era lo legal; tal comportamiento es lo que tipifica la concusión. Los fallos reconocen que Velasco fue liberado inmediatamente después de que los captores recibieron el dinero; tal inmediatez en la liberación descarta el secuestro como delito independiente porque la privación de la libertad ocurrió exclusivamente “durante el tiempo y dentro de las circunstancias absolutamente imprescindibles” para consumir y/o agotar la concusión.

Así aparece en los pronunciamientos del 21 de febrero de 2007 (radicación 23.328); 18 de abril de 2007 (radicación 26.388) y julio 25 de 2007 (radicación 27.723).

En este caso, la ‘vigilancia’ que los procesados ejercieron sobre Velasco Gama sí fue circunstancial porque no se prolongó ni en mínimo grado luego de que los procesados recibieron el dinero.

Los fallos aceptan, de otra parte, que Velasco Gama permaneció relativamente libre, porque mientras estuvo en la patrulla de los acusados hizo muchas llamadas y ni siquiera se despojó de la pistola, con la que se dejó ver una vez abandonó tal patrulla, como lo

refieren los testigos que dan cuenta que una vez aquél entregó el dinero a los policías se devolvió hacia donde lo esperaban. Tanto es así, que el agente del Ministerio Público en el juicio oral sostuvo que no parece admisible que una persona que esté secuestrada conserve en su poder un arma de fuego.

En suma, el sentenciador admitió que Velasco Gama quedó libre inmediatamente después de entregar el dinero y aún así, apartándose de nutrida jurisprudencia, sostuvo que se daba el secuestro extorsivo.

En el fallo, como elemento estructurante del delito de secuestro agravado, se tuvo el hecho de que Velasco Gama apareció con los acusados en el lugar donde se pactó la entrega del dinero, lo mismo que la liberación de este después de que los captores recibieron el numulario.

La correcta tipificación de la conducta realizada por los procesados conforme al supuesto previsto en el artículo 404 del Código Penal, parte de la calidad de servidores públicos que ellos tenían al momento de su ejecución, por cuanto uno era subteniente y el otro patrullero de la Policía Nacional; abusaron de las funciones que desempeñaban en el momento de la realización del acto; y no hay lugar a incertidumbre al considerarse que la contraprestación para no judicializar a Velasco Gama -capturado en flagrancia-, fue la exigencia de varios millones de pesos. Además, el constreñimiento duró exclusivamente lo necesario para obtener el fin ilícito que persiguieron: la entrega del dinero.

No se configura tampoco el delito de prolongación ilícita de la libertad en concurso con la concusión, como lo consideró el magistrado que salvó voto, porque este delito empieza a nacer cuando desaparecen las razones que motivaron la aprehensión legítima, que no fue lo ocurrido, porque “esas razones únicamente habrían desaparecido si, como era lo legal, CRISTIAN JAVIER VELASCO GAMA hubiera sido puesto a disposición de la autoridad competente a causa de su flagrancia delictual”, pero aquí sucedió que en lugar

de hacer esto se constriñó al capturado para la entrega del dinero. Así lo enseña la jurisprudencia, como la calendada el 23 de enero del año en curso, proferida dentro de la radicación 25.392.

Por lo anterior, es imprescindible que la Corte intervenga para que restaure la garantía a un debido proceso y el daño o agravio inferido a los procesados, a fin de que se cumplan los fines de la casación, para que a la conducta por ellos realizada se les aplique el derecho sustancial que corresponde, porque entraña injusticia juzgar e imponer pena por un hecho que, jurídicamente, no se cometió, máxime que las imputaciones fáctica y jurídica deben coincidir.

Se solicita, en consecuencia, casar el fallo impugnado y, en su lugar, decretar la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la audiencia en que se formuló acusación, para que los procesados decidan, frente a un cargo más benigno, si lo admiten o no.

2. En la audiencia de sustentación, además de reiterar la mayoría de los anteriores planteamientos, el casacionista plasmó los siguientes argumentos:

2.1. En el esquema de la Ley 906, el demandante tiene la carga de sustentar el recurso extraordinario en dos ocasiones. La primera, por escrito, que debe ser la más completa, coherente y mejor expuesta, porque este aspecto no se puede dejar a la improvisación ni puede exhibir falta de rigor conceptual; y la oral.

Esas razones hacen que sea la demanda escrita la que, si es admitida, abra la puerta al recurso. De tal manera, entonces, en la oportunidad oral se hace presencia para que haya una intermediación que redunde en “una mejor y más completa comprensión”.

2.2. El fin del recurso es que se repare los agravios causados a los procesados cuando se les imputó y luego resultaron condenados por un delito que no cometieron y por el que se

les impuso una pena en exceso mayor a la que corresponde por el que realmente ejecutaron.

Se advierte el yerro porque el sentenciador aceptó que la retención de la víctima, cuya captura en flagrancia fue legal, cesó de manera definitiva cuando los policías recibieron el dinero, es decir, no se prolongó ni un segundo después de esa circunstancia, situación que coincide con la hipótesis trazada por la Corte de manera inalterada para descartar el delito de secuestro.

El Juzgador, en ese sentido, pese a percatarse de que la víctima Velasco Gama probablemente era un delincuente que fue capturado en flagrancia, entendió de modo equivocado que la posterior exigencia de dinero que le hicieron los policías para no judicializarlo volvía ilegal la captura, sin comprender que la omisión en no judicializar al aprehendido es lo que constituyó el quebranto a la administración pública y el constreñimiento típico de la concusión, el que se agotó con la entrega del dinero, momento en el que Velasco fue dejado libre.

2.3. El yerro en cuestión se concretó desde la calificación jurídica de la conducta, es decir, en la acusación y tiene la entidad suficiente para invalidar la actuación.

2.4. Frente a los hechos materia de juzgamiento, el a quo dispuso en el numeral 5º de la parte resolutive de la sentencia, compulsar –palabra mal usada porque no tiene la significación de expedir algo- copias ante la Fiscalía para que investigara a Cristian Javier Velasco Gama por los presuntos delitos de falsedad y porte ilegal de armas de fuego, decisión que motivó porque aquél suplantó a otra persona al utilizar su identidad y porque no se sabe si tenía permiso para portar arma de fuego; sin embargo, en el fallo se afirmó que la retención de esa persona fue injustificada o indebida, toda vez que debió haber sido puesto a órdenes de la fiscalía de manera inmediata.

No es posible razonar de esa manera, porque si se admitió en las sentencias que Velasco

Gama probablemente estaba incurso en delitos razón por la que fue capturado, resulta legal tal retención en flagrancia, pues ocurrió con respaldo en los artículos 29 de la Constitución, 297, 301 y 302 de la Ley 906 de 2004. De allí que la razón esté de parte de la ponencia inicial en el Tribunal, que posteriormente fue salvamento de voto.

2.4. De acuerdo con la doctrina de la Corte, comete delito de secuestro quien retiene a alguien de manera ilegal con alguno de los propósitos señalados en los artículos 168 y 169 del Código Penal, por lo que “el dolo en este delito contra la libertad individual es pretender que cuando se cumpla o materialice el propósito que motivó la retención, el sujeto activo también a su vez cumplirá la promesa de cesar la misma”, lo que no se ajusta al caso juzgado, pues la retención tuvo como causa la flagrancia en que se encontró a Velasco Gama y no a ningún otro motivo.

Cosa distinta es que con posterioridad a la retención legal y para omitir la consecuente judicialización, los procesados hayan exigido dinero, de donde se tiene que este propósito “no presidió ni acompañó la captura o retención en ninguna de sus fases, sino que nació después de que la misma ya estaba agotada en su legalidad”. Ese dolo posterior fue reconocido, incluso, por el Tribunal en la sentencia.

2.5. El propósito de obtener dinero para no judicializar a Velasco Gama es lo que configuró de inmediato el delito contra la administración pública.

Sin embargo, el Tribunal excluyó de tajo esa realidad, en una equivocada concepción de los artículos que tipifican los delitos de secuestro y concusión, por lo que cabe señalarse que “si de la retención o privación de la libertad no cabe predicar ningún propósito para hacerla cesar si el mismo se cumple (‘dolo de secuestro’), se estará frente a otro delito, precisamente como ocurrió en el presente caso”, en donde primero hubo una retención legal por flagrancia, luego una exigencia de dinero para no judicializar al retenido y finalmente la retención cesó de manera inmediata una vez fue

recibido dicho dinero por parte de los procesados.

Por eso resulta excesivo afirmar, como lo hace el Tribunal, que siempre que hay una afectación de la libertad individual se estructura el delito de secuestro, pues a eso se antepone, por ejemplo, la retención imprescindible necesaria para acceder carnalmente a otra persona o la que es del mismo modo imprescindible para hurtar con violencia.

2.6. Análogo a esos ejemplos, resulta consecuente sostener que la retención de Velasco Gama para no ser judicializado y que cesó en el momento de recibirse la contraprestación originó el delito de concusión mas no el de secuestro.

Al respecto, los falladores admitieron, como lo enseña la realidad procesal, que la retención de Velasco Gama no se prolongó ni un minuto más allá de la entrega del dinero a los policías captores, situación que corresponde a lo que de modo inalterable ha sostenido la Corte respecto a la no tipificación del secuestro “teniendo en cuenta sustancialmente la ‘inmediatez’ de la liberación”.

