

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP3103-2018

Radicación N° 45259

(Aprobación acta No. 246)

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora de ALBEIRO ORTIZ PARDO contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Yopal, el 9 de septiembre de 2014, que confirmó la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 22 de julio de 2014, la cual condenó al recurrente por el delito de secuestro simple y lo absolvió por el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

En la sentencia se le impuso a ALBEIRO ORTIZ PARDO la pena principal de doscientos treinta y cuatro (234) meses de prisión.

De igual manera, se le condenó al pago de una multa equivalente a novecientos setenta y

cinco (975) salarios mínimos mensuales legales vigentes y a la pena accesorio de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la condena privativa de la libertad.

Así mismo, se determinó que el acusado no era acreedor a los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Tuvieron ocurrencia en el municipio de Yopal¹, Casanare, y fueron reseñados en la sentencia de segunda instancia de la siguiente manera:

«El día 11 de junio de 2013 en inmediaciones de la vereda Guayaque, kilómetro 11, vía Araguaney, el señor Germán Archila Vargas fue retenido de manera violenta por dos sujetos armados, quienes lo obligaron a caminar por un trayecto con el fin de subirlo a un automotor, pero ante la resistencia de Archila Vargas y gracias a la presencia de José Orlando Vargas, quien conoce al antes mencionado, los malhechores no lograron su cometido.

Una vez informadas las autoridades de lo sucedido, resultó aprehendido Albeiro Ortiz Pardo, quien fue puesto a disposición ante una autoridad competente y en audiencias preliminares realizadas ante un juez de control de garantías le fueron imputados los injustos antes referidos y se decretó detención preventiva en su contra.»²

ANTECEDENTES PROCESALES

El 12 de junio de 2012³ bajo la dirección del Juzgado Segundo Penal Municipal de Yopal, Casanare, con Funciones de Control de Garantías, tuvo lugar la audiencia de legalización de la captura de ALBEIRO ORTIZ PARDO, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento por los delitos de secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de

armas de fuego, accesorios, partes o municiones; en ella, la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva, la que efectivamente se impuso por parte del Juez.

El escrito de acusación fue presentado por la Fiscalía General de la Nación el 16 de octubre de 2012⁴, y la audiencia respectiva se realizó el día 28 del mismo mes y año⁵, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal.

La audiencia preparatoria se surtió el 4 de diciembre de 2013⁶, en la cual se estipuló la identidad del procesado y se decretaron las pruebas solicitadas por la Fiscalía y la defensa.

Posteriormente, se instaló la audiencia de juicio oral el 28 de abril de 2014⁷, la Fiscalía presentó su teoría del caso, se practicaron las pruebas solicitadas y las partes hicieron sus alegatos de conclusión.

El 22 de julio de 2014⁸ el juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria por el delito de secuestro simple y absolvió al acusado por el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, la cual fue apelada por la defensora del acusado.

Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Casanare, Sala de Decisión Penal, el 9 de septiembre 2014⁹, dictó el fallo de segundo grado que confirmó en su totalidad la providencia recurrida.

El recurso extraordinario de casación fue interpuesto oportunamente por la defensora de ALBEIRO ORTIZ PARDO, quien en el término legal presentó la correspondiente demanda sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

En la demanda de casación se resumieron los hechos y la actuación procesal, así como los fallos de instancia, y se procedió a señalar que el objeto de la misma era que la Sala de Casación Penal «se pronuncie sobre aquellos casos en los que se evidencia violación al debido proceso por vulneración de los derechos fundamentales al acusado, como es el derecho de defensa, al no existir correspondencia entre la imputación jurídica y la realidad de los hechos»¹⁰ y procedió a formular tres (3) cargos contra la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal.

El primer cargo la abogada lo postuló con apoyo en la causal contemplada en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por el «desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes»¹¹, puesto que la Fiscalía General de la Nación al momento de formular la imputación «no tuvo en cuenta la realidad fáctica (los hechos tal y como ocurrieron)»¹², y esta situación se mantuvo a lo largo del proceso, incluso en las sentencias de instancia, lo que afectó los derechos de su defendido y, ahora, deberá purgar una pena superior a la que le correspondería como autor del delito de constreñimiento ilegal.

