

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP100-2015

Radicación n° 43225

(Aprobado Acta No. 11)

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil quince (2015)

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda sustento del recurso de casación interpuesto por el defensor de EDWIN ALEJANDRO ORJUELA PIMIENTA, contra la sentencia de noviembre 19 de 2013 del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo de junio 19 del mismo año emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que lo condenó a veintiocho (28) años de prisión y multa de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor del delito de secuestro extorsivo agravado.

HECHOS

En la sentencia de segunda instancia son narrados de la siguiente manera:

“Ocurrieron aproximadamente a las 11:30 a.m del veintiuno (21) de septiembre de dos mil seis (2006), cuando ÓSCAR FERNANDO RUIZ PORRAS fue abordado por EDWIN

ALEJANDRO ORJUELA PIMIENTA en su taller de mecánica de razón social “Desafío Automotriz”, ubicado en la carrera 75 No. 69A-99, persona que estando vestido de civil y luego de presentarse como Capitán de la Policía Nacional le indicó que contra él pesaba una orden de captura por el delito de narcotráfico, por lo que le solicitaba la suma de \$10.000.000 para permitirle que siguiera en libertad; para tal fin RUIZ PORRAS instó a su hermano DUMAR GIOVANNY RUIZ PORRAS a conseguir dicho monto, mientras que éste fue obligado a subir a un vehículo, y dar vueltas por la ciudad por el espacio de tres (3) horas, hasta que fueron interceptados y capturados por la Policía Nacional. Igualmente manifestó que ORJUELA PIMIENTA hizo presencia con un sujeto de nombre JUAN CARLOS GÓNGORA NIETO”1.

ANTECEDENTES

El 23 de diciembre de 2011 en audiencia preliminar ante el Juez 17 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, fue legalizada la captura del indiciado ORJUELA PIMIENTA; la Fiscalía le formuló imputación por el delito de secuestro extorsivo agravado -artículos 169, 170 numerales 5, 12 del Código Penal-, mientras se le impuso la medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

El 20 de enero de 2012, el Fiscal 3º Especializado UNCSE radicó el escrito de acusación y en audiencia ante la Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, formuló acusación contra el procesado por el delito imputado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En la demanda se presentan tres (3) cargos.

1. Con sustento en la causal 2ª del artículo 181 de la ley 906 de 2004, se alega que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por el desconocimiento de las

garantías sustanciales de defensa y de contradicción, debido a que en la audiencia preparatoria se negó la práctica de los testimonios de Dora Manchego Moreno y Carlos Guillermo Daroch.

El recurrente expresa que los falladores negaron esas pruebas, al considerar que como testigos de referencia relatarían los hechos del proceso disciplinario seguido al acusado por la Dirección General de la Policía; sin embargo a través de los recursos ordinarios estableció que eran testigos directos, porque la víctima les había confesado el móvil de la denuncia y el interés de miembros de inteligencia de la institución policial en buscar su condena.

Considera que esa decisión limitó la actividad de la defensa, al impedírsele allegar pruebas que contravirtieran la versión de la víctima y con ellas demostrar que los hechos provienen de un invento bien tejido y elaborado por la inteligencia de la institución policial.

2. Con fundamento en el numeral 1º del artículo 181 de la ley 906 de 2004, aduce la violación directa de la norma de derecho sustancial por aplicación indebida del artículo 169 del Código Penal.

En su criterio, la conducta imputada al acusado no se ajusta al tipo penal descrito en ese artículo, sino a la prevista en el artículo 404 de la ley 599 de 2000 bajo la denominación de concusión, norma que los falladores dejaron de aplicar.

Luego de reproducir los hechos del escrito de acusación y el marco fáctico definido por los juzgadores, indica que las pruebas y el relato de los testigos demuestran que en el comportamiento de ORJUELA PIMIENTA no se estructura los elementos del secuestro extorsivo ni configura los verbos rectores que lo describen.