Aunque las consideraciones hechas por la Corte, entre otras en la sentencia del 21 de febrero de 2007 dentro de la radicación 23.328, han sido referidas al hurto violento acompañado de privación de la libertad, resultan compatibles a los eventos en que el otro delito no sea ese sino, como aquí ocurre, el de concusión.

Por eso se subraya que en este caso, como lo admitió el sentenciador conforme a la realidad procesal, de manera inmediata, una vez se logró el despojo económico, quien fue capturado legalmente y por tanto objeto pasivo de la concusión, se dejó en libertad; es decir, la retención fue la absolutamente necesaria para materializar la entrega del dinero para la cual se constriñó a Velasco Gama.

De tal manera, según los lineamientos fijados por la Corte en las decisiones del 18 de

abril de 2007 –radicación 26.388- y 25 de julio del mismo año, radicación 27.723, es posible sostener que la vigilancia que los procesados ejercieron sobre Velasco Gama sí fue circunstancial, porque no se prolongó ni en mínimo grado después del recibo del dinero.

2.7. Además, debe considerarse que Velasco Gama estuvo relativamente libre, como se afirma en los fallos, porque durante su tiempo de permanencia en la patrulla de los acusados hizo muchas llamadas y ni siquiera se despojó de su pistola, con la que fue visto cuando abandonó ese vehículo.

Pertinente, por ese motivo, resulta el comentario que al respecto expresó el agente del Ministerio Público en el juicio oral, cuando sostuvo que no resultaba muy admisible que una persona que esté secuestrada conserve un arma de fuego.

2.8. La correcta tipificación de la conducta que en realidad ejecutaron los procesados corresponde a la que está contenida en el artículo 404 del Código Penal, que describe el delito de concusión, porque no hay duda, y así quedó estipulado probatoriamente, que tenían la calidad de servidores públicos; y que abusaron de sus funciones, las cuales desempeñaban en el momento de los hechos.

No hay lugar a incertidumbre, entonces, respecto a que hubo un constreñimiento si se considera que la contraprestación para no judicializar a Velasco Gama, recién capturado en flagrancia, fue la exigencia de varios millones de pesos, el cual, el constreñimiento, duró exclusivamente lo necesario para obtener el fin ilícito perseguido por los procesados.

2.9. Por todo lo anterior, resulta imprescindible que la Corte restaure la garantía a un debido proceso y el agravio causado a los procesados, para que se alcancen los fines de la casación, y de ese modo se aplique a la conducta que ejecutaron el derecho sustancial que corresponde, pues envuelve injusticia juzgar e imponer pena por un hecho que jurídicamente no se cometió.

3. El Fiscal Delegado ante la Corte se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó que no se declare la nulidad pedida ni se case el fallo impugnado, con base en las siguientes consideraciones:

3.1. La actuación no refleja la inconformidad planteada por el recurrente, pues los elementos materiales probatorios y las pruebas recaudadas e introducidas en la audiencia de juzgamiento y que respaldaron fáctica y jurídicamente cada momento procesal enseñan que: (i) la imputación que se hizo corresponde, en lo pertinente, al grado de inferencia razonable previsto por el legislador; (ii) la acusación, con la probabilidad de verdad exigida, dio pie para sostener la existencia de la conducta y la responsabilidad de los imputados; (iii) edificó el grado de conocimiento más allá de toda duda que prevé el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Eso dejó al descubierto, en virtud del desarrollo progresivo del proceso y de la valoración jurídica del hecho, la comisión del punible de secuestro extorsivo y el compromiso de la responsabilidad de PEDROZA DÍAZ y RODRÍGUEZ RIVERA como sus coautores.

3.2. No es cierto que se configure el delito de concusión de que trata el artículo 404 del Código Penal, cuya inaplicación refiere el demandante luego de matizar el acto de los procesados como un constreñimiento a la manera de la conducta alternativa fijada en ese tipo penal, para de esa forma desconocer la privación del derecho de locomoción por un lapso de cuatro horas de que fue objeto Cristian Javier Velasco Gama.

3.3. Conforme a los hechos demostrados, es equivocado sostener que la retención de Velasco Gama fue legal, ya que esa privación de la libertad no tuvo otro móvil diferente al económico. No hay demostración de que el motivo determinante de la aprehensión fue ponerlo a disposición de la autoridad competente o crear las condiciones para su judicialización como lo exige el artículo 302, inciso 2º de la Ley 906, por haber sido

sorprendido en flagrancia portando un arma de fuego sin la autorización correspondiente e identificarse con documento presuntamente falso.

3.4. La concusión es un tipo penal compuesto alternativo, entre cuyos verbos rectores está el de constreñir, de cuyo alcance se ha ocupado la doctrina nacional y el término está definido por el Diccionario de la Lengua Española.

3.5. No se puede sostener, en virtud de lo que se viene de ver, que la permanencia de Velasco Gama en la patrulla policial, contra su voluntad y por cuatro horas, sea un constreñimiento que tipifica la concusión y no una privación de la libertad que sirvió para alcanzar pretensiones económicas en contraprestación a la liberación, que es propia del delito de secuestro extorsivo y cuya naturaleza implica el propósito de exigir algo por dejar en libertad a la víctima, lo cual es un auténtico constreñimiento.

3.6. No es cierto el planteamiento de la defensa, según el cual la concusión se agotó con la entrega del dinero, momento en el que de modo simultáneo el aprehendido fue dejado en libertad, y que además la privación de este derecho sólo duró durante el tiempo y dentro de las circunstancias imprescindibles para consumarla y agotarla, porque tal delito es de mera conducta y, por ende, se perfecciona con el simple cumplimiento de la acción descrita en la norma, sin que sea menester que se produzcan determinadas consecuencias materiales o jurídicas.

Por ser tipo de conducta instantánea, con el constreñimiento se produce su perfección y agotamiento, por lo que para efectos de tipicidad no interesa el tiempo que dure la realización de las conductas alternativas señaladas por el legislador.

Tal la razón para que se concluya, contrario a lo que afirma el demandante, que en nada incidió que la retención de que fue víctima Velasco Gama haya sido durante el lapso necesario para que se les entregara el dinero exigido a los policías, pues la conducta configurativa del tipo penal de la concusión se agotó desde el momento en que se hizo

la exigencia, y no con el pago del circulante, porque con tal petición se causa menoscabo a la dignidad, a la moralidad y a la transparencia de la administración pública, ya que lo sancionado por el legislador es la utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y el poder intimidante al realizar esas exigencias.

De allí que sea un despropósito la tesis del casacionista según la cual la retención tuvo ocurrencia exclusivamente por el lapso y en las circunstancias imprescindibles para agotar la concusión, por un lado, porque éste es tipo de mera conducta y, de otro, que no es de su naturaleza arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona, y menos exigir dinero a cambio de su liberación, ya que estas son circunstancias que estructuran otro delito.

3.7. Además, el delito de secuestro extorsivo no tiene como elemento de su estructura el de la temporalidad de la acción, “sino la real y efectiva limitación de la libertad de locomoción y de las posibilidades de determinación del afectado”, acompañada de la exigencia de algo a cambio de la liberación de la persona.

Por eso es desafortunado que se condicione la consumación de un tipo de mera conducta a la obtención de un resultado que a su vez depende de la privación de la libertad de una persona durante un tiempo que de modo caprichoso se quiere calificar como necesario para la producción de un resultado no previsto en el tipo penal invocado para su perfeccionamiento, cuando se dio la afectación de un bien jurídico distinto al tutelado por el tipo penal cuya menor punibilidad se reclama para aplicar.

En ese sentido, la retención de la víctima por cuatro horas no excluye el delito de secuestro extorsivo, pero sí se utiliza a modo de distracción para tenerla como el tiempo necesario para consumir la concusión, pues este delito ya había sido perfeccionado y agotado cuando se hizo la exigencia dineraria y se doblegó la voluntad de la víctima, sin que para eso fuese necesario privarla de la libertad y condicionar su liberación a la entrega del dinero. Esta corriente de pensamiento está ilustrada en la sentencia del 25

de mayo de 2006.

3.8. Con referencia a la libertad relativa de la que, según la defensa, contó Velasco Gama, cabe señalarse que no fue para obrar según su libre albedrío, toda vez que el uso del teléfono fue esencial para conseguir el dinero que le exigieron los plagiarios, de modo que esa forma de comunicación estuvo “bajo el influjo de la fuerza constrictora y únicamente para que se le consiguiera el dinero que se le exigía”.

Aceptar la tesis de la defensa para desnaturalizar el secuestro extorsivo y erigir la conducta desplegada por los condenados en delito de menor punibilidad, significar abrir la vía para que servidores públicos inescrupulosos, bajo la mampara de un delito contra la administración pública ejecuten otros de mayor entidad, como los que atentan contra la libertad individual, con generosos beneficios punitivos no previstos por el legislador.

3.9. Respecto de la mención que la defensa hizo a la tesis del magistrado del Tribunal Superior de Bogotá que salvó voto frente a la sentencia de segunda instancia, se puede sostener que se presentó un concurso material heterogéneo de conductas punibles, pero entre secuestro extorsivo y concusión, sin que al respecto se pueda profundizar por razón del límite que fija el principio de no reformatio in pejus y habida cuenta que se trata de recurrente único.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las tesis expuestas en la demanda de casación y en el debate surtido en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, señalan a la Corte las materias que emergen como objetivo de su consideración.

