

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado Acta No.213

Bogotá D. C., diez de julio de dos mil trece.

Se pronuncia la Corte sobre la admisión de las demandas de casación presentadas por los defensores de MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Villavicencio el 10 de mayo de 2011, mediante la cual confirmó la proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de esa ciudad el 12 de marzo de 2009, que condenó a los procesados por el delito de extorsión agravada.

Hechos

El 23 de febrero de 2005, al promediar la tarde, cinco sujetos, algunos de ellos provistos de armas de fuego, radios de comunicación y escarapelas que los identificaban como miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la fiscalía, abordaron en la ciudad de Villavicencio a LUIS CARLOS ÁLVAREZ MORALES, quien se hallaba en compañía de su conductor CAMILO HERNANDO COLMENARES SUÁREZ y el ayudante CARLOS ALBERTO ROMERO RODRÍGUEZ, para notificarle que tenían una orden de captura en su contra y que debía acompañarlos, procediendo a mostrarle una orden falsa y a despojarlo de la pistola que portaba y de la cédula de ciudadanía. Los sujetos permitieron que CAMILO HERNANDO acompañara a LUIS CARLOS y que manejara el vehículo en que se

movilizaban, un automóvil Renault Megan, iniciándose la marcha supuestamente hacia la fiscalía, siendo seguidos por una o dos motocicletas. En el trayecto le manifestaron a LUIS CARLOS que si no quería ser trasladado esa misma noche a Bogotá tenía que entregar cuatrocientos o quinientos millones de pesos, exigencia que luego redujeron a 150 millones. A partir de ese momento le permitieron hacer varias llamadas para que realizara los contactos orientados a conseguir el dinero y visitaron varios sitios de diversión donde ingirieron bebidas embriagantes. Hacia la media noche, el conductor fue enviado a recoger un dinero, debidamente vigilado, regresando con una bolsa que contenía 80 millones de pesos, que fueron recibidos por “El Químico”. Cerca de la una de la mañana del día 24, llevaron a LUIS CARLOS a las residencias YAIMAR para que pasara la noche junto con su conductor y una amiga, en habitaciones separadas, mientras otros vigilaban en el parqueadero. Alrededor de las 8:30 de la mañana, uno de los sujetos autorizó a LUIS CARLOS para que se marchara, manifestando que la cosa se estaba poniendo caliente, con el compromiso de entregar el dinero restante en los días siguientes.

Paralelamente, CARLOS ALBERTO ROMERO RODRÍGUEZ, extrañado por el procedimiento, comunicó lo sucedido al abonado 165 de la línea antiextorsión y secuestro del GAULA de la Policía Nacional, iniciándose operativos con el fin de localizar el vehículo Renault Megan, labor que arrojó resultados a las 0.30 horas del día 24, en inmediaciones de la zona rosa. Los agentes se mantuvieron expectantes y minutos más tarde observaron que el vehículo salió escoltado por una motocicleta, iniciándose su seguimiento, pero como perdieron su rastro, decidieron interceptar al motociclista, quien se identificó como JUAN FERNANDO CARVAJAL SÁNCHEZ. Alrededor de la 1:30 entró una llamada al celular que portaba, de una persona que pedía que lo recogiera en la estación de servicio La Palmira, lugar hasta donde se trasladaron las unidades del GAULA, logrando la captura de WILDER CUBIDES ALVAREZ, primo hermano de la víctima, quien había sido visto minutos antes en el lugar donde fue inicialmente ubicado el vehículo.

