

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

Radicado 51738

AP 1291 – 2018

Aprobada acta número 103

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensa de JHON JAIRO BOTERO PEREZ y JHON FREDY TARAZONA FLOREZ.

HECHOS:

Así pueden resumirse de conformidad con lo expresado en la sentencia que se impugna:

El 15 de noviembre de 2013 cuando transitaba por la vereda la vereda Hormazaque del municipio de Tasco en el departamento de Boyacá, el camión cargado de mercancía que manejaba Luis Javier Rincón Mancipe fue detenido a eso de las 6 de la tarde por tres agentes de la estación de Policía de Paz del Río, entre los cuales se encontraban Diego Armando Flórez y JHON FREDY TARAZONA FLOREZ.

Los policías sometieron a los ocupantes, entre ellos a Jorge Emilio Báez, dueño de la mercancía, les quitaron sus teléfonos y les exigieron dos millones de pesos a cambio de no entregar a las autoridades judiciales el vehículo y la mercancía presumiblemente de

contrabando.

Después de discutir y de no ponerse de acuerdo en el precio exigido, permanecieron por más de dos horas en el Sector El Cruce a donde llegó el subintendente JHON JAIRO BOTERO PEREZ, quien trasladó al dueño de la mercancía hacia otro sitio de la zona rural del municipio, reteniéndolos hasta las 9 de la noche cuando Báez decidió entregar el dinero que les permitió recuperar su libertad.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 22 de diciembre de 2013, en audiencia llevada a cabo ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama, se legalizó la captura, formuló imputación y se impuso a los acusados medida de aseguramiento como presuntos autores del delito de secuestro extorsivo (artículos 169, 170 numeral 5 del Código penal).

2.- El 14 de julio de 2014, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, y los días 21 y 22 de octubre de 2014 la audiencia preparatoria.

3.- Entre el 21 de octubre de 2014 y el 7 de septiembre de 2015 se llevó a cabo el juicio oral que concluyó con el anuncio del fallo absolutorio que se concretó en la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2015.

4.- Apelada la decisión por la Fiscalía General de la Nación y el representante de la víctima, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la revocó mediante sentencia del 2 de agosto de 2017, para en su lugar condenar a Diego Armando Flórez JHON JAIRO BOTERO PEREZ y JHON FREDY TARAZONA como autores del delito de privación ilegal de la libertad (artículo 174 del Código Penal) a la pena principal de 88 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

5.- Contra esta decisión, los defensores de JHON FREDY TARAZONA y JHON JAIRO BOTERO PEREZ interpusieron recurso extraordinario de casación.

DEMANDA DE CASACION:

1.- Demanda a nombre de JHON FREDY TARAZONA.

Propone un cargo único con fundamento en la causal tercera de casación (numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004).

Sostiene que el Tribunal descontextualizó los medios de prueba y por esa vía concluyó que las “victimas” estuvieron incomunicadas, lo que no ocurrió, e igualmente distorsionó su contenido material y la “expresión fáctica de cada uno de los elementos probatorios por falso raciocinio.”

Después de indicar que lo hace con “fines ilustrativos”, refiere secuencias de la decisión del Juez de primera instancia, y a partir de ese enunciado relata que efectivamente Luis Javier Rincón y Jorge Emilio Báez se movilizaban por vías terciarias del municipio de Paz del Río, en actitud que llamó la atención de Oscar Pinto, jefe de seguridad de la Empresa Paz del Río, quien informó a la Policía del lugar acerca de ese suceso.

Recuerda que el vehículo fue inicialmente registrado por los agentes del orden en un lugar del cual tuvieron que retirarse por el peligro que representaba permanecer allí ante amenazas de pobladores del sector, trasladándose hacia otro sitio en el cual algunas personas preguntaron qué iba a pasar con los ocupantes del camión, siendo informadas que serían llevados ante las autoridades para su judicialización.