Así, entrará a estudiar (i) lo relacionado con la demanda de casación y la razón por la cual, conforme al esquema en vigencia, se integra en una fase escrita y en otra oral, así como los objetivos y contenidos de cada una de ellas; (ii) se ocupará de abordar el

régimen que regula el derecho a la libertad con especial énfasis en las posibilidades de restricción; (iii) abordará las estructuras típicas de las conductas punibles de secuestro y concusión a fin de desvelar, conforme a la realidad fáctica patentada en la sentencia demandada, si fue o no correctamente calificada y, por ende, si a los procesados se les desconoció el debido proceso.

1. Sobre la sustentación del recurso de casación

El demandante sostiene que aunque en principio no es claro por qué la ley exige que se sustente el recurso extraordinario en dos oportunidades, la escrita es la que exige mayor rigor conceptual por tratarse la casación de un medio de impugnación extraordinario y sobre la cual finalmente la Corte hará el estudio correspondiente, mientras que la oral es para que se repita de viva voz lo consignado en el escrito a fin de que se produzca una inmediación que lleve a mejor comprensión del asunto.

La tesis del censor es cierta, pero de modo parcial, puesto que conforme está diseñado el recurso extraordinario de casación dentro de la sistemática de la Ley 906, no es posible remitir a dudas que la oportunidad única para sustentarlo es la que señala el artículo 183, que a la letra señala:

“Artículo 183. Oportunidad.

El recurso se interpondrá ante el tribunal dentro de un término común de sesenta (60) días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.”
(Negrillas agregadas).

Es absolutamente claro, entonces, que cuando el legislador establece que el recurso se interpone mediante demanda, en la cual se necesita el señalamiento preciso y conciso de las causales que se invocan y sus fundamentos, significa que exige también que el

respectivo escrito contenga los razonamientos suficientes que lo hagan apto por sí mismo para acceder al siguiente estadio.

Se hace referencia al que tiene que ver con la admisión o rechazo del libelo, que en el Estatuto Procesal está previsto de la siguiente manera:

“Artículo 184. Admisión.

Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo.

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda.”

De ese modo, entonces, si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

tiene a su cargo la atribución de seleccionar para pronunciamiento de fondo las demandas en las que se establece el interés del recurrente, que ostentan correctamente señalada la causal bajo la cual se emprende el ataque contra la sentencia de segunda instancia y cuentan con una exposición clara, suficiente y concisa de los fundamentos que demuestran la afectación de derechos o garantías fundamentales, surge apenas como obvio el lógico entendimiento que la sustentación del recurso extraordinario en la demanda escrita es crucial, porque de ella depende que se allane las puertas a una decisión de fondo por parte de esta Corporación y, lo que por supuesto conlleva evidente trascendencia, a que se colmen las finalidades de la impugnación extraordinaria, es decir, a que se alcance la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías debidas a los intervinientes en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a éstos, y la unificación de la jurisprudencia.

De otra parte, el inciso 3º del citado artículo 184 consagra el principio de limitación, en cuanto, prima facie, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes a las alegadas por el demandante; sin embargo, a renglón seguido y con el manifiesto propósito de que prevalezca el derecho material, le asigna el deber de superar las deficiencias de la demanda para decidir de fondo, en consideración a los mentados fines de la casación, fundamentación de éstos, la posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia planteada.

Surge de tal delineamiento legislativo, entonces, que la primera auscultación que de la demanda hace la Corte trascienda la mera constatación del cumplimiento de aspectos formales, pues si debe superar los defectos del libelo para decidir de fondo frente a las antedichas situaciones, ese examen es de contraste entre su contenido y el desarrollo de la actividad procesal para desvelar si emana manifiesto o protuberante agravio a derechos o garantías fundamentales.

En esa misma perspectiva de razonamiento, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“el recurso de casación procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos. En este punto, es evidente que se prescindió de presupuestos formales que limitan la procedencia del recurso, regla que marca una gran distancia con regímenes anteriores en los que esa procedencia estaba supeditada al cumplimiento de exigencias generalmente relacionadas con la competencia del juez de segunda instancia que profirió el fallo y con la pena imponible al delito. A diferencia de tal régimen, en el actual ese tipo de condicionamientos procesales del instituto desaparecieron.

“Esta nueva regulación permite que todos los problemas planteados en sede de aplicación de la ley penal puedan debatirse en casación y ello independientemente de la punibilidad fijada para el tipo penal de que se trate o de la competencia establecida para su conocimiento. De esta manera, se facilita que la Corte Suprema de Justicia realice los fines del recurso extraordinario de casación, no sólo respecto de ámbitos delimitados por presupuestos estrictamente formales, sino en consideración a los problemas de fondo planteados en todo supuesto de aplicación de la ley penal contenido en una sentencia de segunda instancia.

“Con todo, se impone precisar que la procedencia de la casación contra todas las sentencias proferidas en segunda instancia en procesos adelantados por delitos, se ha armonizado con el reconocimiento de una facultad de selección a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 184, Ley 906 de 2004). En efecto, el Código de Procedimiento Penal permite que la Corte Suprema de Justicia no seleccione aquellas demandas de casación en las que el demandante carezca de interés, se prescinda de señalar la causal, no se desarrollen los cargos o cuando se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas finalidades del recurso. De esta forma se procura mantener un punto de equilibrio entre la procedencia del recurso contra todas las sentencias de segunda instancia, de tal manera que se asegure que los fines de la casación se realicen sin consideración a límites formales, pero, al mismo tiempo, se fijan unos parámetros

que racionalizan el recurso.”²

En uno u otro caso, esto es, sea que se admita la demanda porque se halló que satisfizo los presupuestos de admisibilidad o que se superaron sus deficiencias en aras de las finalidades del recurso, se convoca a una audiencia de sustentación.

¿Qué finalidad puede tener una audiencia cuyo objeto es, según la redacción de la preceptiva –inciso final del artículo 184–, sustentar algo que ya está sustentado?

Para responder ese interrogante la Corte ya ha adelantado algunas respuestas. En auto del 12 de diciembre de 2005³, dejó entrever que la demanda escrita podía denominarse de sustentación mínima, continente de requisitos de admisibilidad, para en la fase posterior profundizarse en los señalados planteamientos. Así lo expuso en esa oportunidad:

“Desde ese punto de vista, con miras a su admisión, el demandante tiene el deber o la carga procesal de elaborar un escrito que bien se puede denominar como de sustentación mínima ⁴, en el cual, además de identificar los sujetos procesales, sintetizar los hechos, la actuación procesal y la sentencia, se debe expresar el interés que le asiste al recurrente; la causal⁵ a cuyo amparo se abordan los cargos que en forma precisa, concreta y coherente se formulan contra la sentencia (principio de autosuficiencia); y las finalidades que se persigue con el recurso (la teleología del recurso), como paso previo para su admisión y posterior sustentación, entendida esta última fase como la posibilidad de desarrollar puntual y específicamente los argumentos consignados en la demanda.”

Sin embargo, posteriormente dejó clarificado la necesidad por parte del demandante de una completa sustentación del recurso en la correspondiente demanda, en los siguientes términos:

“De manera reiterada, por tanto difundida, la Corte ha convenido en sostener que el recurso extraordinario de casación no es instrumento que permita continuar el debate fáctico y jurídico llevado a cabo en el fenecido proceso a manera de instancia adicional a las ordinarias del trámite, sino una sede única que parte del supuesto que el proceso culminó con el proferimiento del fallo de segunda instancia, y que éste no sólo es acertado sino acorde con el ordenamiento jurídico, cuya desvirtuación compete al demandante.

“Tal cometido sólo resulta posible por parte de los intervinientes en la actuación cuyo interés derive del agravio que la ejecutoria de la decisión impugnada habría de causarles, mediante la presentación de una demanda en que no sólo se expresen con claridad y precisión los fundamentos de la pretensión, sino que se demuestre la configuración de al menos uno de los motivos de casación taxativamente previstos por la ley de rito, así como la necesaria intervención de la Corte para cumplir, en el caso concreto, uno o más de los fines que le son inherentes, previstos por el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004, pues no de otra manera podría ser entendida la expresión según la cual, a voces del artículo 183 ejusdem, la demanda debe señalar ‘de manera precisa y concisa’ las causales invocadas y sus fundamentos.

Es tan cierto que el modelo casacional previsto en el nuevo ordenamiento en manera alguna libera al demandante de cumplir con unos mínimos requisitos que le permitan superar el necesario juicio de admisibilidad que por ley compete realizar a la Corte, que el artículo 184 de la Ley 906 de 2004 la faculta para no seleccionar al trámite aquellas demandas en las cuales se establezca que el impugnante carece de interés, no se señala el motivo de casación en que apoya la pretensión desquiciatoria contra el fallo de segunda instancia, se deja de desarrollar los cargos que a su amparo pretendió formular, ‘o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso’.”⁶

Más adelante, la Sala precisó el objeto de los dos estadios, el de presentación de la demanda y el de la audiencia de sustentación, y caracterizó sus particularidades y fines, de la siguiente manera:

“De la conjunción de las normas acabadas de citar –artículos 183 y 184, inciso 2º, se aclara- emerge una conclusión clara: quien pretenda recurrir en casación una sentencia de segunda instancia, tiene la carga de presentar, dentro del término que señala la ley, la demanda, pues con su introducción es que se considera interpuesto el recurso.