3. Al amparo de la causal 3ª del artículo 181 de la ley 906 de 2004, alega la violación

indirecta de la ley por un error de hecho por falso juicio de identidad.

El recurrente manifiesta que los testimonios de Yorguin Orlando Malagón Hernández, Edwin Harbey Lozano Mesa, Wilson Alejandro Muñoz Gómez, Jhon Alberto Méndez Olaya y Juan Carlos Góngora Nieto, son adicionados, suprimidos y/o distorsionados en su existencia jurídica y alcance probatorio.

CONSIDERACIONES

La demanda incumple los presupuestos de técnica que permita disponer su admisión, en razón a que los tres cargos postulados contra la sentencia del Tribunal, se desarrollan sin la observancia de los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 183 y 184 inciso 2º de la ley 906 de 2004.

Es pertinente recordar que aunque la casación proceda como control constitucional y legal contra las sentencias de segunda instancia, los requisitos de técnica del recurso no han desaparecido, ni tampoco la demanda mediante la cual se instaura es un escrito de libre confección, en el que resulte innecesaria la mención de la causal y las normas de derecho sustancial vulneradas.

El recurso exige un juicio lógico jurídico que obliga al impugnante a observar los principios que lo diferencian de los ordinarios, mediante la proposición de cargos claros y concretos en los que los errores sean postulados de manera objetiva, sin contradicciones, de modo que la interpretación de las alegaciones hechas en la demanda², la modificación y la readecuación de los reparos, son ajenas a la casación.

1. En principio, es pertinente señalar que el recurrente no presenta argumentación alguna tendiente a demostrar que los elementos de conocimiento echados de menos, a pesar de su supuesta pertinencia, conducencia y utilidad con el objeto del juicio oral y el conocimiento de la juez, fueron negados por un acto arbitrario causante de perjuicio, en la medida que

de haber sido practicados el fallo habría sido favorable al acusado.

En el desarrollo del reparo el impugnante limita su labor a reproducir los argumentos de la defensa, expuestos en la audiencia preparatoria ante la decisión de negar la práctica de los testimonios de Dora Manchego Moreno y Carlos Guillermo Daroch, las razones de la juez para no reponerla y las consideraciones del Tribunal para confirmarla.

Las apreciaciones generales de la demanda, de acuerdo con las cuales las probanzas estaban encaminadas a restarle credibilidad a la declaración del denunciante, evidenciar sus contradicciones y el móvil de la denuncia, puestas incluso a consideración de las instancias para mostrar su pertinencia, conducencia y utilidad, además de reiterativas no evidencian en qué sentido habría favorecido su teoría del caso, a la cual ninguna mención hace.

Adicionalmente, en el mismo cargo propone la violación del derecho de defensa y de contradicción, irregularidades que por su naturaleza debía postular en cargos separados en aras de la claridad y precisión propias de la casación que permita diferenciar el reparo de un alegato de instancia.

Al margen de la falencia observada, el casacionista no cumple su cometido de acuerdo con las pautas trazadas por la Sala, pues en vez de hacer visible la manera en que las probanzas negadas coadyuvarían a un sentido distinto al fijado en el fallo, dedica gran parte del cargo a transcribir la oposición de la Fiscalía en la audiencia preparatoria a la práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa, entre ellas las de los citados testigos.

La reiteración en la demanda acerca de la importancia de los medios de convicción negados, con los cuales era posible controvertir el marco fáctico y lo manifestado por la víctima, es una hipótesis del libelista carente de sustento que no muestra la irregularidad

reprochada, porque responde a su particular apreciación de que la defensa no contó con suficientes elementos materiales probatorios para mostrar al juez las inconsistencias en la versión de la víctima.

Ni siquiera al desarrollo del cargo contribuye el catálogo de hechos, que según el casacionista habrían sido explicados o demostrados, cuando refiere que la credibilidad reconocida a la versión de la víctima parte del supuesto de la veracidad de su dicho, puesto que ningún esfuerzo argumentativo hace por mostrar que las contradicciones observadas y explicadas por el ad quem, no podrían superarse con la práctica de los testimonios negados por su vínculo causal con aquellas.