En consecuencia, solicita anular la actuación a partir de la diligencia de imputación de cargos en que la Fiscalía General de la Nación incurrió en el error, el cual se ha repetido a lo largo de todo el proceso.

La defensora formuló un segundo cargo contra el fallo del Tribunal Superior de Yopal, Sala de Decisión Penal, con fundamento en el numeral 3°, artículo 181, de la Ley 906 de 2000, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, porque, en su criterio, ha debido aplicarse el indubio pro reo, pues la inferencia realizada por el fallador no acredita la participación de ALBEIRO ORTIZ PARDO en el delito, puesto que su permanencia en el lugar, después de ocurridos los hechos, resulta insuficiente para llegar a esa conclusión. Además, señala la casacionista, que la coincidencia de rasgos entre el aquí condenado y los descritos por la víctima, no implica certeza sobre su responsabilidad,

conforme se dedujo en la sentencia. Estos dos razonamientos constituyen, según la apoderada, errores de razonamiento que violan las reglas de la experiencia, ya que, insiste, son simples coincidencias.

El tercer y último cargo que formuló en la demanda lo fundamentó en el numeral 1º, artículo 181 de la Ley 906 de 2000, por falta de aplicación del artículo 27 de la Ley 599 de 2000, que regula la tentativa, y, por ende, la aplicación indebida del artículo 168 ejusdem que tipifica el secuestro simple, pues considera que el delito por el que fue condenado su representado tuvo lugar en la modalidad de tentativa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad «la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia».

Para su ejercicio se requiere la presentación oportuna de una demanda que satisfaga los requisitos normativos y jurisprudenciales establecidos por la Sala.

El artículo 184, inciso 2º, de la misma obra, dispone que la demanda no puede ser admitida cuando: i) el impugnante carezca de interés para acceder al recurso, ii) no indique la causal invocada, iii) omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) de su contexto se advierta de manera fundada que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso, a menos que el cumplimiento de alguno de los fines permita superar los defectos técnicos de la demanda y decidir de fondo.

En éste sentido la Sala tiene establecido que:

«La debida sustentación del cargo propuesto implica para el censor, entre otras exigencias,

desarrollarlo en forma completa, conforme al principio de sustentación suficiente, de suerte que la demanda se baste a sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la sentencia, según el caso, y hacerlo de manera clara y precisa, en términos tales que el alcance de la impugnación surja nítido, para que el juez de casación pueda dar a los reproches planteados adecuada respuesta.

También es exigencia indeclinable demostrar que la intervención de la Corte es necesaria para la realización de los fines de la casación, lo cual significa que la demanda, además de hallarse adecuadamente presentada y debidamente sustentada (idoneidad formal), debe ser fundada (idoneidad sustancial), es decir, estar razonablemente llamada a propiciar la infirmación total o parcial de la sentencia, o un pronunciamiento unificador de la Corte sobre el tema debatido.

A esta conclusión se llega tras consultar el contenido del artículo 184 ejusdem, donde se incluye como causal de no selección de la demanda de casación, el que se advierta fundadamente de su contexto que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades propias del recurso, es decir, que no sea necesario para materializar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos a éstos (artículo 180).»¹³

Con respecto a la sustentación del recurso la Sala ha señalado:

«exige que el demandante demuestre que el juzgador cometió un error al tomar la decisión, bien de juicio (in iudicando) o de actividad (in procedendo), para cuyo efecto no basta afirmar que una determinada infracción se cometió, sino que es necesario precisar en qué consistió, qué repercusiones o implicaciones tuvo en la decisión recurrida, qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante, y por qué la intervención de la Corte es necesaria para el cumplimiento de los fines del recurso» ¹⁴

En relación con las causales de casación, previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004,

la Sala ha precisado que:

«a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige claras y precisas pautas demostrativas (CSJ AP 24 Nov 2005, Rad. 24.323)

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia (CSJ AP 24 Nov 2005, Rad. 24530).

c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción¹⁵, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad -distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio-, del falso juicio de existencia -declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso- y del falso raciocinio -fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de

la sana crítica-.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.»

