

Proceso nº 36603

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado acta Nº225

Bogotá, D. C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

VISTOS

La Corte resuelve acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Marinecy Ballena Parra, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta, el 29 de noviembre de 2010, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, Adjunto de Descongestión, de la misma ciudad, el 10 de mayo de esa anualidad, que la condenó como coautora de la conducta punible de secuestro extorsivo agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el fallador de primer grado, así:

“Como se encuentra consignado en los autos, da cuenta la denuncia instaurada por el señor ALEJANDRO ENRÍQUEZ y las demás piezas obrantes a la foliatura, a través de éstas conocemos que el sábado 16 de diciembre de 2006, a la Casa No. 12 del conjunto

cerrado Tamarindos Club, del municipio de Villa del Rosario, entre las 19.30 y las 20.00 horas llegó una camioneta blanca GRAND VITARA o TERIOS, de la que descendió uno de sus ocupantes y luego de ingresar a la vivienda, de charlar brevemente con la señora MARYNECY BALLENA PARRA, ésta y sus dos hijas A... y N..., salieron y abordaron el vehículo con rumbo desconocido, pero antes de partir ésta dijo a su amiga la señora LUDOVINA PATRICIA VALENCIA PASMIÑO, que salía debido a que ALEJANDRO, su ex marido, había sufrido un atentado y le pidió que no se comunicara con nadie.

Al día siguiente, 17 de diciembre, a eso de las 7.15 de la noche, el denunciante ALEJANDRO ENRÍQUEZ recibió una llamada a su celular de parte de un individuo que diciendo ser miembro de una cooperativa, lacónicamente agregó no se preocupara por sus hijas y esperara pronta comunicación, por esto y luego de algunas averiguaciones, decidió concurrir ante el GRUPO GAULA REGIONAL CÚCUTA e informar lo ocurrido, inmediatamente se dispuso entrevistar a varias personas cercanas a la pareja como son LUDOVINA PATRICIA VALENCIA y MARÍA ISABEL ENRÍQUEZ, amiga y ex cuñada respectivamente de la presunta desaparecida, las cuales informaron que ese sábado 16 de diciembre de 2006, acompañaron a MARINECY a CARREFOUR a hacer algunas compras y regresaron a Villas del Rosario, pero en horas de la noche ella abandonó el hogar en compañía de sus dos hijas, aduciendo que su ex marido había sufrido un atentado.

En desarrollo de la investigación previa, la Fiscalía Delegada ante el GAULA ordenó pruebas y comisionó a la Unidad Investigativa de este cuerpo, logrando conocer a través del denunciante ALEJANDRO ENRÍQUEZ y de quienes declararon, varios aspectos relacionados con la extraña desaparición de las menores y su progenitora, posteriormente se conocieron las llamadas extorsivas que hizo alias ROMANO al señor ENRÍQUEZ, como también la comunicación escrita que recibió en la que le exigieron como rescate por la liberación de sus hijas la suma de mil millones de pesos, información que se encuentra consignada en las transliteraciones que hizo ese comando especial de las llamadas

extorsivas recibidas por ALEJANDRO ENRÍQUEZ.

En efecto, el 22 de enero de 2007, ANDREA ENRÍQUEZ, hermana del denunciante, recibió una llamada en la que le preguntaron si ese era el teléfono de ANDREA, la hermana de ALEJANDRO, e inmediatamente cortaron la comunicación, para el 24 de enero de 2007 se realizó otra llamada y una voz masculina le dijo que le informara a su hermano que acudiera a la empresa de transportes OMEGA, y reclamara un sobre a su nombre, hallando éste una nota que rezaba: NO MÁS TV. PRENSA, NI POLICÍAS, OJO SÓLO UNA OPORTUNIDAD, NO MÁS. TE LLAMARE. \$1.000 ROMANO y adjunto encontró una tarjeta simcard de COMCEL, recorte del periódico LA OPINIÓN donde aparecen las fotografías de sus hijas y unas cartas de las menores secuestradas.

El 25 de enero, cuando ALEJANDRO ENRÍQUEZ activó su teléfono celular 313 804 37 78, recibió dos llamadas, una en la mañana y otra en la noche, originadas desde los abonados celulares 313 804 37 70 y 313 805 91 88; en la primera un individuo diciendo ser ROMANO le propuso llegar a un acuerdo económico, corroborándole que él fue quien le envió las pruebas que acreditaban la supervivencia de sus familiares, que es posible rebajarle la exigencia a \$150.000.000; en la noche aquél individuo volvió a llamarlo y exigió \$200.000.000 y prometió hablar con el personal para estudiar la posibilidad de rebajar la suma y que posteriormente lo llamaría.

