

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP1641-2019

Radicación N°49267

(Aprobado Acta No.101)

Bogotá D. C. treinta de abril de dos mil diecinueve (2019).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 1° de septiembre de 2016, mediante la cual confirmó con modificaciones la proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de esa ciudad el 20 de agosto de 2013, que condenó al procesado, junto con JORGE EDUARDO RIVERA JAIMES y HENRY RESTREPO ROSERO, por los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo, secuestro extorsivo en concurso homogéneo y hurto calificado agravado en grado de tentativa.

Hechos

Ocurrieron el 5 de noviembre de 2009, en la unidad residencial “Portada de Comfandi” de la ciudad de Cali. Ese día, alrededor de las 4:30 horas de la tarde, dos sujetos que dijeron pertenecer a la SIJIN, llegaron al apartamento 303 de la torre 12, donde se hallaba la menor ISBEL CRISTINA MORALES DÍAZ, de 14 años de edad, y la retuvieron en su interior diciéndole que estaban haciendo una investigación. Minutos más tarde, MARÍA EMILCE GIL SUÁREZ, ocupante del apartamento 301 de la misma torre, alertada por la presencia

sospechosa de los individuos, pretendió interrogar por lo que sucedía, pero fue retenida. Después llegó al lugar LUZ ADRIANA DÍAZ VÉLEZ (mamá de ISABEL CRISTINA) y corrió la misma suerte. También fueron retenidos MARÍA ISABEL HERNÁNDEZ y sus nietas MELISA y DANIELA, de 7 y 8 años de edad, ocupantes del apartamento 302, al pretender preguntar también por lo que estaba ocurriendo. Y finalmente los menores SOFÍA y SANTIAGO GOMEZ GIL, de 3 y 10 años de edad, hijos de MARÍA EMILSE, a su llegada del colegio. En desarrollo de estos acontecimientos arribaron al apartamento tres integrantes más de la banda y se unieron al grupo. Algunos portaban armas de fuego, con las que permanentemente amenazaban a sus víctimas para que colaboraran, asegurándoles que si lo hacían nada les iba a pasar.

Desde un comienzo, los miembros de la banda hicieron expresa manifestación de que lo único que les interesaba era el dinero de las oficinas del Banco Agrario donde trabajaba CESAR AUGUSTO MORALES PALACIOS,¹ esposo de LUZ ADRIANA DÍAZ VÉLEZ. Por eso, la obligaron a llamar telefónicamente a CÉSAR AUGUSTO y a decirle que su hija ISABEL CRISTINA estaba enferma y que debía presentarse en el apartamento con carácter urgente. Pero debido a que LUZ ADRIANA se mostraba extraña cuando CÉSAR AUGUSTO le sugería que la llevara al médico, entró en sospecha y decidió aplicar a la conversación las recomendaciones de seguridad del banco, en los términos preacordados con su esposa, concluyendo que algo anormal estaba ocurriendo. De inmediato se comunicó con la administración del conjunto residencial, desde donde, a su vez, contactaron la policía, que intervino logrando la captura de JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS, JORGE EDUARDO RIVERA JAIMES y HENRY RESTREPO ROSERO cuando intentaban huir del lugar después de que dos de ellos saltaran por una de las ventanas del apartamento, y el decomiso en su poder de dos armas de fuego. Los aprehendidos fueron reconocidos por los plagiados que declararon en el juicio como integrantes del grupo que los mantuvo retenidos. Los otros miembros de la banda dejaron el apartamento, minutos antes de la intervención policial.

Actuación procesal relevante

1. El 6 de noviembre de 2009, la fiscalía legalizó ante un juez de control de garantías el procedimiento de captura, formuló imputación contra JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS, JORGE EDUARDO RIVERA JAIMES y HENRY RESTREPO ROSERO por los delitos de secuestro extorsivo en concurso homogéneo, hurto calificado agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y pidió medida de aseguramiento.² El 4 de diciembre de 2009 registró escrito de acusación en su contra por los mismos delitos, el primero de ellos agravado por la circunstancia prevista en el artículo 170.1 del Código Penal, y el 2 de febrero de 2010 los acusó formalmente en audiencia.³

2. Rituado el juicio, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Cali condenó a JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS, JORGE EDUARDO RIVERA JAIMES y HENRY RESTREPO ROSERO a la pena principal de 463 meses de prisión, multa equivalente a 10.000 s.m.l.m.v., y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, al hallarlos responsables de los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo, secuestro extorsivo en concurso homogéneo, y hurto calificado agravado en grado de tentativa, y los absolvió por el delito de porte ilegal de armas, por no haberse probado la ausencia de permiso para su uso.⁴