Con fundamento en los anteriores criterios la Corte procede a estudiar la demanda a fin de establecer si reúne los requisitos formales y sustanciales para su estudio de fondo.

En efecto, la Sala observa que la demanda contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior, Sala de Decisión Penal, se formuló por tres causales distintas, sin distinguir entre principales y subsidiarias, lo que significa que todos los cargos fueron formulados como principales.

La casacionista no tuvo en cuenta que las causales son excluyentes entre sí, pues la solicitud de nulidad de todo el proceso implica no aceptar la validez de las sentencias en la medida en que provienen de un proceso irregular; la violación directa de la ley, por su parte, conlleva la aceptación de la corrección de toda la actuación procesal junto con la apreciación probatoria, en tanto que, la violación indirecta envuelve el asentimiento de que los fallos se profirieron en un proceso ajustado al ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, la inconformidad se focaliza de manera exclusiva en la valoración probatoria realizada por el juzgador.

De esta suerte, la prosperidad de los cargos por violación directa o indirecta de la ley posibilita la emisión de un fallo de sustitución. Esto mismo no acontece cuando se demanda la nulidad de lo actuado.

Lo anterior sería suficiente para inadmitir la demanda, sin embargo, no es el único error que la Sala observa en la formulación de los cargos como se demostrará más adelante.

Cargo primero: nulidad.

En la formulación del cargo la casacionista solicitó la nulidad de todo el proceso «por cuanto el ente fiscal al momento de formular la imputación no tuvo en cuenta la realidad fáctica (los hechos tal como ocurrieron), de manera que frente a dicha situación, lo que hizo fue formular una imputación jurídica que no se correspondía con la realidad fáctica, lo que produjo la vulneración del derecho de defensa de ALBEIRO ORTIZ PARDO»¹⁶

Con respecto a la diligencia de imputación de cargos el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 señala que la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

«[l]a razón de ser de la formulación de imputación, en su sentido más prístino, es que la Fiscalía dé a conocer al imputado, que se le registra autor o partícipe de unos hechos concretos, y que a renglón seguido se adelantará la investigación encaminada a determinar no sólo la verificación de esa inicial información, sino la específica vinculación delictiva que esos hechos aparejan.

Eso significa, entonces, que aún en agraz la investigación, ella debe depurarse en el término siguiente a la formulación de imputación, a fin de precisar los hechos, sus consecuencias jurídicas y la participación del procesado, como quiera que la formulación de acusación obedece a que se lograron esos mínimos estándares de demostración.

No es, entonces, el acto de la imputación un momento acabado de definición del delito y consecuente responsabilidad penal, pues, si así fuese, carecería de sentido la investigación subsecuente y no sería posible acudir a mecanismos tales como el de la preclusión, producto, no sobra recalcar, de lo que esa investigación consecuente arroja.

Si se cuenta con el debate del juicio oral para que la defensa ponga a prueba la consistencia de los cargos, momento procesal en el que efectivamente se ejerce el contradictorio, no se evidencia violación esencial a la garantía.»¹⁷

En este orden de ideas, la nulidad cuya declaratoria deprecia la defensora no alcanza a configurarse, dado que no se puso de presente cual fue la irregularidad o el presupuesto establecido en la ley que no se incumplió en la audiencia de formulación de imputación¹⁸.

Ahora bien, si lo que pretendía la demandante era enervar la calificación jurídica de la conducta imputada a ALBEIRO ORTIZ PARDO y concretada por el Tribunal en la sentencia condenatoria ha debido recurrir a denunciarla por violación directa o indirecta de la ley, dependiendo el error en que haya incurrido el fallador, lo cual no ocurrió en el presente caso.

En efecto, la casacionista señala que la conducta realizada por los individuos que retuvieron a Germán Archila se subsume en el «delito de constreñimiento ilegal»¹⁹ y no en el de secuestro simple, como lo hizo el Tribunal, porque «no tenían como propósito dicha conducta (...) ya que dichas personas no hicieron ningún tipo de exigencia dineraria, ni de ninguna naturaleza. Es decir, no existió ningún tipo de propósito. Ello necesariamente conduce a establecer, entonces, que no existió el delito de secuestro simple»²⁰, pero no indica el fundamento de tal apreciación al punto que no precisa si el sentenciador dejó de aplicar la norma que invoca debido a errores de apreciación probatoria o éstos ocurrieron en el ámbito estricto del raciocinio jurídico.