Sin embargo, al denunciante le pareció raro que todo esto ocurriera precisamente después de que MARINECY y él firmaron el divorcio, como extraño le resultó que su ex mujer al salir de su casa dijera que lo hacía debido a que él había sufrido un accidente, puesto que tal cosa no era cierta, como también es raro que el individuo que lo llamó, le hiciera saber que lo ha visto en un vehículo burbuja rojo, infiriendo que se trata de alguien cercano que estaba vigilando sus movimientos; posteriormente ALEJANDRO recibió otra llamada telefónica, en la que el delincuente exigió la suma de \$350.000.000, finalmente acuerdan el valor de \$50.000.000 como rescate y se siguen surtiendo otras comunicaciones hasta

que el día 16 de marzo de 2007, se produjo la captura de Harold Díaz, luego de lograrse la liberación de sus menores hijas en la vecina República de Venezuela”.

2. Por los anteriores hechos, el 31 de octubre de 2007 la Fiscalía General de la Nación, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, entre otras personas, contra Marinecy Ballena Parra por el delito de secuestro extorsivo agravado.

3. El expediente pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, Adjunto de Descongestión, autoridad que luego de tramitar el juicio, el 10 de mayo de 2010, condenó, entre otras personas, a Marinecy Ballena Parra a la pena principal de 32 años y 6 meses de prisión y multa equivalente a 21.875 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, como coautora de la conducta punible de secuestro extorsivo agravado.

4. Apelado el fallo por el defensor de la procesada, el Tribunal Superior de Cúcuta, el 29 de noviembre siguiente, lo confirmó en su integridad.

Contra la anterior decisión, el profesional del derecho que vela por las garantías de Marinecy Ballena Parra, interpuso recurso de casación.

S Í N T E S I S D E L L I B E L O

Al amparo de la causal tercera, según la sistemática reglada en la Ley 600 de 2000, presenta un único reproche de la siguiente manera:

Único cargo

Acusa que hay un error en la denominación jurídica, puesto que el delito que se estructura no es el de secuestro extorsivo agravado, sino el de ejercicio arbitrario de

custodia de menor de edad.

El anterior error lo demuestra a través de la violación directa de la ley sustancial, en orden a evidenciar la aplicación indebida del artículo 169 del Código Penal y la exclusión evidente del 27, 230 A y 244 del mismo estatuto.

Manifiesta que para el juzgador de segundo grado la sola supresión de la libertad de locomoción de las menores, tipificó el delito de secuestro, para lo cual procede a transcribir varios fragmentos de la decisión recurrida.

Luego de definir el delito de secuestro y el de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, asevera que por razón de la separación de las parejas, derivada de conflictos familiares, se tipificó la última conducta punible citada.

Agrega que en este caso y por razón del principio de especialidad, el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, es el que se estructura en este asunto, en tanto la señora Ballena Parra, en orden a doblegar la voluntad de Enríquez Marín, “para que hiciera entrega de una cuantiosa suma de dinero, motivada por la insatisfacción en el acuerdo de separación patrimonial, suscrito por los ex cónyuges y por ello, mediante el uso de la amenaza, se conspiró contra la voluntad del denunciante, trasladando la residencia de sus hijas menores a un lugar ajeno al sitio habitual, sin el consentimiento del otro padre, pero siempre permaneciendo con ellas y obviamente, autorestringiendo su propia libertad de locomoción y la de sus hijas, en la medida en que se aisló del mundo exterior temporalmente”.

Destaca, la exigencia económica no lleva fatalmente a predicar el punible de secuestro extorsivo, máxime cuando la madre siempre estuvo con las niñas hasta el día en que presuntamente fueron rescatadas, razón por la cual dicho acontecer se traduce en la infracción de extorsión.

Por tanto, sostiene que se está ante un concurso heterogéneo y sucesivo de tipos penales, puesto que el ocultamiento de las niñas era el medio necesario para obtener una compensación económica.

En consecuencia, concluye que esa desaparición tuvo fundamento en un pedido patrimonial, esto es, hay una estrecha vinculación económica entre los punibles de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad y extorsión.

De otro lado, informa que no resulta atinada la imputación de secuestro, puesto que la misma tuvo génesis en la ruptura y crisis matrimonial, motivo por el cual su defendida debe ser condenada por los delitos nombrados anteriormente, este último en modalidad de tentativa.

En tales condiciones, depreca de la Corte la casación de la sentencia, declarando la nulidad a partir, inclusive, de la resolución que calificó el merito del sumario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La casación en la Ley 600 de 2000

Recuérdese que dado el carácter extraordinario de esta impugnación, al libelista compete elaborar la demanda bajo los estrictos parámetros contemplados en la ley y decantados por la jurisprudencia.