Como este sujeto decidió colaborar, la policía le suministró un celular para que hiciera una llamada, comunicándose con una persona, a quien le dijo que ya sabía de la entrega de los 80 millones y que necesitaba su parte, respondiéndole su interlocutor que no se preocupara, que la plata la tenía el señor bajito que le decían “El Químico”, y que lo esperaba en el terminal para conversar. Se montó así un nuevo operativo, siendo capturado en el terminal el señor RICHARD MUÑOZ MÉNDEZ. Hacia las 7 de la mañana se logró nuevamente la ubicación del automóvil Renault Megan en el parqueadero SEUZ cerca del terminal de transportes, a donde había ingresado a las 0:01 horas, por lo que decidieron montar vigilancia. A las 8:10 arribó un taxi, ocupado por dos pasajeros, quienes al detectar la presencia de las unidades del GAULA decidieron permanecer en el interior del vehículo en actitud sospechosa, razón por la cual los abordaron, respondiendo a los nombres de CAMILO HERNANDO COLMENARES SUÁREZ (conductor de LUIS CARLOS) y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, ex investigador del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía, conocido como “El Químico”, quienes había sido enviados a recoger el vehículo. Ante las manifestaciones de CAMILO HERNANDO que señalaban a su acompañante como la persona que había recibido en la madrugada los 80 millones de pesos, SALVADOR aceptó el hecho y trasladó a las autoridades hasta su residencia, donde hizo entrega de una bolsa negra en cuyo interior fueron hallados \$78’980.000.

En el curso del día, rindió declaración ante el GAULA de Villavicencio JAVIER EDUARDO MURCIA CÁCERES, investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, quien manifestó que hallándose ese día en ejercicio de las labores propias de su cargo, se enteró de la captura del ex investigador SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, lo cual le llamó la atención porque en las primeras horas de la mañana lo había visto en las residencias YAIMAR de su propiedad, y que al averiguar por el motivo de la captura le dijeron que por el secuestro de unas personas que habían estado hospedadas en dichas residencias, razón por la cual decidió contar que alrededor de las 3 de la mañana avistó

también en el lugar a su compañero MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE, Investigador Criminalístico Dos del Cuerpo Técnico de Investigación de la fiscalía, con el uniforme de operativos del CTI, quien le manifestó que le había llevado unos clientes y que tenía varado el carro, y que a las 5 de la mañana cuando se levantó a llevar los niños al colegio, y alrededor de las 6:15 cuando regresó, MAURICIO ALBERTO todavía permanecía allí, en el parqueadero, con unas personas.

Actuación procesal relevante

1. El 17 de febrero de 2006, la fiscalía calificó el sumario con resolución de acusación contra SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, HUGO HERNÁN ANDRADE, MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE, JUAN FERNANDO CARVAJAL SÁNCHEZ, WILDER CUBIDES ÁLVAREZ y RICHARD MUÑOZ MÉNDEZ, como coautores del delito de extorsión, previsto en el artículo 244 del Código Penal (modificado por el artículo 5° de la Ley 733 de 2002), agravado por concurrir las circunstancias previstas en los numerales 1°, 2° y 8° del artículo 245 (modificado por el artículo 6° de la ley 733 de 2002) ejusdem.¹ Contra esta decisión interpusieron apelación los defensores de dos de los procesados, pero en razón a que desistieron, la fiscalía, por auto de 17 de marzo de 2006, declaró desiertas las impugnaciones.²

2. Mediante sentencia de 12 de marzo de 2009, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio condenó a SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, JUAN FERNANDO CARVAJAL SÁNCHEZ y RICHARD MUÑOZ MÉNDEZ, a la pena principal de 42 meses de prisión y multa de 874.95 s.m.l.m.v., y a MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE a la pena principal de 45 meses de prisión y multa de 937.5 s.m.l.m.v., como coautores responsables del delito de extorsión, con las circunstancias de agravación deducidas en la resolución de acusación, y la de atenuación prevista en el artículo 269 del Código Penal, por restitución e indemnización integral. En la misma decisión absolvió a HUGO HERNÁN ANDRADE ANDRADE de los cargos imputados en el

pliego de cargos y declaró la extinción de la acción penal respecto de WILDER CUBIDES ÁLVAREZ por muerte.³

3. Apelado este fallo por la fiscalía y la defensa, el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante el suyo de 10 de mayo de 2011, lo confirmó en todas sus partes.⁴

Inconformes con esta decisión, los defensores de los procesados MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ recurren en casación.

Las demandas

A nombre de Mauricio Alberto Franco Bustamante

Presenta tres cargos de nulidad con fundamento en la causal prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 906 de 2004.

Cargo primero

Sostiene que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad porque los magistrados que dictaron el fallo carecían de jurisdicción y competencia para hacerlo, toda vez que el caso ya había sido fallado previamente mediante decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, acorde con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 600 de 2000.