En consecuencia, como la demandante no precisa la naturaleza del error que habría dado lugar a una inadecuada calificación de la conducta por parte del Tribunal Superior de Yopal ello resulta suficiente para que la Corte decida inadmitir el cargo.

En todo caso la Sala en el presente caso no observa errores en la calificación jurídica, que los jueces de instancia, hicieron de la conducta por la cual resultó condenado ALBEIRO

ORTIZ PARDO.

En efecto, la Corte ha señalado, de tiempo atrás, con respecto al momento consumativo del delito de secuestro simple que

«se consuma con la privación de la libertad de la persona, mediante la ejecución de alguna de las conductas alternativas que lo configuran, con propósitos distintos a los previstos para el extorsivo; basta el acto de coartar la autonomía de locomoción que asiste a la persona sin necesidad de alcanzar el fin que orienta el comportamiento de su autor o partícipe.»²¹

En relación con el tiempo que la persona debe permanecer retenida por sus captores para que se configure el delito de secuestro la Sala ha sostenido:

«(...) en el secuestro en cualquiera de sus modalidades típicas (arrebatamiento, sustracción, retención u ocultamiento), el retenido no puede circular libremente porque sus captores lo someten y disponen de medidas que le impiden movilizarse de acuerdo con su libre voluntad, resulta irrelevante no solo el término que dure la privación de la locomoción, sino también la forma, violenta o no, en que fue llevado a ellos»²²

La Sala observa, efectuada la anterior precisión, que no se presentan errores en la adecuación de la conducta ejecutada por ALBEIRO ORTIZ PARDO con el tipo penal de secuestro simple, conforme se hizo en las sentencias de instancia.

La jurisprudencia de la Corte indica que es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción de la persona para que se consume el secuestro. No es necesario que la persona obtenga la finalidad propuesta, que por las declaraciones de la víctima era llevarlo ante otras personas que no se conocieron en el trascurso de la investigación. Lo cierto es que la autonomía de Germán Archila Vargas fue coartada porque en el trascurso en que estuvo en poder de sus captores no pudo elegir su destino, sino que fue obligado a caminar junto a sus secuestradores. Eso significa una restricción a la libertad individual.

Además, el tiempo que la persona debe permanecer en manos de sus captores, ha dicho la Corte, no es determinante para consumar el delito de secuestro, así como la forma en que lo hicieron. En el caso presente caso Germán Archila Vargas estuvo retenido, contra su voluntad por más de veinte minutos, y si bien la forma como ocurrió el sometimiento este fue de corta duración, pues el secuestrado logró fugarse, ello no elimina la retención realizada por ALBEIRO ORTIZ PARDO, de esta manera quedan, entonces, acreditados los elementos constitutivos del secuestro simple.

La casacionista considera que la conducta ejecutada por ALBEIRO ORTIZ PARDO se enmarca dentro de las previsiones del tipo penal de constreñimiento ilegal que exige que la persona no sea privada de la libertad, sino que sea obligada a hacer, tolerar, u omitir alguna cosa.

Al respecto la Sala de Casación Penal, al demarcar delito de secuestro con el de constreñimiento ilegal dijo:

«(...)siempre que la presión se ejerza a través de la privación de la libertad del agredido se incurre en secuestro. Si el método de coacción no es la retención de la persona y el propósito del delincuente es obtener provecho, utilidad o beneficio ilícitos, se habrá hecho corresponder el comportamiento con la descripción prevista para la extorsión. En los demás casos en que se constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, cuando la conducta no sea secuestro, extorsión, desplazamiento forzado o tortura, se configura el tipo subsidiario de constreñimiento ilegal»²³

Lo anterior significa que la conducta conforme fue calificada por el Tribunal es correcta, conforme se establece por el modo empleado por sus captores para reducir la voluntad de la víctima y el tiempo que estuvo bajo su poder. El método fue restringir su libertad de locomoción y el lapso que duró esta retención fue de alrededor de veinte minutos, pues el secuestrado huyó de sus captores.