“De allí que la Corte en numerosas oportunidades haya sostenido que por tener el recurso extraordinario carácter de control constitucional y legal respecto de las sentencias de segundo grado, cuando quiera que éstas afectan derechos o garantías fundamentales, el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

“De esa manera, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

- “1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;
- “2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se va a dejar evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;
- “3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las

finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

(...)

“Según lo que se viene de ver, la interposición y sustentación del recurso de casación se amalgaman en un solo acto, cual es la presentación oportuna de la demanda.

“En este caso, como se sabe, dentro del respectivo término el defensor del procesado (...) allegó un escrito en el cual dijo ‘presentar el recurso de casación’. Sin embargo, en tal libelo, a pesar de que el defensor menciona en la parte final que observa la violación de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, no hace el menor esfuerzo por presentar los necesarios fundamentos.

“Si bien de esa forma alude a tres de las causales de casación, no desarrolla los cargos de sustentación, esto es, no explica en qué consisten los yerros, de qué naturaleza son, cuál es su relevancia, ni mucho menos se preocupa por señalarle a la Corte la razón por la cual se precisa del fallo para hacer efectivo el derecho material, para lograr el respeto de las garantías debidas a los intervinientes, para obtener la reparación de los agravios inferidos a éstos o para unificar la jurisprudencia.

“Tal omisión parece encontrar explicación en el hecho de que el libelista equivocadamente piensa que contaba con otra oportunidad procesal para hacerlo, pues indica, después de aludir de modo genérico a los tres numerales mencionados del citado artículo 181, ‘que en la adición los respaldaré con las consideraciones y argumentos necesarios’.

“Puede pensarse que con esa alusión el memorialista se refiere a la audiencia de sustentación señalada en el inciso final del artículo 184. Pero desconoce que tal acto se lleva a cabo si y sólo si se ha admitido la demanda o si la Corte superó los defectos de la misma atendiendo los fines de la casación, la posición del impugnante dentro del

proceso y la índole de la controversia planteada.

“De todos modos tal escenario, el de la audiencia de sustentación, no está diseñado para que el demandante adicione, complemente o corrija la demanda, sino para que profundice respecto de los cargos postulados en ella o se pronuncie en relación con los aspectos que dieron lugar a que la Corte superara los defectos técnicos de la misma; del mismo modo, para que los demás sujetos procesales e intervinientes tengan acceso a la debida controversia. En uno y otro evento, la demanda allegada dentro del término señalado en el artículo 183 ibídem, si fue admitida, es el marco y límite del desarrollo de la mentada audiencia de sustentación.

“Frente a tales condiciones, ese primer memorial mediante el cual el defensor presentó el recurso de casación, dado que no contiene ninguno de los requisitos atrás mencionados, como antes fue señalado, será inadmitido.

“Aunque días después de que el proceso arribó a esta Corporación el defensor presentó otro escrito con el que dice adicionar la demanda de casación, es evidente que resulta extemporáneo, circunstancia que impide que sea considerado de manera alguna, pues, como ya se comentó, la presentación y sustentación del recurso de casación se confunden en un mismo momento, el de presentación de la demanda dentro del término de ley, sin que exista otra oportunidad procesal para que el recurrente adicione o corrija el original libelo impugnatorio.”⁷

Ahora, que se sostenga que el momento basilar para que se sustente el recurso mediante la respectiva demanda de casación es el señalado en el artículo 183 de la Ley 906, no significa mirar de soslayo o desdibujar la trascendencia que tiene la audiencia de sustentación a que se refiere el artículo 184 ibídem en su inciso final.

La casación, como recurso extraordinario que se desarrolla al interior del proceso,

aunque por fuera de las instancias por ejercerse a través de él un control de constitucionalidad y legalidad sobre la sentencia de segunda instancia, también está permeada por los principios filosóficos que inspiraron la enmienda Constitucional de 2002 a través de la cual se instauró en Colombia el sistema penal acusatorio.

Entre tales orientaciones se encuentra, sin duda, uno de profunda raigambre democrática, que se advierte en el simple hecho de consagrarse, a modo de derecho, la realización del juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, como aparece en el artículo 250-4 de la Constitución, reformado por el Acto Legislativo n.º 3 de 2002, y en los artículos 8º literal k) y 18 de la Ley 906, último de los cuales estatuye el principio rector de publicidad, de acuerdo con el cual “[L]a actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general...”.

En esas condiciones, si bien, como lo sostiene el actor, es la demanda de casación la que debe contener la adecuada y completa sustentación del recurso, al contrario de lo que afirma, la posterior audiencia de sustentación, de admitirse el libelo, no tiene la huería finalidad de leer ante los Magistrados la referida demanda, pues al fin y al cabo cuando se declaró ajustada o al superarse sus deficiencias ya están al tanto de la materia del debate.

Va más allá, entonces, el propósito de la citada audiencia de sustentación. Su razón de ser fue discutida en el seno de la Comisión Constitucional redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal, al punto que allí se dijo lo siguiente:

“Recuerden ustedes que la Corte Constitucional que había sostenido la importancia y la utilidad, para el proceso de objetivación del derecho y del comportamiento de los tribunales, el fallo por precedente, aquí introdujo una excepción y dijo que el fallo tenía

que ser motivado caso por caso; eso me parece que hay que recuperarlo, el fallo por precedente hay que recuperar las posibilidades de acumular y por supuesto esto puede resultar un tanto estrambótico algunos especialistas, muy depurados del tema de la casación no les gusta, yo soy partidario de que se debe oralizar siquiera una fase. Hay que hacer audiencia en la casación y ese contacto del tribunal de casación, con los litigantes, con quienes debaten, el comportamiento del tribunal, no la responsabilidad en el caso, porque esa ya ha sido dirimida en las dos instancias, el comportamiento del tribunal, es muy importante, para la generación de cultura ciudadana, es muy importante para los procesos de legitimación de las cortes supremas en ese nivel; señor presidente ahí dejaría mi presentación sobre casación.”⁸

De acuerdo con esa orientación que alimentó los posteriores debates en el Congreso de la República, se puede concluir que la audiencia de sustentación del recurso de casación cumple el papel de orientar a la comunidad, de generar cultura ciudadana, pues con libre acceso a ella la sociedad adquiere conocimiento de lo que se demanda de la Corte, que a su vez hace pedagogía sobre el alcance y contenido de los derechos y garantías fundamentales en juego, con lo que, al dar a conocer en el foro sus decisiones, legitima su actuación.

Por eso, en la audiencia de sustentación el demandante no debe ir a leer lo que ya expuso en la demanda, sino que, además de hacer una breve síntesis de lo que planteó en ella, si a eso hay lugar, debe profundizar lo que dijo allí, no sólo para que los demás intervinientes tengan la oportunidad de oponerse o apoyar la pretensión, sino para que la sociedad pueda seguir y controlar la actividad de la judicatura y conocer la manera como sus jueces aplican el ordenamiento jurídico frente a hechos que de una y otra manera la conmueven.

Es esa, no cabe duda, la manera en que el principio de publicidad, caro a la sistemática acusatoria y, en particular, a la legitimidad de la actuación y decisiones de la justicia, se

materializa en el recurso de casación.

2. El derecho a la libertad personal.

Está consagrado en el artículo 28 de la Carta Política, el cual señala:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”

Del mismo modo, el artículo 2º de la Ley 906 lo consagra como principio rector, de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.”

A partir de ese esquema normativo se configura el derecho a la libertad personal como el ámbito esencial para que todo individuo desarrolle su ciclo vital, conforme a sus particulares intereses y tendencias, sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento jurídico y el derecho de los demás.

En punto de las eventuales restricciones a la libertad personal, la Constitución estableció una clara reserva judicial, por cuanto que sólo un juez, con arreglo a los motivos y con las formalidades previstas en la ley, puede ordenar la privación de la libertad de una persona.

Ese alcance también lo fijó la jurisprudencia constitucional cuando señaló que:

“Tal como lo ha venido reseñando la jurisprudencia de esta Corporación, en tanto no existen en el estatuto supremo disposiciones especiales que protejan aspectos concretos de la libertad individual, es el artículo 28 de la [Constitución Política](#), a manera de cláusula general, el que propugna por la defensa e inviolabilidad de este derecho al consagrar tajantemente que “Toda persona es libre”.

“La libertad, como principio y derecho humano, que le reconoce al hombre el poder de autodeterminarse, comprende en su núcleo esencial tanto ‘la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios’, como ‘la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente’⁹.

“De ello se desprende que el derecho a la libertad, si bien ocupa junto con el derecho a la vida un lugar de privilegio en el orden de los principios y garantías individuales, no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Ciertamente, siguiendo lo dicho por la Corte, ‘Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles’¹⁰.

Por eso, el mismo artículo 28 Superior, al definir el ámbito de protección y amparo del

derecho a la libertad, establece los fundamentos jurídicos que dan lugar a su restricción material disponiendo que ‘nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado’, salvo que se cumplan los siguientes presupuestos: 1) que exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que la orden se expida con observancia de las formalidades legales y 3) que los motivos o causas que determinan la limitación del derecho se encuentren previamente definidos en la ley.

El alcance de este dispositivo se armoniza con lo dispuesto en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, que si bien propugnan por la protección del derecho a la libertad, admiten que se le fijen ciertos límites que permitan el adecuado cumplimiento de los fines sociales de los Estados. Es así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobados por el Congreso de la República mediante las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente, disponen en sus artículos 9º y 7º que:

‘Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta’.