En seguida, prosigue el demandante, Jorge Emilio Báez Cárdenas fue esposado por el agente TARAZONA FLOREZ, y sin que lo amenazaran abordó la patrulla policial, mientras que Luis Javier Rincón Mancipe también voluntariamente siguió en el camión tras la patrulla

policial, tal como los agentes lo ordenaron.

A partir de esa exposición, concluye que la sentencia no es consecuente con la prueba recaudada. Para demostrarlo indica que con el testigo Holfman Ángel Fuya se incorporaron 18 álbumes fotográficos que sirvieron para que Jorge Emilio Báez Cárdenas identificara al agente Fabián Guerra Paz, quien habría recibido los dos millones de pesos. Refiere igualmente que el análisis Lynk de las líneas telefónicas de Jorge Emilio Báez y Luis Javier Rincón Mancipe se pudo establecer que se comunicaron con terceros entre las 5 de la tarde y las 7 y 30 de la noche, lo cual permite sugerir que no estuvieron incomunicados.

Luego menciona las declaraciones de Antonio Gómez Saavedra -quien refirió que por los sectores de “La Chapa” y “Molinos” suelen transitar camiones con contrabando—, y las de Luis Javier Rincón Mancipe y Jorge Emilio Báez, quienes aseguraron que fueron intimidados por los agentes del orden, despojados de sus celulares, y coaccionados para entregar una importante suma de dinero para evitar su retención, versiones que critica por encontrar contradicciones entre los testigos.

Por último, aduce que Fabián Guerra y Jessika Sánchez observaron al agente Jeisson Rusinque Hoyos entre eso de las 8 y 10 de la noche en la estación de Policía de Paz del Río, lo cual le permite concluir que las afirmaciones de Antonio Gómez, Alfonso Cristancho y César Augusto Rincón, quienes aseguraron que en la “retención” participaron JHON FREDY TARAZONA y Jeisson Rusinque Hoyos, es improbable porque una persona no puede estar en dos sitios a la vez.

Considera con base en esos elementos de juicio que el Tribunal apreció sesgadamente los medios de prueba y dedujo responsabilidades inaceptables a partir de omitir el análisis de segmentos trascendentales de los mismos.

Pide, en consecuencia, casar la sentencia y dejar en firme la de primera instancia.

2.- Demanda a nombre de JHON JAIRO BOTERO PEREZ.

Con fundamento en la causal segunda de casación acusa la sentencia de haberse dictado en una actuación ilegítima por afectación sustancial de la estructura del proceso.

Sostiene que el tribunal infringió directamente la ley, al no tener en cuenta que en la audiencia de imputación y en el escrito de acusación, la fiscalía les imputó a los procesados la comisión del delito de secuestro extorsivo, modulando al final del juicio oral la adecuación típica por el de privación ilegal de la libertad.

Aduce que la Corte se ha referido insistentemente al tema de la congruencia a partir de la interpretación del artículo 488 de la Ley 906 de 2004, que señala que el juez no podrá condenar por delitos no previstos en la acusación, cuestión que el Tribunal trasgredió incidiendo negativamente en el derecho a la igualdad de armas, al concentrarse la defensa en enfrentar una imputación jurídica que finalmente no fue la que se tuvo en cuenta en la sentencia.

Solicita, en consecuencia, que la Corte decrete la nulidad de la sentencia de segunda instancia y deje en firme el fallo de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala inadmitirá las demandas por las siguientes razones:

1.- La dogmática del recurso de casación está construida sobre la base de considerar que las sentencias de segunda instancia están precedidas de la doble presunción de acierto y legalidad. Por consiguiente, la ilegalidad e inconstitucionalidad del fallo que se denuncia en esta sede debe cumplir con los estrictos requisitos que se definen a partir de los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y que superan la relativa libertad de argumentación que generalmente se emplea en las instancias.