En esas circunstancias, ha sido incapaz de mostrar que pese a la oportunidad de interrogar y contra interrogar a la víctima en el juicio, el derecho a la defensa de todos modos resultó afectado cuando el Tribunal con el propósito de reconocerle mérito a su declaración advierte que <Las contradicciones reseñadas por la defensa con tanto ahínco no recaen sobre los sucesos vertebrales que tipifican la conducta>.

El casacionista termina por cuestionar al ad quem al reconocerle valor probatorio a la versión de Oscar Fernando e insiste sobre la importancia y finalidad de las pruebas que fueron negadas en la audiencia preparatoria, pero no intenta ninguna argumentación ni juicio crítico con las demás pruebas que permitan evidenciar sin dificultad alguna, que la práctica de aquellas habría incidido en el sentido del fallo.

No basta con alegar que el curso del proceso <desde su inicio estuvo cargado sobre una descarga probatoria que a la defensa ya no le era loable soportar>, ni mucho menos con acudir a formulaciones genéricas sobre los principios que orientan la declaratoria de nulidades, ya que su obligación era enseñar con fundamento en el caudal probatorio que para los fines del proceso y de la defensa, era indispensable que en el juicio oral se hubiera practicado las pruebas que por su falta de pertinencia, conducencia y utilidad no fueron

admitidas.

2. En relación con la violación directa de la ley, en razón a que la conducta por la cual debía ser juzgado el acusado era la de concusión y no la de secuestro extorsivo agravado, el impugnante carece de interés para proponerla por falta de identidad temática.

El derecho procesal enseña que el interés para impugnar deriva del agravio causado por la decisión, de modo que está legitimado para acudir a los recursos ordinarios el sujeto o el interviniente al que le es adversa la determinación adoptada en la respectiva providencia.

Por esa razón, el recurrente en la sustentación de la apelación está obligado a precisar el disenso con los temas contrarios a su interés. Su silencio sobre aspectos que no fueron objeto de la consideración indica conformidad con lo decidido, respecto de los cuales no podrá luego alegar la existencia de agravio.

En materia del recurso extraordinario el interés se vincula con la identidad temática, la cual es de su esencia y guarda estrecha relación con la naturaleza de la casación.

De ese modo, el contenido de la apelación legitima a quien acude a la impugnación extraordinaria, cuya demanda debe corresponder a la inconformidad manifestada en él, así que el perjuicio es inexistente cuando se consiente la decisión de primera instancia o los aspectos de ella que no generan controversia, los cuales no podrán ser alegados en casación por su falta de afinidad con el objeto de la alzada.

En esas condiciones, la falta de identidad de las pretensiones del recurso de apelación con las de la demanda, imposibilita atribuir un error respecto de un tema que no fue ni ha sido motivo de discusión en la segunda instancia³.

Sobre el tema, la Sala tiene dicho que

“En sede extraordinaria, una de las manifestaciones de tal interés se plasma en el principio de identidad temática, de acuerdo con el cual el marco teórico en el que se desarrolla el discurso contentivo de la inconformidad debe haber sido expuesto previamente en el recurso de apelación, ya que no podría predicarse error en los razonamientos del sentenciador de segundo grado respecto de asuntos que no tuvo la oportunidad de examinar”

Luego la Corte se encuentra impedida para adoptar decisiones de la órbita funcional del ad quem, a menos que en virtud de alguna irregularidad violatoria de las garantías fundamentales se encontrara habilitada para pronunciarse de fondo, ya que dicho principio no impide la formulación en esta sede de nulidades que no fueron propuestas a las instancias.

Ahora bien, en el alegato de conclusión del juicio oral la defensa del acusado nunca discutió la calificación jurídica del hecho fáctico, mientras que en la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no puso en duda que la conducta imputada al acusado fuera la de secuestro extorsivo.

El planteamiento en el plano estrictamente jurídico de una equivocación en el proceso de adecuación típica, al estimar el recurrente que el comportamiento se ajusta al tipo penal de la concusión y no al de aquella, no fue controvertido ante el juez de primera instancia ni tampoco propuesto al Tribunal.

Así las cosas dicho tema es nuevo, las instancias fueron convocadas para discutir asuntos distintos a ese problema jurídico, mientras la controversia probatoria giró en torno a la inocencia del procesado frente al hecho imputado, según se observa en las respuestas de la sentencia a las peticiones de la defensa.

De esa forma, es inevitable señalar la carencia de interés en la formulación del reparo por falta de identidad temática, en razón a que ningún error puede atribuirse al Tribunal frente a una materia no sometida a su consideración, y de otro lado se desvirtuaría la naturaleza de la casación, en cuya sede son juzgables únicamente errores de juicio en la aplicación de la ley o en la apreciación de la prueba.

Por lo demás, no es un motivo vinculado con los aspectos formales de la demanda, para que conforme al inciso 3º del artículo 181 de la ley 906 de 2004, la Sala supere sus defectos y decida de fondo teniendo en cuenta los fines de la casación, la fundamentación del reparo, la posición del impugnante en el proceso y la índole de la controversia, sino de legitimación según lo visto en precedencia.

3. A juicio del demandante, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad en la valoración de la prueba testimonial de descargo, por adición, supresión o distorsión <en su existencia jurídica y alcance probatorio>.

Pretende el casacionista bajo la apariencia de un falso juicio de identidad por supresión o cercenamiento, adelantar un juicio valorativo del testimonio del oficial Yorguin Malagón Hernández, que le permitiría concluir que la conducta del acusado no estructura el delito de secuestro extorsivo, para lo cual hace su propia interpretación de los hechos.

Olvida que en esta clase de error, de carácter objetivo, corresponde evidenciar que el tenor literal de la prueba fue tergiversado por el juzgador, puesto que el error no se verifica por las deducciones que se hagan en el proceso de valoración de un determinado medio probatorio, en la medida que no puede confundirse la prueba con lo que ella demuestra, en razón a que el juez goza de libertad en su apreciación, la cual encuentra su límite en la observancia de las reglas de la sana crítica.

De ahí que con apoyo en la declaración supuestamente cercenada, se refiera al procedimiento policial y al comportamiento de la víctima una vez interceptado el

vehículo en el que era llevada, para inferir de ellos que no se trató de un secuestro sino de un operativo al mando del Mayor Méndez Olaya, en el que el procesado <no trabajó en forma huérfana>, pues <todo el tiempo estuvo monitoreado por la Central de Inteligencia de Cundinamarca>.

Desde luego ignora los pasajes de la sentencia, en los que el a quo señala que el capitán Malagón desconocía la presencia del acusado en el vehículo rojo Hyundai, cuya novedad fue comunicada al Mayor Méndez Olaya, y que su credibilidad se debe a que sin ningún interés intervino en un procedimiento ajustado a las funciones que cada uno tenía asignadas dentro de la institución.

En la misma equivocación incurre, cuando expresa que el testimonio de Edwin Arbey Lozano Mesa también fue cercenado, para probar la existencia del operativo y sostener que quienes participaban en él tenían conocimiento de la presencia dentro del vehículo de una persona con orden de captura, puesto que su labor se circunscribe a interpretar hechos que no se corresponden con la literalidad de la prueba ni menos con las conclusiones de la sentencia.

Para el Tribunal el testigo corrobora el recorrido al que fue sometido la víctima; que no haya considerado importante la parte en que Lozano Mesa explica la intervención de unidades de la policía judicial en el operativo no configura el error, puesto que el casacionista contrario a lo evidenciado en el fallo, infiere de ella el conocimiento que se tenía de la presencia en el vehículo de una persona con orden de captura.

Igual ocurre con la declaración de Wilson Alejandro Muñoz Gómez, cuyo análisis el recurrente emprende para mostrar el manejo de las fuentes humanas y el despliegue del operativo para corroborar la información y judicializar a quien tenía orden de captura vigente.

Se trata de un esfuerzo argumentativo, para señalar que el a quo a pesar de haber

fijado su alcance, la cercena <con el objetivo de estructurar responsabilidad penal en cabeza de mi prohijado>, sin tener en cuenta que el testigo ratifica lo que la demás prueba enseña: <el operativo desplegado por las unidades de la policía>, el que no es puesto en duda en el fallo atacado.

Conforme a esa perspectiva, el impugnante adelanta una controversia probatoria ajena al error denunciado, con el objetivo de imponer en esta sede su criterio valorativo sin tener en cuenta la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña a la sentencia.

Por eso finalmente acusa al Tribunal de suprimir <la valoración probatoria frente a los alcances de la declaración> del mayor Méndez Olaya, para insistir que Góngora Nieto era un informante y en el objetivo del operativo policial que concluyó con la captura de Ruíz Porras, hechos que en su entender excluyen la conducta imputada al acusado.

Frente a la prueba considerada objeto de tergiversación, el recurrente olvida que la adición, alteración o supresión de su literalidad debe ser capaz de modificar el sentido del fallo, en razón a que el juzgador no está obligado a tomar toda la parte de la prueba sino aquella que guarda interés con el asunto, de modo que en su valoración puede dejar de lado aspectos de ella sin importancia alguna, lo cual no constituye el error de juicio reprochado al Tribunal.

De esa manera, puede constatarse que la prueba testimonial relacionada y reproducida parcialmente en la demanda, en ninguna de sus partes alude a la participación del acusado en el operativo, al desconocimiento de las autoridades sobre su presencia en el vehículo interceptado, ni a las funciones que como oficial de la Policía Nacional ejercía, pues en ese momento se encontraba en uso de sus vacaciones, hechos suficientemente analizados por los juzgadores y respecto de los cuales, las declaraciones en la parte que se dice omitidas ninguna aclaración o precisión hacen frente a lo concluido en la sentencia.

Por eso, el Tribunal señala que el testimonio de Góngora Nieto no es creíble, califica

de acomodada la explicación que ofrece para justificar la presencia del acusado y considera inverosímil lo dicho <si se tiene en cuenta que el acusado se encontraba en vacaciones al momento de los hechos, además que sus labores en la institución no eran de Policía Judicial, ni de seguridad o vigilancia>.

También precisa que lo relevante no son los errores en la elaboración del documento mediante el cual se establece el desarrollo del operativo, <sino la presencia de manera irregular por parte de ORJUELA PIMIENTA en el lugar de los hechos>, temas que se insiste no fueron abordados por los testigos en las partes transcritas de sus declaraciones.

En razón a las falencias anotadas, la Sala inadmitirá la demanda sin considerar necesaria su intervención oficiosa en este asunto con fundamento en el inciso 3º del artículo 184, por no vislumbrar la afectación de derechos y las garantías de los intervinientes.

Contra esta determinación se hace legalmente viable el mecanismo de insistencia previsto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004, cuyo trámite ha sido señalado en el auto de diciembre 12 de 2.005, con radicación 24322.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación de origen y procedencia anotada presentada por el defensor contractual de EDWIN ALEJANDRO ORJUELA PIMIENTA.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia contemplado en el inciso segundo del artículo 184 de la ley 906 de 2004.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Tribunal Superior de Bogotá, 19 nov. 2013, fls 10, 11 cdno original 6.

2 CSJ AP, 8 jun. 2006, rad. 25565.

3 CSJ AP, 18 Abr 2012, rad. 36608; CSJ AP, 17 Oct 2012, rad. 33145.