Explica que la fiscalía, al calificar el 17 de febrero de 2006 el mérito probatorio del sumario, precluyó investigación en favor de MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE por el delito de secuestro extorsivo agravado, y que esta decisión quedó debidamente ejecutoriada, razón por la cual no es posible someter al procesado a un nuevo

juzgamiento por la misma conducta, así se le dé una calificación jurídica distinta, lo cual determina que la actuación adelantada sea nula, de conformidad con lo previsto en los artículos 19 y 306.1 de la Ley 600 de 2000, 8° de la Ley 599 de 2000 y 334 de la Ley 906 de 2004.

Con el fin de demostrar la censura reproduce literalmente la parte resolutive de la decisión de 17 de febrero de 2006, donde la fiscalía dispuso precluir la instrucción respecto de los procesados SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, HUGO HERNÁN ANDRADE, MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE, JUAN FERNANDO CARVAJAL SÁNCHEZ, WILDER CUBIDES ÁLVAREZ y RICHARD MUÑOZ HERNÁNDEZ por el delito de secuestro extorsivo, y agrega que de acuerdo con la normatividad legal, la variación de la calificación jurídica de la conducta sólo es posible en el juicio, siempre y cuando no concurren las situaciones previstas en los artículos 19 de la Ley 600 y 8° de la Ley 599.

Sostiene que en el presente caso la variación de la conducta se realizó con total violación de los derechos fundamentales de legalidad y debido proceso, porque no existe congruencia alguna entre la conducta investigada y la resolución de acusación, lo cual viola el derecho de defensa, dado que en la referida resolución “se produjo una decisión que hace tránsito a cosa juzgada material, respecto de MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE, por cuanto se precluyó la investigación, que en su contra se adelantó, por la misma conducta, por la cual aquí se le juzgó y condenó...”.

Argumenta que la doble imputación de la misma conducta surge clara, porque en la primera oportunidad se calificó como SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO, respecto del cual se precluyó investigación por parte de un fiscal competente, y que en la segunda oportunidad la misma conducta se calificó como EXTORSIÓN AGRAVADA, pese a la prohibición de la doble incriminación.

Cita como derechos desconocidos los consagrados en los artículos 2, 13, 15, 20, 21, 25, 29, 48, 53, 228 y 230 de la Constitución Nacional, al igual que las prohibiciones consagradas en los artículos 8° de la Ley 599 de 2000 y 19 de la Ley 600 del mismo año, y solicita a la Corte anular la actuación a partir de la decisión de preclusión, ante la imposibilidad de subsanar el vicio.

Cargo segundo

Asegura que la sentencia es nula por afectación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 306.2 de la Ley 600 de 2000, debido a la existencia de irregularidades sustanciales, porque (i) se modificó la calificación jurídica de la conducta, con violación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, porque habiéndose precluido investigación no podía continuar investigándose el mismo comportamiento, (ii) se violó el principio de doble incriminación, (iii) se dejó de aplicar el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, y (iv) se dictó la sentencia por funcionarios que carecían de jurisdicción y competencia.

Argumenta que el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 establece que cuando no haya ley aplicable al caso controvertido se acudirá a las leyes que regulen casos o materias semejantes, precepto con fundamento en el cual es dable aplicar el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, que establece que en firme la decisión de preclusión “cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos”.

Agrega que con fundamento en esta preceptiva, y en lo dispuesto en los artículos 19 de la Ley 600 de 2000 y 8° de la Ley 599 de 2000, resulta obvio concluir que la conducta punible de secuestro extorsivo que se le imputó a MAURICIO ALBERTO FRANCO

BUSTAMANTE fue resuelta con preclusión de investigación, decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada y que tiene la misma fuerza vinculante de una sentencia ejecutoriada, lo cual impide al Estado colombiano someter a su representado a un nuevo proceso penal.

Con el fin de demostrar el cargo, transcribe la parte resolutive de la calificación del sumario, y relaciona como violaciones al debido proceso el desconocimiento de los artículos 29 de la Constitución Nacional, 404 de la Ley 600 de 2000, 8° de la Ley 599 de 2000, 334 de la Ley 906 de 2004 y 19 de la Ley 600 de 2000, entre otros, los que en su criterio fueron irrespetados en el trámite procesal.