En éste sentido, tal como lo impone el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el demandante está en el deber de seleccionar una cualquiera de las causales que permitan encauzar el argumento, y en caso de optar por la tercera, debe especificar la modalidad de error en que incurrió el juzgador en la producción o apreciación de las pruebas. Esto es, definir si se trata de errores de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, o de hecho, y en tal caso, si constituyen falsos juicios de existencia, identidad o raciocinio.

2.- Con total fidelidad la Corte ha resumido los argumentos de la demanda formulada por el defensor de JHON FREDY TARAZONA para demostrar que el cargo único que propuso no lo expuso bajo las inexcusables pautas que impone el recurso extraordinario.

Para empezar, hizo una breve alusión a supuestos errores de hecho al señalar que el juzgador distorsionó el contenido material de la prueba y la “expresión fáctica de cada uno de los elementos por falso raciocinio.” Esta reflexión es contradictoria en sus términos, pues al tiempo que parece referirse a un error de hecho por falso juicio de identidad, luego señala que se trata de un error de raciocinio. Así es, por cuando en el falso juicio de identidad el sentenciador deforma el contenido objetivo de la prueba, mientras en el falso raciocinio respeta su contenido pero lo aprecia con infracción de las reglas de la sana crítica. Más allá de eso, esta posibilidad no fue desarrollada en la exposición del cargo, ni en uno ni en otro sentido, con lo cual el reproche carece de la precisión y claridad indispensable para admitirlo a trámite.

De otra parte, propuso el cargo sin constatar el contenido material de la prueba que dice fue indebidamente apreciada y los argumentos del Tribunal al referirse a ella. En el propósito de destacar alguna ilegalidad mencionó el tema probatorio desde su particular y subjetivo enfoque con menoscabo del principio de corrección material. En ese sentido, para mostrar la deficiencia en la postulación del cargo, se debe insistir que, en el supuesto de que hubiese esbozado con algún acierto un falso juicio de identidad, no identificó la prueba sobre la cual recayó el error, su expresión objetiva y qué dijo el Tribunal de ella para mostrar la distorsión

en que habría incurrido el juzgador. Por lo tanto, tampoco mostró cuál sería la apreciación correcta del medio y la incidencia que tendría en el análisis conjunto de la prueba.

En fin, se refirió a la mayoría de la prueba que obra en el proceso, pero sin destacar el error. Asumió que bastaba en esta sede con mostrar que la deducción muy personal que hace, en el sentido de que los acusados no retuvieron a los ciudadanos, es suficiente para denunciar la ilegalidad del fallo, conclusión que la Corte por supuesto no puede complementar ni suponer, salvo a riesgo de faltar al principio de limitación que gobierna el recurso.

3.- La demanda a favor de JHON JAIRO BOTERO PEREZ es mucho más sintética pero igualmente imprecisa e indefinida. Sin reconocer que la acusación es sustancialmente dinámica, como lo ha definido la Corte desde la CSJ SP del 20 de octubre de 2005, Rad, 24026, y que la fiscalía puede modular la calificación jurídica -no fáctica— hasta la presentación de los alegatos finales, la demandante sugiere que la imputación final transgrede la simetría que debe existir entre acusación y sentencia, en los términos del artículo 488 de la Ley 906 de 2004.

En el cargo la demandante no hizo alusión a mutaciones fácticas sino jurídicas -absolutamente favorables—, y pasó por alto que dicha posibilidad está en el ámbito de las alternativas por las que la fiscalía puede optar. Precisamente acerca de tales eventualidades, en la CSJ SP del 25 de mayo de 2015, Rad. 44287, al referirse a la línea jurisprudencial sobre la materia, la Corte señaló que entre las atribuciones del Fiscal está la de:

“Solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquel formulado en la acusación -siempre, claro, está, de menor entidad—, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores— la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además que no

implique desmedro para los derechos de los sujetos procesales y de los demás intervinientes.”

De manera que desde este punto de vista la demandante no ofrece un estudio concreto acerca de la trascendencia que podría implicar una “irregularidad” como la que cuestiona frente a la validez del proceso, tema que fue especialmente desarrollado en la sentencia de segunda instancia conforme a la más autorizada línea jurisprudencial de la Sala sobre la materia (fs. 13 y ss., sentencia segunda instancia).