Y que:

‘Nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.’

“Obsérvese como, el hecho de que los preceptos citados consagren la protección del derecho a la libertad como un objetivo supremo y al mismo tiempo permitan su restricción a partir de fundamentos legales preconcebidos, hacen concluir que ‘la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es

una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable¹¹.

“No obstante, resulta relevante aclarar que, en materia de restricciones a la libertad personal, la facultad de configuración legislativa resulta válida en la medida en que, de un lado, se mantenga un equilibrio con las demás garantías y derechos reconocidos en la Constitución y en la ley y, del otro, se expidan medidas coercitivas fundamentadas en un principio de razón suficiente que avale su operancia en el orden jurídico interno. En efecto, tal como lo ha sostenido la Corte, ‘aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo’.¹²

“En síntesis, la restricción de la libertad personal por parte del Estado se legitima cuando encuentra fundamento en el conjunto de valores y principios que justifican su existencia. A contrario sensu, los límites establecidos a este derecho fundamental, sin causa que lo amerite, se erige como una clara afrenta al concepto de Estado Social de Derecho.”¹³

Desde luego, la Constitución también se ocupa de un evento que realza que el de la libertad no es un derecho absoluto, toda vez que en su artículo 32 regula el caso de la captura en flagrancia, que ocurre cuando “[E]l delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador.”

De acuerdo con lo que se viene de ver, entonces, de conformidad con la normatividad patria en vigencia, son legales y, por ende, legítimas, las capturas que se presentan en las siguientes situaciones o circunstancias:

i. La mencionada captura en flagrancia, conforme lo señala el artículo 32 de la Constitución y cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 301 de la Ley 906, con estricto cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 302 ibídem, adicionado por el 22 de la Ley 1142 de 2007, en cuanto a la observancia de los términos de disposición ante la Fiscalía General de la Nación, según que la captura sea realizada por una autoridad o un particular, y de presentación al Juez con función de Control de Garantías que corresponda.

ii. De modo excepcional como lo consagra el numeral 1º, inciso 3º, artículo 250 de la Constitución, la ordenada por el Fiscal General de la Nación o su delegado, en los eventos previstos por el artículo 300 de la Ley 906, modificado por el 21 de la Ley 1142, es decir, en los casos en que procede la detención preventiva, esto es, en aquellos a que se refiere el artículo 313 ibídem, la cual debe ser expedida por escrito y de manera motivada, y con una vigencia “precaria que depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden. Por lo tanto, el Fiscal General o su delegado tienen la carga de verificar y mostrar fácticamente de manera continua que las condiciones excepcionales persisten, pues de lo contrario la orden de captura dictada al amparo del artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 perderá su vigencia. Procedería entonces, el hábeas corpus.”¹⁴

iii. La que emite el juez de control de garantías por solicitud del fiscal que dirige la investigación, en los términos del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal.

iv. La que ordena el juez de conocimiento, según se desprende del artículo 299 ibídem, modificado por el 20 de la Ley 1142, cuando “[P]roferida la orden de captura, el

juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual forma deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación.”

v. La detención en flagrancia del adolescente, en los términos y condiciones señalados en el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006.

vi. La privación de la libertad en centro de atención especializada para adolescentes mayores de 16 años y menores de 18, cuando resulten responsables de delitos “cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años”, o cuando “los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años”, según lo señala el artículo 187 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

vii. La llamada captura administrativa, instituida por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-024 de 1994, atribuida a las autoridades de Policía en casos especialísimos y que deriva de lo consignado en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta Política.

Por fuera de esos eventos, con independencia de quien realice la captura o lleve a cabo la privación de la libertad, la injerencia en ese ámbito vital no es ni legal ni legítima y conlleva para quien la realice la respectiva responsabilidad penal, según sea la persona que la materializa y la modalidad en que se ejecute la aprehensión o se prolongue la misma

más allá de los términos establecidos en la ley.

Así, a título meramente enunciativo, resultan trasgresoras del ordenamiento jurídico, es decir, ilegales y, por ende, violatorias del derecho a la libertad, sin perjuicio de que otros bienes jurídicos también resulten afectados: las siguientes conductas:

- i. La toma de rehenes (artículo 148 del Código Penal), que consiste en privar de la libertad a una persona con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, condicionando su liberación a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o para utilizarla como escudo o defensa.
- ii. La detención ilegal y privación del debido proceso (artículo 149), que se estructura, también con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, por la privación ilegal de la libertad a una persona, privándosela del derecho a juicio legítimo e imparcial.
- iii. La desaparición forzada (artículo 165), que es la privación de la libertad de otra persona, seguida de su ocultamiento y de la negativa de reconocer tal privación o de dar información sobre su paradero, sin permitir el amparo de la ley.
- iv. El secuestro simple y el extorsivo (artículos 168 y 169), que se da cuando se arrebatara, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su libertad algún provecho o utilidad, en el segundo caso, o con propósito diferente, en el primero.
- v. El apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (artículo 173) que se hace mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, conducta que reporta agravación si en la primera oportunidad no se permite la salida de los pasajeros, quienes, obvio, por esa razón quedan privados de su libertad.
- vi. La privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial (artículos 174, 175 y 176), conductas todas realizadas por

servidores públicos y que sancionan las privaciones de la libertad que se producen con violación de las garantías y de los requisitos previstos para el efecto en la Constitución y la ley, en hipótesis que pueden ser, entre otras, las siguientes visionadas por la Corte Constitucional en la sentencia que de manera previa estudió la Ley Estatutaria de Hábeas Corpus:

“Como hipótesis en las cuales la persona es privada de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, se pueden citar los casos en los cuales una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de personas, o lo hace sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta.

“También se presenta la hipótesis de que sea la propia autoridad judicial, la que al disponer sobre la privación de la libertad de una persona, lo haga sin las formalidades legales o por un motivo no definido en la ley.

En cuanto a la prolongación ilegal de la privación de la libertad también pueden considerarse diversas hipótesis, como aquella en la cual se detiene en flagrancia a una persona (C.Po. art. 32) y no se le pone a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes; también puede ocurrir que la autoridad pública mantenga privada de la libertad a una persona después de que se ha ordenado legalmente por la autoridad judicial que le sea concedida la libertad. Otra hipótesis puede ser aquella en la cual, las detenciones legales pueden volverse ilegales, como cuando la propia autoridad judicial prolonga la detención por un lapso superior al permitido por la Constitución y la ley, u omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho.”¹⁵

Cabe agregarse que en los delitos tipificados en los artículos 174, 175 y 176 del

Código Penal siempre va comprometido un abuso del poder del que está investido el servidor público, por cuanto significa que la privación ilegal de libertad, la prolongación ilícita de la privación de la libertad o la detención arbitraria especial tuvieron como influjo inspirador el simple arbitrio del funcionario, con la salvedad que, al menos, se puede tener noticia de dónde y bajo órdenes de quién se encuentra, cosas que no pueden ser muy claras o incluso ignorarse en cualquiera de las otras situaciones, siendo, en todo caso, atrocidad mayor la de la desaparición forzada, pues a pesar de señalarse “al particular” como el sujeto agente realizador de la conducta tipificada en el artículo 165, las diferentes experiencias han enseñado que ese particular suele obrar con el auspicio, patrocinio o favorecimiento de agentes estatales.

3. El discurso del casacionista estuvo enfocado en demostrar una errónea calificación de la conducta desde la formulación de la acusación, que llevó a que los procesados fueron juzgados y condenados por un delito que no cometieron, al aplicarse indebidamente los artículos 169 y 170 del Código Penal, que tipifican el delito de secuestro extorsivo y establecen circunstancias específicas de agravación, en su orden, y dejarse de aplicar el artículo 404 ibídem, que describe y sanciona la concusión, falencia que redundó en evidente agravio pues se les impuso una pena excesiva respecto de la verdadera delincuencia realizada.

Frente a esa tesis el interrogante a despejar es: ¿respecto de un mismo fenómeno comportamental es posible que fiscal, juez con función de control de garantías, juez de conocimiento y Tribunal lo aprehendan de tal modo que le asignen las consecuencias de un delito que atenta contra la libertad individual como el secuestro extorsivo agravado, cuando en realidad se trató de uno que afectó la administración pública, como la concusión?

La resolución a esa incógnita parte del conocimiento exacto del suceso que fue llevado a conocimiento de la jurisdicción: en la noche del 9 de noviembre de 2006 los

procesados, quienes a la sazón eran miembros activos de la Policía Nacional y estaban de servicio, entraron a un establecimiento abierto al público situado en el barrio Modelia de esta ciudad, pidieron identificación de las personas que allí departían, entre ellas alguien que se identificó como Edison Alberto Mera Martínez, quien en verdad resultó ser Cristian Velasco Gama, al cual llevaron hasta el vehículo patrulla; Adriana María Serna, compañera del retenido, empezó a recibir varias llamadas en las que le exigían dinero a cambio de la libertad de Velasco Gama, por lo que al cabo de cuatro horas, lapso en que se consiguió la suma por la que finalmente se definió la transacción y ya con el apoyo del Gaula, se hizo entrega del circulante a los captores, quienes liberaron a Velasco, pero de inmediato resultaron, a su vez, capturados.

Esa es la realidad fáctica acreditada en el proceso. ¿Esos contornos entonces, están recogidos por los presupuestos condicionantes de la concusión? o, ¿corresponden, en cambio, a un secuestro extorsivo?

En la audiencia respectiva, el fiscal de la causa formuló la acusación de la siguiente manera:

“La Fiscalía General de la Nación se permite en esta audiencia pública acusar a los señores HEYNER PEDROZO DÍAZ quien nació el 17-04 1981, en Bucaramanga, departamento de Santander, hijo de Carmen y Samuel, identificado con la c.c. número 13.870.923 de ocupación miembro de la Policía nacional, grado subteniente, de la misma manera se permita acusar en esta audiencia al señor PITERSON RODRIGUEZ RIVERA, nacido el 05-02 de 1980, 26 años de edad, hijo de Blanca y de Iginio, se identifica con la c.c. número 80.010894, expedida en Bogotá, patrullero de la Policía Nacional. Imputación fáctica o hechos cuya realización se le atribuye a los coacusados. Primero: el día 9 de noviembre del año inmediatamente anterior, en horas de la noche, 21 y 45 horas, se recibió una llamada en la línea de emergencia del GAULA Bogotá y una persona quien se identifica con el nombre de ADRIANA SERNA PARDO manifiesta que su esposo,

señor EDISON ALBERTO MERA MARTÍNEZ, comerciante en joyas, que aproximadamente a las 7 y 30 de la noche se encontraba departiendo con unos amigos en un sitio llamado Punto MG, ubicado en la carrera 78 con calle 41 del barrio Modelia, se hicieron presentes en ese establecimiento dos personas que vestían con uniforme de la Policía Nacional, procedieron a requisar a quienes allí se encontraban y se llevaron a su esposo, señor MERA MARTÍNEZ, en un vehículo, camioneta de la Policía Nacional. Segundo hecho: dentro de la camioneta de la Policía Nacional retuvieron por espacio de más de cuatro horas al señor EDISON MERA MARTÍNEZ y les exigieron inicialmente la suma de 30 millones de pesos para dejarlo en libertad, acordando inicialmente que conseguirían la suma de 15 millones. Tercer hecho: ADRIANA SERNA recibe varias comunicaciones de su esposo, donde le manifiesta que necesita que consigne la suma de 15 millones de pesos porque lo tienen retenido y porque dicho dinero tenía que entregarlo en los alrededores del barrio Modelia de esta ciudad. Cuarto hecho su señoría y señores acusados: como ADRIANA SERNA no tiene dinero, la víctima, es decir, el mismo EDISON MERA, se comunica con el señor RICARDOM MENDEZ HERNANDEZ, amigo suyo, a quien le solicita le colabore a su esposa en el trámite de conseguir la suma exigida por su liberación. Luego, en una nueva llamada les manifiesta que sus captores no dan más tiempo y que lo están amenazando, por lo que con la asesoría del GAULA se acordó la entrega de unos dineros por los alrededores del almacén Los Tres Elefantes del barrio Modelia de esta ciudad. Último hecho imputado a los aquí coacusados se refiere a que se ubicó la patrulla de la Policía Nacional, camioneta Nissan de placas 03021 de color verde con blanco, donde se observaron dos sujetos vestidos de policía y otra persona de civil que no es otra que la víctima, a quien los policiales le ordenan que reclame el paquete del dinero a su amigo, señor RICARDO MENDEZ HERNANDEZ; una vez recibido la víctima le hace entrega a los policiales del paquete, procediendo a llevarlo a los policiales y procediéndose a dar captura en flagrancia. Atendiendo a la integración de la imputación fáctica y de la imputación jurídica, señores acusados, a ustedes la Fiscalía los acusa a título de coautores del delito de secuestro extorsivo agravado porque retuvieron ilegalmente a

un ciudadano colombiano y por su liberación estaban exigiendo una suma de dinero y se agrava como quiera que a las voces del numeral 5º del artículo 170 del Código Penal ustedes en calidad de servidores públicos, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, exigieron dinero e igualmente esa exigencia del dinero se presionó a través de amenazas. En estos términos me permito presentar la acusación...”

El artículo 169 del Código Penal, modificado por el 2º de la Ley 733 de 2002 -vigente para cuando ocurrieron los hechos-, tipifica el secuestro extorsivo de la siguiente manera:

“El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de veinte (20) a veintiocho (28) años y multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

A su vez, el artículo 404 de la misma obra, define la concusión, así:

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. “

Las diferencias entre una y otra especie delictiva no pueden ser más diametrales. Empiezan por el bien jurídico que tutelan, por cuanto el secuestro protege la libertad individual, mientras que la concusión lo hace respecto de la administración pública.

A partir de los distintos bienes jurídicos que protegen los tipos penales en estudio, se puede deducir el contenido subjetivo del sujeto agente en cada uno de ellos.

En el secuestro extorsivo la violencia ejercida sobre la víctima mediante el arrebatamiento, la sustracción, la retención o el ocultamiento, tiene un objetivo, un propósito, el de exigir a cambio de la libertad un provecho o cualquier utilidad o con fines publicitarios o de carácter político. Aquí el sujeto agente, que puede ser cualquier persona, como forma de alcanzar su cometido avasalla de manera violenta la libertad de la víctima así como ataca la voluntad de quienes son receptores de las exigencias porque condiciona la liberación al cumplimiento de sus exigencias.

Sin embargo, como desde antaño ha dicho la Corte, la norma que tipifica el secuestro

“...sólo exige como resultado el arrebatamiento, la sustracción, retención u ocultamiento de una persona, bastando para la consumación del delito que esta conducta se realice con el ‘propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad’, de donde se desprende con absoluta claridad que no es necesaria la efectiva obtención del provecho o utilidad buscado por el secuestrador, ya que el texto legal no la exige, lo cual es apenas razonable, tratándose, como ya se anotó, de un delito que fundamentalmente atenta contra la libertad individual.

“Basta, pues, aparte de la privación de la libertad, la existencia de alguno de los propósitos señalados en la norma, que vienen a conformar lo que la doctrina identifica como elementos subjetivos del tipo, y cuya no materialización deriva en el no agotamiento de la conducta, dejando intacta la consumación de la misma.”¹⁶

Expresado de otra manera, el secuestro extorsivo se consuma cuando el sujeto agente retiene, sustrae, oculta o arrebatata una persona con alguno de los propósitos señalados en el tipo penal, puesto que si lo alcanza ya no incide en el resultado -pues éste se concretó en la privación de la libertad con alguno de los señalados fines- sino en el agotamiento de la conducta, con relevancia jurídico penal en la medida en que está consagrada como una circunstancia de agravación punitiva, según lo señalado por el artículo

170-8 de la Ley 599.

En la concusión, que sólo puede ser realizada por un servidor público, media a la indebida exigencia o a la entrega o a la promesa de entregar dinero o cualquier otra dádiva, el abuso del cargo o de las funciones. Aquí la víctima se ve sometida al poder que ostenta el funcionario que lo constriñe o induce, toda vez que

“[E]l abuso de cargo se convierte en medio eficaz para la coacción a través de la cual el sujeto constreñido, ante el temor del desempeño arbitrario de la autoridad, accede a la prestación indebida. Se deduce entonces una intrínseca relación entre el abuso de investidura, el constreñimiento, y la exigencia ilícita”.¹⁷

Queda consumado el delito, entonces, cuando el servidor público constriñe o induce a alguien a dar o prometer a ese servidor o a otra persona, dinero o cualquier utilidad indebidos, o cuando los solicita, siendo indiferente desde la óptica punitiva, al menos como factor real que incrementa las fronteras punitivas, la fase del agotamiento, es decir, la obtención, que, sin embargo, sí puede incidir al momento de tabular la concreta punibilidad como una circunstancia que desvela la gravedad del acto.

Sin embargo, ya la Corte había tenido ocasión de señalar la inexistencia de similitud entre las figuras punibles de la concusión y el secuestro extorsivo, cuando sostuvo que:

“Ninguna similitud jurídica existe entre la descripción típica que el artículo 140 del Código Penal (Decreto 100 de 1980, se aclara) hace de la concusión, con la que el artículo 268 ibídem respecto al secuestro extorsivo, pues aunque en uno y otro puede haber exigencia de dinero, dada la naturaleza del bien jurídico protegido no puede en ningún caso descuidarse el análisis de la situación fáctica en que la misma se presenta.

(...)

Tampoco puede entenderse, que la privación de la libertad o cualquier otra limitación a la libertad de locomoción, pueda utilizarse como una forma del constreñimiento a que se refiere el artículo 140, pues resulta incuestionable que si el sujeto acude a mecanismos de presión de esta naturaleza para lograr un provecho ilícito de parte de su víctima no es el bien jurídico de la administración pública el que resulta vulnerado, sino bienes jurídicos de la más alta categorización dentro del plano de los derechos fundamentales constitucionales de las personas, como lo son la libertad de locomoción, la autonomía personal y por su puesto la dignidad humana, ya que la víctima queda sometida a la voluntad de su captor, debiendo hacer lo que este le permite y le obliga bajo la amenaza de causarle un perjuicio.

(...)

Si la exigencia de dinero se hace reteniendo o privando de la libertad a una persona, ninguna duda puede existir de que se está ante un secuestro extorsivo, pues lo exigido se constituye en el precio de la libertad de quien involuntariamente la ha perdido.