Lo anterior, porque se desconoció la cosa juzgada material, lo cual resulta evidente si se tiene en cuenta que MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE fue condenado por el delito de EXTORSIÓN AGRAVADA, habiéndole sido definida, en forma definitiva, su situación jurídica cuando la fiscalía precluyó investigación por el delito de SECUESTRO EXTORSIVO, mediante decisión ejecutoriada, que tiene la misma fuerza vinculante de una sentencia.

Cita como derechos fundamentales desconocidos los previstos en los artículos 404 de la Ley 600 de 2000, 8° de la Ley 599 de 2000, 334 de la Ley 906 de 2004, 19 de la Ley 600 de 2000, 48, 53, 58, 228 y 230 de la [Constitución Política](#), y solicita a la Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la resolución de preclusión de la investigación, teniendo en cuenta que se está frente a un vicio que no es posible enmendar.

Cargo tercero

Afirma que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, conforme a lo previsto en el artículo 306.3 de la Ley 600 de 2000, por violación del derecho de defensa, por inactividad del defensor, puesto que omitió solicitar, en su oportunidad, la nulidad del juicio, por violación del principio de cosa juzgada material.

Indica que en la fase del juicio, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, las partes tienen la posibilidad de solicitar nulidades, las cuales deben ser resueltas en la audiencia preparatoria, petición que debió presentar el defensor del procesado, teniendo en cuenta que a nadie se le puede imputar, por más de una vez, la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le haya dado, y que los funcionarios judiciales habían perdido jurisdicción y competencia para continuar con el caso.

Esta grave omisión del defensor trajo como consecuencia que se adelantara en contra del procesado un juicio por la misma conducta por la cual ya se le había precluido investigación, con una denominación jurídica distinta, lo cual no está permitido, según se desprende de los artículos 19 de la Ley 600 de 2000, 8° de la Ley 599 de 2000 y 334 de la Ley 906 de 2004, violando los derechos consagrados en los artículos 2°, 6°, 13, 15, 20, 21, 25, 28, 29, 48, 53, 58, 228, 229 y 230 de la [Constitución Política](#).

Estas especiales razones llevan a concluir forzosamente que en este caso se presentó una violación del derecho de defensa, por falta de defensa técnica, debido a los errores que cometió el abogado, al no solicitar, dentro de las oportunidades legales correspondientes, las nulidades que se presentaron en el trámite procesal, razón por la que pide a la Corte, después de transcribir la parte resolutive de la preclusión de la investigación y citar nuevamente las normas violadas, casar el fallo impugnado y decretar la nulidad de lo actuado a partir exclusive de la calificación del sumario.

Demanda a nombre de Salvador Cuevas Martínez

Es sustancialmente idéntica a la anterior. Contiene los mismos cargos de nulidad contra la sentencia, con la diferencia que el libelista altera el orden de presentación de los ataques, y que en el cargo por violación del derecho de defensa, que plantea de primero, cita jurisprudencia constitucional sobre la defensa técnica y agrega que en relación con este procesado su defensor omitió también sustentar el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia. Por esta razón, y para no incurrir en repeticiones innecesarias, la Sala se abstendrá de resumir su contenido.

SE CONSIDERA

La Corte inadmitirá las demandas de casación presentadas por los defensores de MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, por no cumplir los requisitos mínimos de orden formal requeridos para su selección a trámite, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial exigidos para la realización de los fines del recurso.

Con el fin de concretar el alcance de la impugnación, es necesario hacer dos precisiones, (i) que los cargos planteados en las dos demandas son sustancialmente idénticos, y (ii) que los tres ataques se construyen sobre el mismo supuesto: el desconocimiento del principio de cosa juzgada.

La diferencia radica en el motivo de nulidad invocado, pues en uno de los ataques se plantea violación del artículo 306.1, por considerar que los juzgadores carecían de jurisdicción y competencia para continuar el proceso. En otro violación del artículo 306.2,

por estimar que su adelantamiento en las referidas condiciones se erige en una irregularidad sustancial. Y por último, violación del artículo 306.3, por desconocimiento del derecho de defensa, porque los defensores no solicitaron nulidad por dicho motivo en la oportunidad que tenían para hacerlo.