3. Apelado este fallo por el defensor de los procesados, el Tribunal Superior de Cali, mediante el suyo de fecha primero de septiembre de 2016, aprobado el 17 de agosto anterior, lo modificó para absolver a los procesados por el delito de hurto calificado agravado en grado de tentativa, por considerar que respecto de este ilícito no se alcanzó a iniciar la fase ejecutiva, y redosificó las penas de prisión, las que fijó en 457 meses para cada uno de ellos. En lo demás, confirmó el fallo impugnado.⁵ Inconforme con esta decisión, el defensor de JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS recurrió en casación.

La demanda

Contiene dos cargos por violación directa de la ley sustancial, al amparo de la causal

prevista en el numeral primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Cargo primero

Sostiene que los juzgadores aplicaron indebidamente el artículo 169 del Código Penal (modificado por el artículo 1° de la Ley 1200 de 2008), que define el secuestro extorsivo, y dejaron de aplicar el artículo 168 ejusdem (modificado el artículo 1° de la Ley 733 de 2002), que tipifica el secuestro simple, errando de esta manera en la selección de la norma llamada a regular el caso.

Precisa que los juzgadores de instancia condenaron a su representado por el delito de secuestro extorsivo con circunstancias de agravación (secuestro de los menores) y secuestro extorsivo sin ellas (secuestro de los adultos), por haberse realizado “con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo”, exigencia que implica que debe existir un constreñimiento a una persona para que haga u omita una acción con el fin de obtener los propósitos allí indicados.

Explica que las pruebas incorporadas en el juicio oral establecieron que el secuestro recayó sobre menores de edad y personas adultas, y a ninguna de ellas, con excepción de LUZ ADRIANA, se les hizo exigencia alguna. Nunca se les pidió o exigió hacer algo para obtener un beneficio, tan solo se le pidió a la señora LUZ ADRIANA que llamara a su esposo CESAR AUGUSTO para que llegara a su casa. Esto fue lo que se probó y así lo reconoció el juez colegiado, pero nunca se hizo una exigencia para liberar a los secuestrados.

Los fallos se sustentan en simples conjeturas cuando sostienen que el fin era hurtar el banco donde trabajaba CÉSAR AUGUSTO MORALES PALACIOS, porque los procesados nunca tuvieron contacto con éste y tampoco hicieron exigencias para liberar a los secuestrados.

Apoyado en esta conjetura, el tribunal, sin embargo, absolvió a los procesados por el delito de hurto, al considerar, de manera acertada, que respecto de este ilícito “el iter criminis no llegó a la fase ejecutiva, sólo hasta su fase de preparación, en la cual era determinante el

secuestro”, argumentos que también debió tener en cuenta respecto del secuestro, de una parte, porque nunca hubo la exigencia de hacer u omitir algo para obtener un provecho, y de otra, porque en el evento de haber sido ese el objetivo, nunca salió de la esfera del pensamiento.

Recuerda que la antijuridicidad de la conducta se debe entender en sentido material y no solo formal, porque la exteriorización de la acción del actor es la que comporta el punible, y éste debe afectar un bien jurídico. Por eso, los juzgadores yerran al condenar a su mandante por secuestro extorsivo, toda vez que nunca se exigió la realización de un acto por parte de CESAR AUGUSTO MORALES para obtener un provecho o utilidad, o para que hiciera u omitiera algo, pues nunca se tuvo contacto con él, ni se probó el interés en el hurto, y si se aceptara que las pruebas afirman la existencia de la referida exigencia, esta se quedó en la siquis de los procesados, en su mente.

Reitera que los juzgadores incurrieron en violación directa de la ley sustancial por errónea calificación de la conducta, dado que el arsenal probatorio no demostró el propósito, ni su exteriorización, ni que hubiese existido exigencia para liberar a los cautivos, y que el delito que por tanto se configura es el de secuestro simple, tipificado en el artículo 168 del Código Penal.

Cargo segundo

Afirma que los juzgadores dejaron de aplicar el artículo 171 del Código Penal (modificado por el artículo 4° de la Ley 733 de 2002), que prevé una rebaja de pena de hasta en la mitad cuando dentro de los 15 días siguientes al secuestro, la víctima es dejada voluntariamente en libertad, lo que condujo recíprocamente a la aplicación indebida de los artículos 60 y 61 ejusdem.