En efecto, el delito de secuestro extorsivo, de conformidad con la descripción típica que hace el artículo 268 del Código Penal, tiene como núcleo principal la afectación de la libertad personal, de ahí, que las conductas alternativas allí previstas, en su sentido natural implican su vulneración, tales como arrebatarse, sustraer, retener, ocultar a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier otra utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político".¹⁸

De acuerdo con el anterior proemio, el planteamiento del recurrente, según el cual la delincuencia actualizada por los procesados fue la concusión toda vez que capturaron a Velasco Gama en estado de flagrancia y luego lo constriñeron para que les entregara un dinero para no judicializarlo, cometido en el que el lapso de retención fue el

estrictamente necesario para agotar la conducta, pues una vez obtuvieron la prestación liberaron de inmediato a la víctima, está fundado en argumentos abiertamente sofísticos.

En efecto, el primero de ellos está contenido en la tesis consistente en que Velasco Gama fue capturado en flagrancia y que éste fue constreñido por los policiales para que les diera dinero a cambio de no judicializar el caso, lo que es tan claro, según el pensamiento del censor, que en el fallo de primera instancia se ordenó la compulsión¹⁹ de copias para que aquél fuese investigado por un posible atentado contra la fe pública y por un posible porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Tiene carácter de distracción semejante afirmación, pues ya se evocó que el secuestro extorsivo alcanza consumación cuando se priva a otro de la libertad con el propósito de exigir un provecho u otra utilidad, para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

En este caso, surge claro que los procesados no retuvieron a Velasco Gama porque hubiese suplantado a otra persona o en razón a que llevara consigo un arma de fuego, sino para exigir por su liberación una suma de dinero. Tanto es así, que no existe el mínimo registro oficial de la aprehensión, en cambio, sí, como fue invocado en los fallos, de las reiteradas llamadas que recibió Adriana María Serna, primero, y después Ricardo Méndez Hernández -amigo de la víctima y que se encargó de llevar el circulante hasta el sitio que indicaron los plagiarios-, en las que se hacía la exigencia, incluso con amenazas a la vida del secuestrado.

Sobre el grado de conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del delito de secuestro y de la responsabilidad de los procesados, en la audiencia de lectura de fallo señaló el a quo:

“En síntesis, en el juicio la Fiscalía, a través de los medios de prueba analizados en

precedencia demostró contundentemente la ocurrencia de seis acontecimientos trascendentales que se constituyen inequívocamente en elementos estructurales del delito de secuestro extorsivo agravado: 1.- La aprehensión y retención del ofendido CRISTIAN JAVIER VELASCO GAMA por parte de dos hombres que portaban uniformes de la Policía. 2.- La retención injustificada del mencionado CRISTIAN JAVIER VELASCO GAMA por parte de los aludidos aprehensores, por más de cuatro horas. 3.- La exigencia dineraria de los captores de VELASCO GAMA a la esposa de éste. 4.- La entrega real y material a los captores de VELASCO GAMA de un paquete que contenía 11 millones de pesos, que simulaba contener 15 millones. 5.- La aparición de VELASCO GAMA con los acusados en el lugar donde se pactó la entrega del dinero, así como la liberación (de) éste después de recibir sus captores el dinero en mención. 6.- El intento de fuga de los captores y la circunstancia de éstos haber escondido durante su huída el paquete que contenía el dinero que se les entregó. De otra parte, dijo el señor Juez que resultaban ciertas las afirmaciones del Ministerio Público, en el sentido que la retención indebida de una persona y la exigencia de dinero para su liberación, tipifica el punible de secuestro extorsivo, sin importar si la víctima registraba antecedentes o se trataba de un avezado delincuente; pues la Carta Política garantiza el derecho a la libertad a unos y otros, y respecto de los delincuentes, su aprehensión y retención por delinquir, debe estar sujeta a unos procedimiento, que en este caso se inobservaron (...) Importante resulta advertir que la conjetura que expuso uno de los defensores, respecto de la posibilidad de que VELASGO GAMA hubiese sido retenido legalmente por la falsedad en su identidad y el porte ilegal de armas, y que el dinero recolectado y entregado a los acusados hubiese sido un medio que utilizó GAMA VELASCO para comprar la conciencia de éstos a cambio de su liberación, es una hipótesis que, a más de no haberse planteado oportunamente para ser controvertida en el juicio, en la práctica no pudo ocurrir; por cuanto, de haber sido así, lo lógico es que VELASCO GAMA, inmediatamente después de capturado por los acusados hubiese sido conducido a alguna dependencia policial o puesto a órdenes de la Fiscalía; que se le hubiesen impuesto sus derechos de capturados; que los policiales

captore hubiesen pedido apoyo a sus compañeros para disponer de un operativo encaminado a capturar en flagrancia a quien le ofreció dinero, y que ante la presencia de los policiales del Gaula, los acusados no hubiesen huido, y menos aún escondido el dinero que recibieron...”

Sobre el punto de la supuesta legalidad de la aprehensión de Velasco Gama por parte de los acusados, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“Sobre la tesis en el sentido que los acusados actuaron en supuesto cumplimiento (de) deber legal, para la Sala resulta desvirtuada con las pruebas analizadas, pues aunque no se discute que VELASCO GAMA se identificó con la cédula de EDISON MERA MARTÍNEZ y fue aprehendido luego de una requisita general a quienes se encontraban en el establecimiento público administrado por MARÍA CRISTIN A BUSTOS DE GARNICA, lo cierto es que no fue conducido a las instalaciones policiales, sino a sitio diferente, lo que evidencia su afectación de libertad.

Así, no carece de lógica, como lo sostiene uno de los recurrentes, que se realizara un secuestro público, pues de acuerdo con el relato de los hechos anteriormente analizado, luego de fingir la captura legal de la víctima, los enjuiciados procedieron a realizar exigencias dinerarias.

A dicha situación se suma la exigencia dineraria realizada a cambio de la libertad de la víctima, luego refulge con absoluta claridad que los encausados no actuaron cumpliendo un deber legal, sino transgrediendo la normatividad penal, específicamente el artículo 169 del Código Penal que consagra el delito de secuestro extorsivo, en este caso agravado por servidor público perteneciente a la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 170, numeral 5.”

No obstante la claridad que sobre el acontecer fáctico tuvieron los juzgadores de las instancias, se debe afirmar que la única posibilidad legítima de actuación por parte de una

autoridad que captura a una persona en situación de flagrancia, es la de conducirla de inmediato, o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación, como lo señala el inciso 2º del artículo 302 de la Ley 906. Cualquier dilación torna en ilegítima la aprehensión y activa los mecanismos constitucionales y legales consagrados para proteger la libertad personal, como el hábeas corpus, y compromete la responsabilidad del servidor público que se desvía de su deber.

Nocivo mensaje se envía a la sociedad y flaco servicio se le hace al ámbito de protección de las garantías ciudadanas, admitir que cualquier servidor público que captura a una persona puede sustraerla del manto protector de las normas constitucionales y legales, para avasallar su libertad y disponer de ella a su antojo, mientras presiona la entrega de dinero o cualquier otra utilidad como condición para dejarla en libertad, apenas incurre en delito contra la administración pública, cuando es evidente que tal forma de proceder agravó otros superiores intereses y se amolda a figuras típicas de mayor riqueza descriptiva, como es, por supuesto, el secuestro extorsivo.

Es por eso que tampoco soporta el menor análisis la teoría del casacionista, según la cual en este caso la privación de la libertad perduró por el tiempo estrictamente necesario para que se agotara la inexistente concusión, puesto que de modo simultáneo a la entrega del dinero exigido se produjo la liberación del capturado, motivo por el cual se trata de una situación homóloga a la que ha sostenido la Corte para dilucidar cuándo se está en presencia de concurso entre hurto con violencia a las personas y secuestro.

Oportuno resulta rememorar, entonces, lo que sobre el particular tiene sentado la Corte

“...como el legislador no exige como ingrediente de los tipos penales de secuestro (simple o extorsivo) que la privación de la libertad tenga una duración mínima determinada, es suficiente que se demuestre que la víctima permaneció efectivamente detenida en contra de su voluntad durante un lapso razonable para entender que los

implicados le impidieron desplazarse libremente.

Esa razonabilidad permite distinguir el delito de secuestro del ilícito de hurto calificado por la violencia ejercida sobre las personas, en tanto éste comporta un contacto con la víctima que se retiene por el lapso necesario mientras es despojada de sus efectos personales, pero inmediatamente después puede continuar ejerciendo su derecho de locomoción.

Los tiempos posteriores o adicionales al despojo de los bienes que la víctima lleva consigo, en que permanezca retenida por obra de los implicados en el delito, ya configuran el delito de secuestro, puesto que implican de suyo un atentado contra la libertad individual, así esa retención se utilice para asegurar el producto del ilícito inicial o de otro ilícito, o para incrementar el botín a través de otro tipo de gestiones, o para facilitar la fuga, o para seguir cometiendo delitos diferentes, como ocurre en el caso del hurto calificado por la violencia cuando se continúa delinquiendo, utilizando elementos conseguidos con el primer despojo, todo mientras el sujeto pasivo de la delincuencia sigue sin poder moverse a su arbitrio porque la fuerza de los implicados se lo impide”²⁰.

Para forzar la analogía y vincular las dos situaciones como si se tratara del mismo fenómeno, el actor parte de un presupuesto falso: que la retención fue lícita y que el constreñimiento se hizo para no proceder a la judicialización del caso.

Empero, en primer lugar, no hubo captura en flagrancia, apenas una apariencia de la misma, pues desde un primer momento la intención de los procesados al retener a VELASCO GAMA era la de pedir dinero por su liberación; si hubiese sido lo contrario, es decir, si se hubiese tratado de un operativo en regla, apenas lógica habría sido la práctica de una requisita a aquél en el lugar en donde se hallaba departiendo y, por tanto, se habría dado el hallazgo, a la vista de los contertulios, del arma que portaba y les habría permitido a éstos deducir que fue ese el motivo de la retención. Eso explica que al

recobrar la libertad todavía llevara en su poder el artefacto, en cuanto los procesados no estaban interesados en saber lo que tenía encima VELASCO, sino en la obtención dineraria al rebajarlo a la condición de mercancía intercambiable.

De allí que sea insostenible, de otra parte, la tesis de un concurso entre el secuestro extorsivo y la concusión, porque es diáfano que los sujetos agentes actuaron al margen de sus atribuciones legales y reglamentarias.

En segundo término, no es admisible desde ninguna óptica, por no hallarnos frente a una concusión, que las cuatro horas que estuvo privado de su libertad de locomoción fue el tiempo estrictamente necesario para la consecución del dinero y que, por tanto, no hubo una prolongación más allá de ese lapso indispensable, porque la liberación de VELASCO GAMA se produjo coetáneamente con el recibimiento del producto de la ilicitud.

Según tan peregrina tesis, igualmente necesarias habrían sido doce horas o un día o una semana de privación de la libertad para que la esposa del retenido consiguiera los 30 millones de pesos que fueron pedidos inicialmente como contrapartida, y, por tanto, se seguiría hablando de concusión si la retención no va más allá del intercambio de la persona por el dinero. Nada puede ser más absurdo, pues en este caso ya un minuto de retención fue exagerado.

Para expresarlo mejor, en las condiciones que materializaron la retención de VELASCO GAMA, apenas ocurrió ésta quedó consumado el secuestro extorsivo, en la medida que los acusados desde el primer momento tuvieron la intención de llevárselo para exigir por su liberación una gruesa suma de dinero.

Por lo demás, la coetaneidad entre la liberación y el pago no representa de ninguna manera argumento válido para pregonar existente el delito de concusión, simplemente, porque en ambos casos, como la dogmática lo enseña, lo que se ha obtenido es el

agotamiento, a través del pago, de la pretensión económica que perfectamente puede hallarse común en ambas ilicitudes.

Incluso, un mejor argumento, o uno contrario perfectamente legítimo, enseña que si se obtuvo el pago del dinero es porque precisamente la privación de la libertad estaba atada a esa contraprestación económica para cesar el daño latente en el hecho, configurando así en toda su extensión descriptiva el delito de secuestro extorsivo.

De igual manera, alguna afortuna podría tener la tesis del recurrente, si pudiese afirmarse que el delito de concusión necesariamente reclama, para configurarse, de la privación de la libertad de la persona.

Pero, como suficientemente se conoce que la delincuencia en trato opera a través de variados medios, desde luego ajenos a ese recurso extremo de privar de su capacidad locomotiva a la persona, resulta arbitrario significar que lo ocurrido en punto de la libertad del afectado hace parte inescindible de la concusión que se pregonaba sucedida.

Porque, si se alega que la entrega del dinero opera como contraprestación para que no se “judicialice” a la persona en razón de los presuntos delitos por ella ejecutados, es lo cierto que para el efecto carece de sentido obligar a la persona a permanecer al cuidado de los uniformados.

Claro, podrá decirse que esa “custodia” era necesaria por razón de la captura flagrante del ciudadano, pero con ello se olvida que carecía de sustento legal, o mejor, se aparta completamente de la función de los uniformados, ese trasegar de arriba abajo con el afectado, pues, la obligación propia de lo ocurrido consistía en ponerlo a disposición de la Fiscalía.

Entonces, desde el mismo momento en que los policiales abordaron a la persona y en lugar de proceder como su función lo obliga, al punto de obviar siquiera registrarlo,

decidieron privarlo de la libertad para exigir a cambio el pago de una gruesa suma de dinero, el asunto mutó de una conducta funcional, a una común en la que la condición de servidores públicos apenas sirvió de medio para facultar la privación de libertad.

Mírese cómo, para profundizar en el asunto, el delito de concusión implica que ese cargo o función desempeñada por el sujeto activo, represente por sí mismo el factor desencadenante del temor del afectado y, por consecuencia de los efectos que se estiman posibles, entregue o se avenga a entregar el dinero o utilidades solicitadas.

Entonces, si sucede que el cargo o función no son los elementos trascendentes en la decisión de atender a los requerimientos del servidor público, o mejor, no aparecen como el elemento constrictor fundamental, sino, como aquí se despejó, la legítima pretensión de alcanzar la libertad menoscabada, de entrada se advierte que el tema ya no puede abordarse dentro de los delitos propios de sujeto activo calificado.

Junto con ello, una simple contrastación de los bienes jurídicos en juego cuando de abordar ambas conductas en conflicto se trata, permite verificar de entrada que esa libertad menoscabada de forma completamente ilegal y con la proterva intención de obtener réditos económicos, supera con mucho la protección que respecto de la transparencia y moralidad de la función pública se pretende con la consagración típica del delito de concusión.

Con todo, para que quede claro el asunto, se debe afirmar de modo enfático que frente a la privación de la libertad de las personas, bien sea en situación de flagrancia o en cumplimiento de mandamiento escrito de una autoridad judicial competente con las formalidades señaladas en la Constitución y la ley, no es tolerable la extensión de esa privación de libertad ni por un segundo más allá del estrictamente necesario para que sean llevadas ante el funcionario que corresponda.

Cosa distinta es que esa retención por más tiempo del debido configure ilicitud distinta del

secuestro extorsivo cuando, por ejemplo, no se tiene la finalidad de obtener dinero u otra utilidad.

De otra parte, que se sostenga que en ese lapso de algo más de cuatro horas VELASCO GAMA estuvo en relativa libertad, pues hizo varias llamadas tanto a su esposa como a su amigo Ricardo Méndez Hernández y, por tanto, no se trataba de un secuestro, es una posición insostenible puesto que las llamadas, como se plasmó en las sentencias de las instancias, fueron permitidas para presionar la entrega del dinero; al contrario, tales comunicaciones forzadas enseñan que aquél no se hallaba en libertad y que la privación de la misma nada tenía de legal.

De lo que se viene de ver se deriva, entonces, que no hubo una incorrecta calificación de la conducta ejercida por los acusados y, por ende, ningún agravio a las garantías debidas a ellos hubo en el desarrollo de la actividad procesal.

Por tanto, no se decretará la nulidad pedida ni se casará la sentencia demandada.

En mérito de lo expuesto, la CORTEN SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia proferida el 29 de octubre de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra HEINER PEDROZO DÍAZ y PITERSON RODRÍGUEZ RIVERA, que los declaró responsables del delito de secuestro extorsivo agravado.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

Comisión de servicio

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Para el análisis del caso en la demanda se evocó la sentencia del 18 de abril de 2007, dentro de la radicación 26338, que trata del concurso de delitos entre hurto calificado con violencia contra las personas y las cosas y secuestro.

2 Sentencia C-590/05. En esa decisión, más adelante el Tribunal Constitucional concreto: “La ley dispone que la Corte no puede tener en cuenta causales diferentes que las alegadas por el demandante. Pero eso sólo es ‘en principio’ pues, a renglón seguido dispone que ‘deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo’ y señala los parámetros que debe tener en cuenta para proceder de esa forma y que son los fines de la casación, su fundamentación, la posición del impugnante dentro del proceso y la naturaleza de la controversia planteada”.

3 Radicación n.º 24.193.

4 Cfr, Corte Suprema de Justicia, auto de junio 22 de 2005, radicado 23701.

5 El artículo 181 consagra tres causales: 1. La falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso; 2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes: 3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

Cuando el objeto de censura es exclusivamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelve el incidente, se deben tener en cuenta las causales y cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

6 Auto de casación del 13 de septiembre de 2006, radicación n.º 25.727

7 Auto de casación del 23 de noviembre de 2006, radicación 26.254.

8 Acta n.º 34 Comisión Redactora, intervención del Mag. Fernando Arboleda Ripoll., 24 de abril de 2003

9 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-301 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 SC- 578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Sentencia C-327/97, M.P. Fabio Morón Díaz.

12 Sentencia C-327/97, M.P. Fabio Morón Díaz.

13 Sentencia C-634/00

14 Sentencia C-185/08

15 Sentencia C-187/06.

16 Sentencia de Casación del 17 de enero de 1989, radicación 3032.

17 Sentencia de casación del 25 de marzo de 1993, radicación 7398.

18 Corte Suprema de Justicia, auto de colisión de competencia del 23 de abril de 1996, radicación 11.472.

19 El demandante afirmó que fue usado en esa decisión de manera incorrecta el vocablo compulsar. Al respecto cabe señalar que aunque el significado de compulsar es “Cotejar una copia con el documento original para determinar su exactitud”, según enseña el Diccionario Esencial de la Lengua Española, el uso cotidiano, de modo particular y preponderante en la diaria práctica forense, se usa y entiende como equivalente a expedir, y es finalmente el significado que en la vida corriente se le asigna a las palabras lo que permite una fluida comunicación entre los miembros de una comunidad.

20 Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación del 25 de mayo de 2006, radicación 20.326.