4.- Aparte de lo expresado y con miras a preservar la doble conformidad de la sentencia condenatoria se debe señalar lo siguiente:

JHON JAIRO TARAZONA, JHON JAIRO BOTERO PEREZ y Diego Armando Flórez, Agentes de la Estación de Policía de Paz del Río, retuvieron a Luis Javier Rincón y Jorge Emilio Báez Cárdenas. En principio nada ilegal habría en ello si motivos fundados acerca de la comisión de un delito imponían ejecutar dicho procedimiento. El problema radica en que esa operación derivó en la retención de los ciudadanos para exigir dinero por su liberación.

El hecho de que por aparte se adelante la investigación por el delito de concusión no permite conjugar el desvalor de la indebida exigencia económica con la privación de libertad, pero eso no implica dudar frente a un injusto cuya descripción típica referida no requiere de exigencias monetarias, en la medida que se sanciona al servidor público por el abuso de sus funciones al privar a otro de su libertad teniendo el deber de protegerla (artículo 174 del Código Penal).

El núcleo del problema no reside en la retención, sino en el motivo.

No está en discusión la “aprehensión” de los ciudadanos Luis Javier Rincón Mancipe y Jorge Báez Cárdenas por los agentes acusados. Tampoco, porque es un dato técnico, que entre las 6 de la tarde y 10 de la noche, los retenidos no pudieron comunicarse al ser despojados

de sus teléfonos, y que el manejo de celdas permitió establecer que los artefactos emitían señales desde el sector rural del municipio de Paz del Río. Estos datos permiten inferir que las declaraciones de Luis Javier Rincón y Jorge Báez Cárdenas, en el sentido de que fueron retenidos con fines ilegítimos en ese lugar son creíbles, pues acerca de su prolongada retención también declararon Antonio Gómez Saavedra y Alfonso Cristancho, vecinos del sector.

La retención de los ciudadanos Luis Javier Rincón y Jorge Báez Cárdenas se realizó en presencia de varias personas de la vereda y durante varias horas, e incluso Alfonso Cristancho escuchó a los agentes cuando hacían la exigencia económica a cambio de no llevar a los “capturados” ante las autoridades judiciales, hecho que sin duda no se realizó, pues de lo contrario habrían quedado registros de una actuación que hubiese sido aportada sin mayores dificultades y llevada al proceso en caso de existir.

El hecho de que ciudadanos del sector dieran cuenta del interés de los agentes del orden por ubicar a un camión de las características de aquel en que se movilizaban los retenidos y luego de la retención de éstos, demuestra que la aprehensión por más de cuatro horas de Luis Javier Rincón y Jorge Báez Cárdenas no obedeció a un operativo legítimo del cual habrían quedado registros que no se tenía por qué ocultar en caso de una diligencia legal, sino a un acto abusivo de los agentes del orden, que se adecúa perfectamente a la descripción típica del artículo 174 del Código Penal.

En esa medida, más allá de cualquier duda razonable, es claro que existe el conocimiento acerca de la comisión de la conducta (retención ilegal por parte de agentes del Estado) y de la responsabilidad de los acusados en la ejecución de dicho comportamiento.

5.- En consecuencia, la Corte inadmitirá las demandas presentadas en favor de JHON JAIRO BOTERO PEREZ y JHON FREDY TARAZONA al no cumplir los requisitos sustanciales y formales, y además porque la Sala no encuentra razones para superar dichos defectos en

orden a realizar las finalidades del recurso o para preservar garantías fundamentales.

Contra esta decisión procede el recurso de insistencia en los términos indicados por la jurisprudencia de la Corte.

Por lo expuesto, La SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE

INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de JHON JAIRO BOTERO PEREZ y JHON FREDY TARAZONA FLOREZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 2 de agosto de 2017.

Contra esta decisión procede el recurso de insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria