

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP9794-2015

Radicación 39180

(Aprobado en acta No. 259)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía, contra la sentencia de segundo grado de 24 de enero de 2012 mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva revocó la de carácter condenatorio emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, para en su lugar absolver del delito de secuestro extorsivo agravado a JUAN VICENTE CANO PARRA, MARIO ALFONSO CASTELLANOS MENDEZ, YORMAN ANDRÉS PEÑA ICOPO y SANDRA MILENA ZULUAGA DUQUE, funcionarios del otrora Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las diez de la mañana del 7 de agosto de 2004 una mujer anunció a los residentes de la casa N° 10 del Conjunto Pacandé de Neiva que se habían ganado un premio, cuando la señora Ángela María Buendía se asomó a recibirlo, aquella junto con tres sujetos armados ingresaron violentamente por la ventana, aduciendo ahora ser miembros del

Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y tener una orden de allanamiento —que no exhibieron—. Tras intimidar a Fidel Borrero Solano le dijeron «que quedaba detenido», y lo condujeron con su esposa, Ángela María, a las dependencias del DAS, pero en el trayecto uno de los agentes le pidió cien millones de pesos para dejarlo en libertad, como sólo les ofreció un millón, le recordaron que en ocasión anterior similar él había pagado más, de manera que acordaron la entrega de quince millones, por ello, lo sacaron de las instalaciones oficiales y lo llevaron a varios sitios del casco urbano, mientras su cónyuge y otros familiares lograron reunir diez millones de pesos y dos mil dólares, suma que permitió que fuera liberado alrededor de las siete de la noche, con la advertencia que debía abandonar la ciudad.

Según la víctima, con anterioridad, en diciembre de 2013, cuando se desplazaba en una camioneta por el sector de la Concha Acústica de Neiva-Huila, fue abordado por tres sujetos que se movilizaban en moto, quienes le manifestaron que tenía una orden de captura por estar pedido en extradición y le exigieron la suma de cien millones de pesos, pero tras negociaciones se transaron en la suma de diez millones y lo dejaron libre. Agregó que también en junio de 2004 habían llegado hasta su vivienda miembros de DAS para hacer un allanamiento pero no lograron ingresar toda vez que se hizo presente su abogada, quien cuestionó el procedimiento.

La Fiscalía General de la Nación el 4 de octubre de 2007 abrió formal investigación penal y luego de escuchar en indagatoria a YORMAN ANDRÉS PEÑA ICOPO, SANDRA MILENA ZULUAGA DUQUE y MARIO ALONSO CASTELLANOS MÉNDEZ les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos responsables del delito de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo y sucesivo. Igual decisión cobijó a JUAN VICENTE CANO PARRA, vinculado a través de declaración de persona ausente.

Clausurada la instrucción, el mérito probatorio fue calificado el 31 de octubre 2008 con

resolución de acusación por el referido delito contra el bien jurídico de la libertad personal, según las previsiones de los artículos 169 y 170, numerales 5° y 8° del Código Penal, con las modificaciones introducidas por la Ley 733 de 2002, pero eliminando la figura concursal, decisión que adquirió firmeza el 19 de diciembre de 2008 con su confirmación por el superior.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Neiva, despacho que luego de evacuar la audiencia pública de juzgamiento, mediante sentencia de 27 de mayo de 2011 condenó a los procesados como coautores del delito objeto de acusación, a las penas principales de veintinueve (29) años de prisión, multa de ocho mil (8.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años, sin concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación elevado por los defensores de los enjuiciados, el Tribunal Superior de Neiva a través de sentencia de 24 de enero de 2012 revocó la condena y los absolvió, ante ello, el representante de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de casación y allegó la respectiva demanda, que fue declarada formalmente ajustada a derecho y sobre la cual se recibió el concepto del Ministerio Público el pasado 4 de marzo del año en curso.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, contemplada en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, postula un cargo por violación directa de la ley sustancial ante la aplicación indebida de los artículos 10° y 32, numeral 4° del Código Penal, con la exclusión evidente de los artículos 169, 170, numerales 5° y 8° del mismo ordenamiento.

Para el demandante, entre las sentencias de primera y segunda instancia hay identidad en la aprehensión de los hechos, pero surge discordancia en la adecuación de los mismos, ya que para el juzgado se trató de un secuestro extorsivo agravado, en tanto que para el Tribunal la conducta es atípica.

Así, parte de la premisa relacionada con que el Ad quem se equivocó al tildar de atípico el comportamiento desplegado por los procesados, toda vez que es evidente la afectación del bien jurídico de la libertad personal cuando el ciudadano Fidel Borrero Solano fue retenido, llevado inicialmente a las instalaciones del DAS, y luego a varios sitios de la ciudad, hasta que sus familiares consiguieron el dinero que exigían por su libertad.

En este sentido, defiende la sentencia condenatoria al estimar que hubo una retención contra la voluntad de la víctima mediante una maniobra fraudulenta e ilegítima de los procesados al ingresar indebidamente a su residencia, luego trasladarla a las instalaciones del DAS de Neiva, hacerle una exigencia dineraria a fin de dejarla en libertad, y llevarla a diversos lugares de la ciudad, hasta cuando se logró reunir la suma acordada.

A su turno, resalta los hechos antecedentes y de características similares que padeció Borrero Solano cuando en diciembre de 2003 y junio de 2004 servidores oficiales a cambio de dinero no hicieron efectiva la orden de captura que pesaba en su contra.

Refuta al Tribunal por considerar que no se cometió el delito de secuestro al haber sido la retención del ciudadano producto de una orden de captura y que la exigencia económica era para omitir o incumplir un deber legal, lo que podría enmarcarse en un delito de cohecho o concusión, porque en criterio del censor, el ostentar los procesados la condición de servidores públicos no los eximía de la realización de aquél ilícito, pues su intención era privar de la libertad a la víctima para hacerle una exigencia monetaria, siendo su traslado a las dependencias del DAS solo uno de los pasos necesarios a fin de

desarrollar tal actuar ilegal, al punto que no se dejó constancia de su ingreso y salida de esa institución, ni se le hizo suscribir algún compromiso.

Y que si bien no discute la expedición y vigencia de la orden de captura contra Borrero Solano, no comparte el procedimiento de los agentes del DAS cuando ingresaron violentamente a la residencia de aquél sin orden de allanamiento y en vez de ponerlo a disposición de la autoridad competente, lo retuvieron y ocultaron, impidiendo que gozara de su autonomía y libertad, conducta propia de los verbos rectores que configuran el delito de secuestro.

Bajo esta óptica, asevera que, contrario a la conclusión del juez plural, no puede considerarse como legítimo el actuar de los procesados de haber obrado en cumplimiento de una orden legal, porque si hubiera sido así al capturado le habrían leído sus derechos y, previa reseña, lo hubieran puesto a disposición de la autoridad competente.

Por lo tanto, pide revocar la sentencia absolutoria y, en su reemplazo, condenar a los procesados conforme lo hizo el juzgado de primer grado.

Paralelamente, solicita a la Corte que, en su labor de unificación de la jurisprudencia, precise si incurre en el delito de secuestro el funcionario público que sin orden de captura o motivo legal, oculta a un ciudadano o evade sus obligaciones legales, o cuando lo retiene amparado en que hay una orden de aprehensión pero no la hace efectiva y al contrario lo “pasea”, u oculta exigiendo dinero por su liberación.

Así mismo, para que se aclare si hay un concurso aparente de delitos entre el secuestro extorsivo agravado y la concusión o el cohecho cuando un funcionario estatal, amparado en una orden de captura, retiene a una persona y exige dinero para dejarla en libertad o para no hacer efectiva dicha orden.

ALEGATO DE OPOSICIÓN

1.- El defensor de JUAN VICENTE CANO PARRA, SANDRA MILENA ZULUAGA DUQUE y MARIO ALFONSO CASTELLANOS MENDEZ se opone a la pretensión del representante del ente acusador y repara en los siguientes aspectos: i) el censor reprodujo aspectos del fallo sin citar los folios; ii) por momentos en su discurso incursionó en los terrenos de la violación indirecta de la ley sustancial; iii) no ahondó en los verbos rectores de retener y ocultar del delito de secuestro, tomándolos como sinónimos; y iv) no demostró que no se presentó la causal de ausencia de responsabilidad.

Para el defensor, la demanda obedece a los criterios personales y conjeturas del impugnante, porque para el Tribunal el actuar delictivo de los procesados de la exigencia de dinero a cambio de no hacer efectiva la legítima orden de captura no tipificaba el secuestro, sino otro ilícito como cohecho o concusión en tanto se negoció la función pública y que no era posible condenarlos por alguno de éstos comportamientos por pertenecer a diferente bien jurídico, ni se podían compulsar copias para su investigación por no haber mediado pedimento en ese sentido.

2.- El defensor de YORMAN ANDRÉS PEÑA ICOPO manifestó adherirse al escrito presentado por el apoderado de los otros procesados a fin de no casar la sentencia impugnada.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Es partidaria la Delegada del Ministerio Público que se case la sentencia ante aplicación indebida de los artículos 10° y 32 numeral 4° del Código Penal con la consecuente exclusión evidente de los artículos 169 y 170 numerales 5° y 8° del Código Penal.

Tras precisar que el delito de secuestro se materializa cuando se priva de la libertad a una persona, se anula su capacidad de libre locomoción y se le sustrae de entornos familiar, social, laboral, etc., el cual se torna extorsivo cuando el sujeto agente condiciona la libertad

a una acción y omisión de ella misma o de otro, con carácter patrimonial, publicitario o político, aduce que en este caso el comportamiento de los procesados se ajusta a ese comportamiento delictivo, porque a través de una artimaña al llamar a la puerta e informarle a la señora Ángela María Buendía, esposa de Fidel Borrero Solano, que había obtenido un premio, ingresaron por la fuerza intimidando a los residentes con armas, con el pretexto de buscar armas y dinero, revolvieron las piezas, y luego transportaron a la pareja a las instalaciones del DAS, y le exigieron al varón la suma de 15 millones de pesos, permitiendo que se consorte fuera a conseguirlos.

Señala que la víctima permaneció por un lapso aproximado de una hora dentro de las instalaciones del DAS, luego fue sacado y conducido a varios lugares y alrededor de las 6:30 su esposa y hermano pagaron diez millones de pesos y dos mil dólares para que pudiera regresar a su casa.

Asevera que el error de juicio del Tribunal radicó en considerar que al tener efectivamente la víctima una orden de captura vigente, los procesados podían fingir la inicial retención en cumplimiento de la misión de trabajo impartida por su superior, olvidando así que los servidores públicos se desviaron del cumplimiento de su deber y se salieron de los cauces que les permitía el ejercicio de su función para una captura legal, al incurrir en la privación de la libertad por fuera del amparo funcional, por cuanto no colocaron al aprehendido a disposición de la autoridad competente, no registraron su ingreso o salida del DAS y lo retuvieron en diferentes sitios hasta lograr el pago de la suma de dinero exigida, actuar que en manera alguna puede adecuarse a los delitos de concusión o cohecho.

Concluye que ninguna norma facultaba a los enjuiciados para mantener a la víctima privada de su libertad de manera subrepticia, de ahí que la orden de captura y la misión de trabajo fueron empleadas como medio para lograr la retención con fines económicos, la que dejó de ser legal cuando se convirtió en clandestina, pues el ánimo de

los procesados fue obtener provecho económico a cambio de la libertad de Fidel Borrero Solano.

Que no se trató de un comportamiento atentatorio del bien jurídico de la administración pública (concusión, cohecho propio, prevaricato por omisión o abuso de autoridad), porque en aplicación al principio de consunción no sería viable por estar ante un tipo penal de mayor riqueza descriptiva del secuestro, ya que conforme con los pronunciamientos de la Corte, tal ilícito tiene lugar desde el momento en que a la persona se le suprime su facultad de autonomía personal, para desplazarse conforme a su comprensión y libertad, de acuerdo a sus costumbres, creencias, conocimientos, etc., sin que tenga incidencia el lapso transcurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De manera preliminar la Corporación advierte que al haber sido admitida la demanda implica superar las falencias técnicas a las que alude el defensor en su alegato de oposición, porque el carácter teleológico del recurso es analizar la legalidad de la sentencia de segundo grado que absolvió a los procesados por el yerro de selección normativa denunciado de los preceptos que definen el supuesto fáctico del secuestro extorsivo agravado, así como delimitar, con base en el caso en estudio, la posible concurrencia de los delitos de secuestro, cohecho o concusión.

El impugnante tras aceptar la apreciación fáctica y probatoria del Tribunal, se duele que para exonerar de responsabilidad a los servidores oficiales adscritos al DAS, se haya hecho una lectura diferente a la realizada por el juez de primer grado que en el proceso de adecuación típica encuadró el comportamiento como un secuestro extorsivo agravado.

Los pilares fácticos tenidos en cuenta por los falladores se sintetizan en que de un lado, había una orden de captura en contra de Fidel Borrero Solano, al haber sido condenado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá por el delito

de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y para el momento de los hechos el expediente se encontraba en el Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación contra esa determinación.

Ciertamente, obraba la orden de captura N° 1827 de 2 de marzo de 1998, confirmada mediante oficio 239 de 4 de abril de 2000, como se constató con la información aportada por el Tribunal Superior de Bogotá, dado que la Fiscalía General de la Nación le había impuesto medida de aseguramiento registrada desde el 2 de marzo de 1998, lo cual motivó la misión de trabajo 253 de 25 de mayo de 2004 con el fin de hacerla efectiva.

De otro lado, el 7 de agosto de 2004 servidores públicos pertenecientes al otrora Departamento Administrativo de Seguridad, sin que mediara orden de allanamiento, irrumpieron violentamente en el domicilio de Borrero Solano, en Neiva, y arguyendo la existencia de tal orden de aprehensión, lo condujeron al DAS, pero le hicieron una exigencia dineraria para no ponerlo a disposición de la autoridad requirente, por ello, fue sacado de las dependencias oficiales y llevado a varios lugares de la ciudad, mientras su esposa y familiares reunían diez millones de pesos y dos mil dólares, luego de lo cual, fue liberado.

Para el juzgador de primer grado, a pesar de mediar la orden de captura formalmente expedida, debían respetarse las garantías del requerido, como la inviolabilidad de su domicilio, por eso, al haber penetrado allí los procesados sin permiso de autoridad judicial competente, dado que no tenían orden de allanamiento y lo hicieron sin consentimiento del morador, no sólo mediante engaños -al pretextar la entrega de un premio-, sino abruptamente cuando forzaron la ventana del inmueble, denotaba el actuar irregular, ratificado cuando sacaron a Borrero Solano esposado de su casa y antes de ingresar al DAS le quitaron esos dispositivos, lo tuvieron en esa institución por espacio de una hora y, luego de haber acordado el monto del dinero exigido, lo llevaron

en un vehículo a pasear por la ciudad mientras su esposa y hermano conseguían el dinero para su liberación

Bajo esa perspectiva, concluyó que la restricción de la libertad de la víctima se concretó en su retención y ocultamiento desde que fue sacado de su residencia y luego de las instalaciones del DAS, hasta que se produjo su liberación ya llegada la noche, una vez fue pagado el dinero exigido.

El procedimiento irregular desde el ingreso en principio mentiroso y luego violento, sin orden de allanamiento de autoridad judicial, lo advirtió como parte del plan trazado por los procesados para exigir la suma de dinero a cambio de no ponerlo a disposición de la autoridad judicial requirente, «por tanto, todas las actividades subsiguientes a la captura de BORRERO SOLANO no tuvieron otra finalidad sino la de darle apariencia de legalidad al proceder de los acusados, mientras conseguían el fin perseguido: El pago de dinero exigido por la liberación».

Por el contrario, para el Tribunal se presentó un error en la denominación jurídica de la conducta juzgada, porque la exigencia de dinero por parte de los procesados a la víctima para no ejecutar la orden de captura podía ser constitutiva de delitos contra el bien jurídico de la administración pública; cohecho o concusión, y no el de secuestro extorsivo agravado, situación insubsanable y que aparejaba la emisión de sentencia absolutoria.

Así, en principio estimó que los enjuiciados como servidores públicos adscritos al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), efectivamente tenían conocimiento que en contra de Fidel Barrero Solano se había librado orden de captura y que se les encomendó la ejecución de la misma.

A partir de la existencia y vigencia de ese mandato de apresamiento expedido formalmente, estimó que la aprehensión por parte de los detectives encajaba en una

causal de exclusión de responsabilidad, porque sobre ellos «pesaba el interés preponderante legítimo de hacer efectiva la orden de captura, concurriendo en tal quehacer la casual de justificación prevista en el artículo 32-4 del Código Penal que reza ‘se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales’».

Con ese sorites, determinó que como los enjuiciados cumplían una orden judicial de capturar a un delincuente, su actuar se ajustaba a derecho y no merecía reproche penal.

Seguidamente, desechó el ingrediente subjetivo del delito de secuestro extorsivo consistente en «el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo», porque en su parecer los procesados no exigieron dinero por la libertad de Borrero Solano, «sino que lo hicieron por omitir el estricto cumplimiento de un deber legal, esto es, por no dejarlo a disposición de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que lo requería para efectos de cumplir la condena recurrida».

La premisa de la privación de la libertad legítima, le sirvió de base a esa Corporación para concluir que «la actividad criminal» desplegada posteriormente por los inculcados no la tornaba ilegítima, sino que ese actuar encajaba en delitos atentatorios de la administración pública ya que Borrero Solano y su familia buscaban evadir la acción judicial «colocándole el precio más bajo posible a la función pública y, los procesados al contrario, les asistía el criminal propósito de obtener el mayor beneficio dinerario por la omisión delictual de la función pública debida».

Residualmente, concluyó, de un lado, que el ingreso irregular de los detectives a la vivienda de la víctima podía enmarcarse en los comportamientos punibles de violación de habitación ajena o abuso de autoridad y, de otro, que la actividad de transportar a la

víctima por varios lugares mientras su familia conseguía el dinero exigido no era propia de un secuestro, porque en éste los plagiarios buscan no dejar rastros del paradero del secuestrado y ocultarlo rápidamente.

En suma, para el juez colegiado el dinero fue dado a cambio de la transparencia, corrección y moralidad de la función pública.

Ahora, dada la divergencia de los juzgadores en la adecuación del comportamiento frente a varias descripciones típicas, vale la pena hacer las siguientes precisiones:

El artículo 169 de la Ley 599 de 2000 define el secuestro extorsivo así:

«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 ...».

A su turno, el artículo 404 del mismo ordenamiento, en cuanto al ilícito de concusión dispone:

“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...».

Finalmente, el artículo 405 ibídem define el punible de cohecho propio:

«El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en....».

Así entonces, el delito de secuestro extorsivo tiene lugar cuando se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su libertad algún provecho o

utilidad, en tanto que en la concusión sólo es sometida la voluntad de la víctima a las pretensiones del servidor público.

Como lo ha precisado la Corporación, en el delito de concusión si bien el servidor público domina la capacidad de deliberación de una persona, ésta mantiene su poder de movilizarse y deambular por cualquier lugar, en tanto que en el secuestro, no puede circular libremente dado que al estar plegado a sus captores le impide movilizarse de acuerdo con su libre voluntad, sin que sea relevante el término que dure la privación de la locomoción.

Ciertamente, lo que tiene incidencia en el delito de secuestro no es la temporalidad de la acción, sino la efectiva limitación de la libertad de locomoción y de las posibilidades de autodeterminación del afectado¹.

De otro lado, al cohecho se le ha tildado como ejemplificativo del negocio o comercialización de la función pública en cuanto se afecta la transparencia, integridad y moralidad que le han de ser inherentes.

Los supuestos de recibir dinero u otra utilidad o aceptar promesa remuneratoria se miran frente a los ingredientes subjetivos de: i) retardar un acto propio del cargo; ii) omitirlo; o iii) ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, sin que sea necesario que se produzca el resultado, pues simplemente la conducta punible se agota al poner en peligro el bien jurídico de la administración pública.

Con base en lo anterior, para la Sala, tal y como lo destaca el demandante y lo avala la representante del Ministerio Público, es evidente el error de juicio del Tribunal, ya que desde un inicio el querer de los procesados era sacar provecho ilícito de la orden de captura que pesaba contra la víctima, por ello, la retuvieron y la ocultaron contra su voluntad, presionándola bajo la amenaza de hacerla efectiva al ponerlo a disposición de la autoridad que la requería.

El error estuvo en escindir el contexto situacional, al ubicar, de un lado, la aprehensión como legítima en cuanto medió una formal orden de captura en contra del ciudadano Borrero Solano, para de allí concluir que los procesados obraron en cumplimiento de un deber legal, y de otro, determinar la atipicidad para el delito de secuestro, porque no estaba en juego la libertad del capturado, sino la negociación de la función pública, y se podían configurar delitos contra la administración pública como el cohecho o la concusión de los cuales no era posible la condena al no haber sido objeto de investigación y ni haberse surtido el proceso de variación de la calificación jurídica provisional de la conducta, contemplado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, bajo la cual se rituló el asunto.

Esa Corporación hizo énfasis en que después de la aprehensión física de Fidel Borrero Solano, los detectives del DAS, tenían el deber de dejarlo inmediatamente a órdenes de la autoridad judicial que lo requería, pero como no lo hicieron y, contrariamente, lo trasladaron durante gran parte del día por varias vías y lugares de la ciudad de Neiva, este último actuar fue el que debió investigar la Fiscalía en cuanto a la entrega de dinero para no hacer efectiva la legítima orden de captura.

Tal escisión fáctica del Ad quem al analizar en primer lugar la aprehensión de Borrero Solano y por aparte la suerte que corrió con posterioridad a la misma, le hizo concluir de manera contradictoria que, «cuestión diferente, es la inexistencia de la conducta punible denominada secuestro extorsivo agravado, o si se quiere su atipicidad e incluso su juridicidad o justificación como se explicó ampliamente dada la existencia previa de la orden de captura emitida con las formalidades legales por autoridad judicial, lo cual desvertebró o impidió el nacimiento del delito desde la perspectiva jurídica».

En ese orden, para la Corte, deviene claro que la retención del afectado por varias horas el 7 de agosto de 2004, es propia de un secuestro extorsivo agravado,

porque el control y vigilancia que ejercieron los servidores estatales sobre él se prolongó durante el tiempo necesario para obtener la suma de dinero exigida que debió conseguir y entregar su cónyuge, tiempo durante el cual aquél en manera alguna tuvo oportunidad de obrar de acuerdo con su libre albedrío.

Ciertamente, fue sometido a los designios de los detectives, no contó con su capacidad de autodeterminación para su locomoción, elemento determinante y configurador del delito atentatorio de la libertad individual.

Nótese que la acción precedente, en diciembre de 2003, en la cual Borrero Solano se vio compelido a entregar dinero para que no le fuera hecha efectiva la orden de captura, fue tomada por el Tribunal como la reiteración de la negociación de la función pública, en tanto que para el juzgador denotaba que la retención no tuvo otra finalidad sino la de exigir por su liberación un provecho ilícito, al punto que los procesados no dejaron un registro oficial de la aprehensión, ni de su ingreso y salida a las instalaciones del DAS.

Si bien se trató de un acto contrario a los deberes oficiales de los servidores estatales —que estructuraría el delito de cohecho—, al tiempo que constriñeron a la víctima a entregar dinero a cambio de no ponerla a disposición del Tribunal Superior de Bogotá —que encuadraría en el ilícito de concusión—, ninguno de los dos comportamientos desplaza la descripción normativa del secuestro por su mayor riqueza descriptiva, por cuanto abarca los supuestos, ya que el precio dado fue por la libertad del afectado y no por la negociación de la función pública.

En efecto, aunque ópticamente Fidel Borrero fue extorsionado por los funcionarios públicos, quienes se valieron de la potestad que tenían en ese momento para decidir acerca de su libertad, y paralelamente éstos tomaron el dinero entregado para omitir un acto propio de sus funciones, es claro que en el cohecho no media algún nivel de constreñimiento, que sí caracteriza a la concusión.

Además, como de por medio de la exigencia dineraria por parte de los funcionarios públicos estaba la restricción de la libertad de la víctima, al hacer el juicio de desvalor de cada uno de esos comportamientos, se advierte que si bien algunos de los tipos consumen el juicio de desvalor de otro delito, ninguno de los enunciados ejemplificativamente por el Tribunal —pues no analizó detalladamente ni la concusión ni el cohecho—, adquiere autonomía y relevancia, ante la descripción típica del comportamiento que engloba los anteriores supuestos y que se ubica diáfananamente dentro de un delito contra el bien jurídico de la libertad personal, cuando los enjuiciados utilizando la investidura como miembros de un organismo de seguridad, con la única finalidad de obtener un provecho económico, retuvieron a víctima.

La tesis toral del juzgado, que comparte el recurrente y la representante de la sociedad, tiene que ver con que la retención de una persona y la exigencia dineraria para su liberación, estructura aquí el secuestro extorsivo, sin que tenga incidencia que el capturado tenga antecedentes penales o se trate de un delincuente, porque la Constitución Política garantiza sin distinciones el derecho a la libertad y tratándose de éstos últimos aprehensión y retención ha de estar sujeta a formalidades, las cuales deliberadamente los inculcados incumplieron.

Ello porque desde el momento en que los funcionarios ingresaron de manera irregular y retuvieron a Borrero Solano y, en vez de ponerlo a disposición del Tribunal, decidieron exigir a cambio de su libertad el pago de una suma de dinero, se alejaron de una conducta funcional, pero no para omitir un acto propio de sus cargos, sino que precisamente la condición de agentes del DAS la utilizaron como medio para realizar la privación de la libertad y exigir provecho económico a cambio de la liberación.

Por eso, en palabras del juez singular:

Nocivo mensaje se envía a la sociedad 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, pues tal forma de proceder agravia el interés superior de la libertad amoldándose dicho comportamiento a la conducta punible de secuestro extorsivo.

Finalmente, la consideración del Tribunal acerca de que el haber llevado los procesados a la víctima por varios lugares de la ciudad no compaginaba con el delito de secuestro, porque en éste los plagiarios buscan no dejar rastros del paradero del secuestrado y ocultarlo lo más pronto posible, no consulta la realidad del denominado «paseo millonario», la cual ameritó su inclusión normativa con la expedición de la Ley 1200 de 2008, cuando la retención se realiza temporalmente, en medio de transporte, bajo amenaza, con el propósito de obtener provecho económico.

Por consiguiente, la Corte advierte que el Ad quem erró al arribar a la conclusión de absolución, contraria a la estimación del juez de primera instancia cuya aprehensión fáctica y probatoria no permitía cualquier otra interpretación de los hechos y acreditaba la certeza acerca de la responsabilidad de JUAN VICENTE CANO PARRA, MARIO ALFONSO CASTELLANOS MENDEZ, YORMAN ANDRÉS PEÑA ICOPO y SANDRA MILENA ZULUAGA DUQUE en el ilícito objeto de acusación.

Por lo tanto, se estimará la censura de casar el fallo impugnado al ratificar el yerro del Tribunal cuando exoneró de responsabilidad penal a los enjuiciados, con el efecto de recobrar plena vigencia la sentencia de primer grado proferida el 27 de mayo de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Neiva, cuando los condenó como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado a las penas principales de veintinueve (29) años de prisión, multa de ocho mil (8.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años, sin concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

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

RESUELVE

1. Casar la sentencia impugnada.
2. Confirmar la sentencia condenatoria emitida el 27 de mayo de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Neiva, en contra de JUAN VICENTE CANO PARRA, MARIO ALFONSO CASTELLANOS MENDEZ, YORMAN ANDRÉS PEÑA ICOPO y SANDRA MILENA ZULUAGA DUQUE.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. CSJ SP 30 abr. 2002, rad. 19394; AP 9 nov. de 2009, rad. 28289, entre otras.