Argumenta que los juzgadores, al dosificar la pena, no tuvieron en cuenta que a favor del procesado concurría la citada circunstancia de atenuación punitiva, no obstante resultar

claro y debidamente acreditado que las personas puestas en cautiverio no fueron rescatadas por la autoridad, ni hubo exigencias por su liberación, y que los procesados decidieron dejarlas en libertad y huir al percatarse de la presencia de la policía en el lugar.

Este error, agrega, vulnera de manera flagrante el debido proceso, el principio de legalidad, el derecho a la igualdad, generando una decisión ilegal trascendente, en cuanto llevó a una condena exorbitante para el procesado, que desatiende los presupuestos legales, constitucionales y jurisprudenciales.

Sustentado en estas consideraciones, solicita a la Sala casar el fallo impugnado, para que sea reemplazado por uno donde se condene a JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS por el delito de secuestro simple, tipificado en el artículo 168 del Código Penal, con la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 171 del mismo estatuto.

SE CONSIDERA

La Corte inadmitirá la demanda de casación que se estudia, por no cumplir las exigencias mínimas de orden formal requeridas para su revisión de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial necesarios para la realización de los fines del recurso. Por separado, analizará los cargos propuestos.

Cargo primero

La Sala tiene dicho que la violación directa de la ley sustancial se presenta cuando el juzgador acierta en la declaración de los hechos y en la apreciación de las pruebas, pero se equivoca en la selección o interpretación del derecho, porque aplica al caso una norma que no corresponde (aplicación indebida), o deja de aplicar la que corresponde (falta de aplicación), o porque le otorga a la correctamente seleccionada un alcance que no tiene (interpretación errónea).

Paralelamente ha sostenido que la violación indirecta se materializa cuando el juzgador se equivoca en la declaración de los hechos o en la apreciación de las pruebas, y este error lo lleva a aplicar al caso una norma que no corresponde (aplicación indebida) o a dejar de aplicar la que jurídicamente debe gobernarlo (falta de aplicación). En esta hipótesis, no tiene cabida la interpretación errónea como concepto o sentido de la infracción, por tratarse de un error de raciocinio puramente jurídico, que no depende del acierto o desacierto en la apreciación de las pruebas.

Se hace esta precisión conceptual, para destacar que cuando se plantea violación directa de la ley sustancial, no es posible desconocer los hechos que los juzgadores declararon probados, ni las conclusiones que obtuvieron de la valoración probatoria, porque esta forma de infracción se construye, precisamente, sobre el supuesto de que la declaración facti iudicando o apreciación fáctica probatoria es correcta, y que el error se presenta en la fase de selección o interpretación de la norma jurídica.

Esta regla de lógica casacional es desatendida por el casacionista, pues en la fundamentación del cargo sostiene que el arsenal probatorio recaudado en el juicio no acreditó el propósito extorsivo de los procesados, ni su exteriorización, desconociendo, de esta manera, las conclusiones de los fallos, que dieron por probado que el secuestro colectivo tenía doble propósito, (i) obligar a LUZ ADRIANA DÍAZ VÉLEZ a llamar por teléfono a su esposo CÉSAR AUGUSTO MORALES PALACIOS para que hiciera presencia en el apartamento, acción que se cumplió a cabalidad, y (ii) obtener de éste las claves y su colaboración para franquear la bóveda principal de la sucursal bancaria donde trabajaba, que no alcanzó a cumplirse por la suspicacia de la potencial víctima y la subsiguiente intervención de la fuerza policial.

Esta equivocación condujo a que el cargo quedara sin fundamentación, porque si la propuesta de ataque se orientaba a desvirtuar las conclusiones probatorias de los falladores sobre la existencia de las realidades fácticas que estructuraban los actos extorsivos, la

censura debió encausarse por la vía de la causal tercera, por violación indirecta de la ley sustancial, y acreditarse que las conclusiones de los fallos en este concreto punto eran equivocadas, con indicación del error cometido (si de hecho por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad o falsos raciocinios, o de derecho por falsos juicios de legalidad o falsos juicios de convicción), tarea que el casacionista ni siquiera intenta cumplir.

Adicionalmente a esto, la censura, desde el punto de vista sustancial, se exhibe totalmente infundada, porque del estudio del caso se establece, opuestamente a lo afirmado por el recurrente, que los secuestradores hicieron explícito ante las personas retenidas el propósito de utilizar a LUZ ADRIANA DÍAZ VÉLEZ para lograr la presencia de CÉSAR AUGUSTO MORALES PALACIOS en la residencia, y de usar a este último para lograr el acceso a la bóveda del Banco Agrario, y esto, de suyo, ubicaba la conducta dentro del tipo penal de secuestro extorsivo, con independencia de que el objetivo se hubiera o no concretado, porque la norma no exige para la tipificación de la conducta que el propósito se materialice.

De cualquier forma, en el presente caso, el propósito inmediato perseguido por los secuestradores, de obligar a LUZ ADRIANA DÍAZ VÉLEZ, en condición de secuestrada, a llamar por teléfono a su esposo CESAR AUGUSTO MORALES PALACIOS para que acudiera al apartamento, pretextando una emergencia familiar, alcanzó a concretarse, y esto, aún frente a la tesis planteada por el casacionista, convertía el secuestro colectivo en extorsivo, por tratarse de la materialización de una de las finalidades perseguidas por los plagiarios.

Cargo segundo

A través de esta censura el casacionista pretende el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 171 del Código Penal (modificado por el 4° de la Ley 733 de 2002), por liberación voluntaria de los secuestrados dentro de los quince días siguientes a su retención, con el argumento de que las personas retenidas fueron dejadas en libertad por los

procesados cuando advirtieron la presencia de la policía en el lugar, y que los juzgadores, al no aplicar la rebaja, incurrieron en violación directa de la ley sustancial.

Lo primero que se impone precisar en relación con este ataque, es que la casación se rige por el principio de unidad temática, que exige como condición para acceder a ella, (i) que el recurrente haya apelado el fallo de primera instancia, y (ii) que exista identidad temática entre las pretensiones de la apelación y las pretensiones del recurso de casación (CSJ AP-3289-2016, 25 de mayo de 2016, casación 47569, entre otras).

La segunda de estas condiciones, no se cumple en el caso en estudio, porque la inaplicación de la referida atenuante, no fue impugnada por la defensa en la apelación del fallo de primera instancia, no obstante haber sido objeto de pronunciamiento expreso por parte del juez, quien la negó por no concurrir la exigencia referida a que la liberación fuese voluntaria, situación que determina que el casacionista carezca de interés para intentar su modificación en esta sede.

Sumado a esto, el planteamiento del recurrente es claramente contradictorio, porque reconoce que las personas secuestradas fueron dejadas en libertad por los procesados debido a la presencia de la policía en el conjunto residencial, y sobre esta premisa fáctica construye la petición de reconocimiento de la rebaja, con el argumento de que su liberación fue voluntaria, por cuanto no medió rescate, argumentación que resulta insostenible desde el punto lógico, por envolver una contradicción en sus términos.

Los precedentes jurisprudenciales de la Sala han sido reiterativos en sostener que por liberación voluntaria debe entenderse la que responde a un acto espontáneo del autor del secuestro, equivalente a una expresión de desistimiento del logro de la finalidad perseguida, y que dentro de este concepto no encajan las liberaciones que se presentan por situaciones ajenas a la voluntad de los plagiarios, como las que sobrevienen por la intervención policial o por el logro de los fines propuestos (CSJ SP, 2 de octubre de 2003,

casación 15898; CSJ SP1588-2016, 10 de febrero de 2016, casación 46211; CSJ AP5542-2016, 17 de agosto de 2016, casación 48558, entre otras).

Decisión

Visto, entonces, que la demanda no cumple las exigencias mínimas de fundamentación requeridas para su estudio de fondo, la Sala la inadmitirá a trámite y ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que deba proteger de manera oficiosa.

Insistencia

Contra esta decisión procede la insistencia por parte del casacionista, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 inciso segundo del mismo estatuto, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte en reiteradas decisiones (CSJ, SP, 12 de diciembre de 2005, radicado 24322; CSJ, SP, 28 de septiembre 2011, radicado 33181; CSJ, SP, 17 de octubre 2012, radicado número 34946).

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del acusado JORGE EDUARDO BERRIO VARGAS.

Contra esta decisión procede la insistencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 César Augusto Morales Palacios ocupaba el cargo de subdirector de la sucursal del Banco Agrario de Puerto Tejada (Cauca) y en tal condición manejaba una de las llaves y una de las claves de la bóveda principal.

2 Folios 2 y 3 de la carpeta No.1.

3 Folios 6-17 y 23 y 24 de la carpeta No.1.

4 Folios 1-63 de la carpeta No.3.

5 Folios 76-103 de la carpeta principal No.3.