Por tanto, no basta con afirmar que en la sentencia o al interior del proceso se cometió un error de derecho o de actividad, porque debe demostrarse la existencia del vicio y su trascendencia, frente a las plurales decisiones adoptadas en el fallo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es bien sabido que el recurso de casación constituye el medio por el cual la Corporación revisa la legalidad de la

providencia. De ahí que el libelo exija cumplir todas las formalidades estatuidas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, toda vez que se debe señalar, de manera clara y precisa, la causal con la cual pretende la infirmación del fallo y argumentando cómo el vicio condujo a resquebrajar la decisión.

No resulta atinado denunciar sólo la existencia del yerro que se invoca, sino que el actor debe demostrar cómo el mismo, tiene la trascendencia suficiente para romper la sentencia de segunda instancia y por ende, la Corte intervenir como Tribunal de Casación en procura de reparar, entre otros fines, los agravios sufridos a los intervinientes en el proceso objeto de censura.

2. Error en la calificación jurídica

Como lo enseñan los presupuestos de lógica y debida fundamentación, cuando se trata de cuestionar el error en la calificación jurídica, la vía para su proposición en esta sede es la causal tercera, siempre y cuando el vicio genere el cambio de competencia, de lo contrario su postulación corresponde por la causal primera.

Al respecto la Corporación ha dicho:

“...si el reparo denunciado se relaciona con la calificación de la conducta porque a ésta se le de un nomen iuris que corresponde a otro delito, en este evento de lo que se trata es de un error de juicio que por su carácter debe discutirse por vía de la causal primera y corregirse dictando la sentencia de reemplazo que corresponda.

Asimismo se ha considerado que cuando el vicio afecta la validez de la actuación, de modo que si al enmendarlo con sustento en la causal primera conduciría a una nueva irregularidad al no guardar la sentencia consonancia con la acusación, como cuando el delito erróneamente imputado en el pliego de cargos y el que se ha debido imputar corresponden a distinto capítulo del Código Penal, el error continúa siendo de juicio y su

denuncia y remedio debe proponerse con fundamento en la causal tercera pero conforme a la técnica que rige para el primer motivo de casación, en cuyo caso corresponde señalar el sentido de la violación y dentro de ella la clase de error cometido.”¹

Calificación de la demanda

Como lo adujo el libelista al postular la censura respecto a que en orden a demostrar la presunta errónea calificación jurídica dada a los hechos, acudía a los lineamientos de la infracción directa de la ley sustancial, es decir, que aceptaba los hechos y las pruebas tal como fueron estimadas en la sentencia recurrida.

Sin embargo, de la fundamentación del reproche no se avizora que haya cumplido con ese presupuesto de lógica y debida fundamentación, por cuanto procede a cuestionar la valoración que el sentenciador hizo de los hechos y consecuentemente, arribar a una conclusión distinta a la adoptada por el Tribunal, en torno a que el acontecer fáctico encaja en la descripción típica de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad y extorsión en grado de tentativa.

Es decir, como si la casación fuera una instancia más del proceso, el censor procede a cuestionar los hechos declarados como probados y su adecuación típica, sin que de ese discurso particular evidencie la existencia del presunto error en la calificación jurídica.

Ahora bien, si su intención era demostrar que el juzgador al momento de elaborar el juicio de hecho, incurrió en yerros en la actividad probatoria, entonces debió demostrar el vicio por el sendero de la violación indirecta de la ley sustancial, indicando la clase de error y el falso juicio que lo determinó.

De otro lado, valga destacar que con el delito de secuestro extorsivo, el legislador quiso proteger no solo el bien jurídico de la libertad individual sino el

patrimonio económico. De manera que se incurre en secuestro cuando se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona, a fin de obtener un resultado previsto en la norma, esto es, que a cambio de la liberación se hace una exigencia, la cual puede ser para obtener un provecho económico, publicitario, político, cualquier otra utilidad o para que se haga u omita algo.

Mientras que con la conducta punible de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, si bien es cierto, es el padre o la madre del niño quien arrebatada, retiene u oculta sobre quien se ejerce la patria potestad, el fin último del comportamiento es el de privar al otro padre del derecho de custodia.

De tal manera que en el supuesto que ocupa la atención de la Sala y según los hechos declarados como probados en el fallo impugnado, la privación de la libertad que hizo la madre de las menores no fue para restringir el derecho de custodia y cuidado personal de éstas, sino obtener un beneficio económico, lo cual hace que este comportamiento se enmarque en la conducta punible de secuestro extorsivo agravado.

De los argumentos anteriormente expuestos, deviene necesariamente la inadmisión del libelo.

Resta señalar que no se observa que con ocasión de la providencia impugnada o dentro de la actuación, se hayan violado derechos o garantías de los intervinientes, como para que tal circunstancia imponga superar los defectos del libelo, en orden a decidir de fondo, según lo dispone el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Marynecy Ballena Parra.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Auto del 27 de julio de 2006 (radicado 25.288).