Pero todos los cargos, como ya se indicó, se construyen sobre el supuesto de que el caso ya fue juzgado mediante decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, y por tanto, que el juzgamiento y condena de los procesados MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ por el delito de extorsión resulta ilegal, por expresa prohibición de los artículos 19 de la Ley 600 de 2000 y 8° de la Ley 599 de 2000, que definen los principios de cosa juzgada material y de prohibición de la doble incriminación.

Siendo este el contenido real de la censura, a los demandantes les era exigible empezar por demostrar, si pretendían que sus alegaciones no sucumbieran en el vacío, el cumplimiento de los presupuestos requeridos para la estructuración de la cosa juzgada, a saber, (i) la existencia una sentencia en firme, o de una providencia que tenga la misma fuerza vinculante, también en firme, en la cual se haya resuelto el caso, y (ii) la existencia de una nueva actuación por los mismos hechos, con el mismo objeto y contra los mismos sujetos procesales.

Esta tarea es solo en apariencia agotada por los libelistas, pues al entrar a demostrar el componente referido a la existencia de identidad entre los hechos que determinaron la preclusión y los que motivaron la decisión de condena, incurren en una petición de principio, al darlo por acreditado con la sola transcripción de la parte resolutive de la decisión preclusiva, sin acreditar, como correspondía hacerlo, que los hechos por los que se precluyó son los mismos en los que se sustenta ahora la decisión de condena.

Una lectura desprevenida de la providencia que calificó el mérito del sumario, permite

fácilmente establecer que la realidad que los demandantes exhiben para sustentar sus ataques responden a una percepción tergiversada de la realidad procesal, puesto que al hacerlo, deliberadamente omiten hacer referencia al contenido y fundamentos de la decisión, de los que inequívocamente surge que los hechos por los cuales la fiscalía precluyó investigación no son los mismos que sirven de fundamento a la condena.

Preciso es recordar, para hacer claridad al respecto, que los hechos que dieron origen a la investigación comprendían dos situaciones, (i) una retención ilegal, y (ii) una exigencia económica, también ilegal, como condición para recuperar la libertad, aspectos que hicieron que la fiscalía calificara inicialmente la conducta como secuestro extorsivo agravado y proferiera medida de aseguramiento por dicho delito.⁵

En los alegatos precalificatorios, la defensa técnica de MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ cuestionó la tipificación de la conducta, por considerar que los verbos rectores del delito de secuestro no concurrían, toda vez que las personas presuntamente retenidas habían departido libremente con los procesados en diferentes sitios públicos, sin limitaciones de ninguna índole, y que a lo sumo podía estarse frente a un delito de estafa, tesis que fue parcialmente acogida por el ente acusador, que declaró no probados los verbos rectores del secuestro, pero sí la exigencia económica, y el constreñimiento, razón por la cual mutó la calificación a extorsión agravada,

“[...] conforme las pruebas legalmente allegadas al plenario, se tiene que en efecto no tuvo ocurrencia el delito de secuestro, o al menos al efecto existe duda suficiente para pretender endilgar esa responsabilidad penal a los encartados...”

“[...] de todas formas y con suficiente claridad se tiene demostrado que hubo una exigencia económica, inicialmente en cantidad de cuatrocientos a quinientos millones de pesos, luego rebajada a ciento cincuenta y que finalmente se materializó en la entrega real

y material de ochenta millones de pesos (\$80'000.000), recibidos efectivamente por SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ, y cuya parte luego reclamaban vía telefónica WILDER CUBIDES ÁLVAREZ y RICHARD MUÑOZ MÉNDEZ, con lo que así mismo se desvirtúa su ajenidad con los hechos investigados, así mismo la de JUAN FERNANDO CARVAJAL SÁNCHEZ, con quien aceptan departían la noche de los insucesos”.

“Establecida entonces la materialidad de la exigencia económica con connotación de extorsiva, además que se tiene que vislumbra con claridad la existencia del constreñimiento como ingrediente necesario al momento de edificar juicio de reproche por la responsabilidad penal por conducta contra el patrimonio económico, pues este se hizo consistir en el requerimiento ilegal con el argumento de la existencia de orden de captura en contra de LUIS CARLOS ÁLVAREZ MORALES, el acompañamiento de que fue objeto durante toda la noche y con la exigencia de que llamara constantemente por vía celular en búsqueda de más dinero”. 6

Como puede verse, los hechos por los cuales la fiscalía precluyó investigación no son los asociados con la exigencia extorsiva, que sirven de fundamento al fallo de condena que ahora se impugna, sino los vinculados con la retención ilegal de las personas, que permitía tipificar el delito de secuestro, situación que es corroborada en la parte resolutive de la resolución calificatoria, en la que se precluye por el delito de secuestro extorsivo y se acusa por extorsión agravada.

Esta reseña deja sin sustento fáctico los distintos cargos que los demandantes plantean por nulidad, pues todos ellos, como ya se dejó consignado, se sustentan en la afirmación de la existencia de cosa juzgada material, con el argumento simple y llano que los hechos por los que ahora se condena son los mismos por los que la fiscalía precluyó investigación, premisa que además de indemostrada, resulta no ser cierta.

En el desarrollo del cargo por violación al debido proceso los casacionistas sostienen

adicionalmente que la variación jurídica de la conducta realizada por la fiscalía viola los principios de legalidad, debido proceso y derecho de defensa, porque rompe la congruencia que debe existir entre la conducta investigada y la resolución de acusación, sin exponer los fundamentos de su afirmación, ni ventilar el ataque frente a los principios que deben orientar la declaración de nulidades en el proceso penal.⁷

No obstante estas falencias demostrativas, la Corte estima necesario precisar que la congruencia, como componente del debido proceso, se predica de la resolución de acusación y la sentencia, no de la medida de aseguramiento y la acusación, como parecieran entenderlo los recurrentes, y que la pretensión de que se retrotraiga la actuación para hacer coincidir esas últimas, resulta no solo infundada sino contradictoria, por cuanto implicaría tener que acusar por el delito de secuestro.

Dígase también que la imputación jurídica de la conducta en la fase de la investigación tiene carácter provisional, en virtud del principio de progresividad que rige la búsqueda de la verdad en el proceso penal, como ya lo ha expuesto la Corte en otras oportunidades, lo cual significa que no es vinculante, o que no tiene carácter definitivo, y por ende, que puede ser objeto de modificación antes de la calificación o al interior de ésta.

La defensa de SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ sostiene también que en el caso de su representado se quebrantó el derecho de defensa, por inactividad del defensor, porque quien lo asistía no solo dejó de plantear en la audiencia preparatoria la nulidad por violación del principio de cosa juzgada, sino que omitió sustentar la apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, sin explicar por qué razón una omisión de esta índole se erige de suyo en abandono del encargo, o en descuido manifiesto de la gestión, con implicaciones materiales en el ejercicio del derecho de defensa.

La Corte ha dicho que la inactividad del defensor en un determinado estadio de la actuación, o en un acto procesal específico, no constituye, de suyo, abandono de la gestión, porque la decisión de no intervenir puede obedecer a una estrategia defensiva, frente a la cual el abogado goza de total libertad, y que sólo cuando la situación de inercia se traduce en un estado de desamparo material evidente, que reduzca sustancialmente las posibilidades defensivas, con perjuicio para el procesado, es dable alegar la violación del derecho.

Visto, entonces, que las demandas analizadas no satisfacen los requerimientos mínimos de orden formal ni sustancial exigidas para su selección a trámite, se las inadmitirá y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a las garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

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

RESUELVE

Inadmitir las demandas de casación presentadas por los defensores de los acusados MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y SALVADOR CUEVAS MARTÍNEZ.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
MALO FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE

LUIS GUILLERMO
ORTIZ

SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Aun cuando estuve de acuerdo con la providencia adoptada en el presente caso, opté por aclarar voto para precisar que la decisión de los juzgadores de instancia de otorgar a los procesados la rebaja de pena prevista en el artículo 269 del Código Penal estuvo correcta sólo porque los hechos ocurrieron en febrero de 2005, es decir, antes de entrar a regir la Ley 1121 de 2006, en cuyo artículo 26 se estableció de manera expresa la prohibición de conceder dicha diminuyente cuando, entre otros eventos y como acontece aquí, se procede por el delito de extorsión.

En otras palabras, el principio de favorabilidad impedía la aplicación de la referida prohibición, lo que, entonces, no ocurre en todos aquellos procesos cuyos hechos tengan ocurrencia con posterioridad a su vigencia, conforme lo vengo en forma insistente sosteniendo con planteamientos que, en esos términos, considero necesario repetir, así:

Al respecto, bien está evocar el claro texto de la citada disposición, según el cual:

“ARTÍCULO 26. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o

administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz” (subraya fuera de texto).

Del citado precepto se establece que tratándose del delito de extorsión no es procedente descuento punitivo alguno, tanto menos el derivado de la reparación a la víctima por parte de autores o partícipes, según ya lo tenía suficientemente decantado esta Colegiatura, como así se consignó en sentencia de casación del 29 de julio de 2008 (Rad. 29788), al señalar:

“La Corte puede afirmar sin dubitación alguna que el querer del legislador al promulgar la norma cuestionada fue negar en adelante, cualquier posibilidad de descuento o subrogado penal a los condenados por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, sin distinguir el sistema procesal en el cual regiría” (subraya fuera de texto).

Es importante recordar que si bien en el Proyecto de Ley No 208 que cursó en el Senado (138 en Cámara) , “por el cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, no aparecía en un principio el citado precepto prohibitivo de beneficios, en las modificaciones efectuadas por los ponentes Germán Vargas Lleras, Ciro Ramírez Pinzón, Mario Uribe Escobar y Héctor Helí Rojas se introdujo tal norma, cuya inclusión fue aprobada por la Comisión Primera del Senado de la República⁸, la cual únicamente fue modificada ulteriormente al marginar el delito de secuestro simple e incluir el punible de financiación del terrorismo.

Los motivos expuestos para establecer la prohibición de beneficios fueron:

“Se propone introducir un artículo nuevo, retomando el artículo 11 de la Ley 733 de 2002, a través del cual se excluyó la posibilidad de conceder subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación del

terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

Ello por cuanto en reciente sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de marzo de 2006, dicha Corporación consideró que las prohibiciones contenidas en el artículo 11 de la mencionada Ley 733 no son aplicables a los delitos de extorsión, secuestro, terrorismo y conexos cometidos a partir del 1 de enero de 2005 en los distritos en que rige a plenitud la Ley 906 de 2004.

Bajo esta perspectiva, estaríamos avocados a que los terroristas, secuestradores y extorsionistas, no estén reclusos en la cárcel, al considerar que el artículo 11 quedó derogado al entrar en vigencia el nuevo sistema procesal” (subrayas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es palmario que si por razones de política criminal, más específicamente de política penal, la pretensión del legislador fue la de excluir a los condenados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, de cualquier rebaja de pena o subrogado penal, no resulta procedente aducir que en aras de preservar la justicia restaurativa o los derechos de las víctimas, sea viable interpretar el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 en el sentido de que allí no se prohíbe la rebaja de pena por reparación para el delito de extorsión y que por ello es viable dar aplicación al artículo 269 de la Ley 599 de 2000 para los condenados por tal punible.

Si de acuerdo con una regla interpretativa de vieja data donde el legislador no distingue es improcedente que el intérprete lo haga, no resulta plausible reconocer rebaja de pena para quien repare a la víctima de un delito de extorsión, pues esa no es la voluntad del legislador, ni es lo que se deduce del texto legal analizado.

No en vano el artículo 27 del Código Civil colombiano establece que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su

espíritu”, y a renglón seguido puntualiza: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

De acuerdo con la disposición transcrita puede colegirse, de una parte, que el artículo 26 de la Ley 1126 de 2006 es lo suficientemente claro en cuanto se refiere a negar toda rebaja de pena o subrogado penal a quienes fueren condenados, entre otros, por el delito de extorsión. Y, de otra, que al consultar la exposición de motivos para que el legislador introdujera dicho precepto, logra establecerse que su finalidad no fue otra a la de responder con dureza punitiva a la comisión de tales punibles, sin permitir, se reitera, las rebajas de penas o el otorgamiento de subrogados.

Esto último como respuesta necesaria y proporcional del legislador al clamor de una sociedad inerme que ve cómo se han incrementado desorbitadamente estas modalidades delictivas, a cargo, generalmente, de estructuradas organizaciones que han encontrado en la extorsión una fuente inagotable de ingresos, sacando provecho del temor y el estado de indefensión del ciudadano ante el abandono de un Estado que, en la realidad, no logra garantizar su seguridad.

Es por eso que a través de la jurisprudencia no se puede desconocer el propósito exteriorizado del constituyente derivado de erradicar o, por lo menos, atemperar esa realidad criminal, mediante el instrumento legítimo que hace parte de su libertad de configuración legislativa en materia penal, de negar todo beneficio o subrogado a quienes sean condenados por tales delincuencias, incluyéndose allí, desde luego, la reducción de pena por reparación consagrada en el mencionado artículo 269 del Código Penal para los delitos contra el patrimonio económico, como se venía sosteniendo por la Sala hasta antes de esta variación de la cual me aparto.

Es que el bien intencionado objetivo perseguido con el cambio jurisprudencial de

velar, a tono con la tendencia actual de la Corte, por los derechos de las víctimas mediante la materialización a su favor de la denominada justicia restaurativa en el sentido de “propiciar y estimular la reparación de los perjuicios por medio de consecuencias favorables para el agresor”, realmente logra el efecto contrario, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque ubica a las víctimas en un plano regresivo, como si su interés dentro del proceso penal fuera exclusivamente el de obtener un resarcimiento económico, dejando de lado la evolución que sobre al particular han labrado Corte Constitucional y esta Sala en cuanto a que su rol se ha redimensionado para dar paso a la búsqueda de los derechos de verdad y justicia.

En segundo término, por considerar que el principio de conmutatividad, cuyo propósito es el de buscar un punto de equilibrio entre el dolor ocasionado a los ofendidos y al que por haberlo infligido debe soportar el agresor, se satisface con el excesivo descuento punitivo contenido en la norma “de la mitad a las tres cuartas partes”, el cual no sólo torna inanes los esfuerzos del legislador ya referidos, tendientes a combatir y erradicar ciertas modalidades delictivas, sino que deja prácticamente en la impunidad la comisión, como ocurría antes de la veda implementada con la Ley 1121, del delito de extorsión, desconociendo que se trata de un comportamiento de enorme gravedad y actualidad que principalmente afecta la autonomía personal y trae consigo un inmenso grado de zozobra a quien lo padece, en tanto la mayoría de las veces la amenaza o factor intimidante utilizado va dirigido a causar daño a la vida o integridad propia o a la del grupo familiar.

En tercer lugar, la tesis prohienda por la Sala mayoritaria se muestra distante de la realidad social, en donde la víctima indefensa, que ya ha sido coaccionada una vez, por

cuenta, en su generalidad y como ya se dijo, de organizaciones delictivas con gran capacidad de daño, debe soportar una segunda coerción para aceptar la cantidad ofrecida como reparación, haciéndose así acreedores al significativo descuento punitivo que otorga la norma, siendo, por tanto, objeto de una nueva victimización.

Tal postura, por último, que en la práctica, según lo expuesto, patrocina la impunidad del delito de extorsión en contravía con el fin perseguido por el legislador, correlativamente lacera, a diferencia de lo que se expone en la decisión mayoritaria, la credibilidad del ciudadano en la Administración de Justicia, quien espera una sanción efectiva de este tipo de conductas.

En los anteriores términos dejo sentada mi aclaración de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada

Fecha ut supra.

1 La circunstancia prevista en el numeral 1° se predicó de WILDER CUBIDES ÁLVAREZ, la establecida en el numeral 2° de HUGO HERNÁN ANDRADE y MAURICIO ALBERTO FRANCO BUSTAMANTE y la contemplada en el numeral 8° respecto de todos los

procesados.

2 Folios 48 del cuaderno original 4.

3 Folios 1-78 del cuaderno original 8.

4 Folios 46-62 del cuaderno del Tribunal.

5 Folios 169-184 del cuaderno original 1.

6 Página 16 de la acusación.

7 Artículo 310 Ley 600 de 2000.

Cfr. Gaceta del Congreso No. 132 del 19 de mayo de 2006. págs. 9-10.