El cargo, entonces, carece también de idoneidad sustancial porque la adecuación que hicieron los falladores de instancia de la conducta desplegada por ALBEIRO ORTIZ PARDO se enmarca dentro de los presupuestos fácticos del tipo objetivo del secuestro simple.

En suma, el cargo en la forma como fue presentado por la casacionista no satisface las exigencias legales y jurisprudenciales, pues indicó como vía la nulidad, cuestionó la fijación de los hechos llevada a cabo por el juez, y terminó censurando la forma como se hizo la adecuación típica en la sentencia, todo lo cual es suficiente para inadmitirlo.

Cargo segundo: desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

En la demanda se formuló un segundo cargo contra el fallo del Tribunal con fundamento en el artículo 181, numeral 3°, de la Ley 906 de 2000, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, y, en consecuencia, considera ha debido aplicarse el indubio pro reo, puesto que la inferencia realizada por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Yopal al manifestar en la sentencia que el hecho de que ALBEIRO ORTIZ PARDO no hubiera escapado del lugar de los acontecimientos no elimina su participación en el delito, puesto que puede tratarse de un delincuente sin experiencia o ingenuo que no creyó que fuese a ser capturado. Este razonamiento, considera la abogada, junto con la simple coincidencia de los rasgos ALBEIRO ORTIZ PARDO con los descritos por la víctima sobre su captor, no implica certeza sobre la responsabilidad penal de este último.

La Sala ha sostenido con respecto a la trasgresión del principio in dubio pro reo, que ésta puede ocurrir por violación directa o indirecta de la ley sustancial. En cualquiera de estos casos el demandante debe señalar de manera clara y precisa cuál es la vía escogida, puesto que cada una tiene un método demostrativo diferente.

La primera modalidad es la violación directa, que ocurre cuando el juzgador profiere una sentencia condenatoria a pesar de considerar en la parte motiva de la providencia que la prueba recaudada válidamente no alcanza el estándar de conocimiento exigido al efecto por

la ley, y, sin embargo, no lo reconoce así en la parte resolutive de la sentencia.

La segunda modalidad es la violación indirecta que ocurre cuando se da una errónea apreciación probatoria y el juzgador de modo equivocado concluye que en el proceso existe el estándar de prueba fijado por la ley para dar por probadas la realización de la conducta punible y la responsabilidad del acusado y, en consecuencia, profiere sentencia condenatoria, debiendo absolver.

En cualquiera de estas dos hipótesis, como el motivo de casación a invocar es diverso, debe ser desarrollado de conformidad con los parámetros señalados por la jurisprudencia, de acuerdo con la causal de casación que corresponda y el tipo de error que se pretenda demostrar.

Cabe precisar, que en cuanto tiene que ver con la aplicación del imperativo constitucional y legal del in dubio pro reo como resultado de apreciar las pruebas practicadas en la actuación penal, la Sala²⁴ tiene dicho:

...[E]l reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que

el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

6. Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

7. En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo.

Pues bien, la Sala observa que en la formulación del cargo por trasgresión del principio del indubio pro reo se dejó sin precisar si ello obedeció a errores de apreciación probatoria o a través de la violación directa de la ley.

Ahora, si lo pretendido con la demanda era acusar la sentencia por violación directa de la ley ha debido señalar la parte de la sentencia en que el fallador consideró que la prueba no alcanza el grado de conocimiento exigido por la ley; tarea que omitió la casacionista.

Así mismo, si lo que se pretendía demostrar era la existencia de una violación indirecta la demandante ha debido realizar el respectivo juicio probatorio que lleve a una conclusión de que es imposible obtener un conocimiento más allá de toda duda razonable de la existencia de la conducta que se le atribuyó a ALBEIRO ORTIZ PARDO en las sentencias, todo a partir de hechos, no de simples hipótesis o preguntas retóricas, con la guía de las reglas de la sana crítica; no obstante, la casacionista se limitó a cuestionar la sentencia porque en ella se afirmó que el encartado no huyó del lugar después de que el secuestrado se le fugo a sus captores y porque, además, en sentir de la abogada la coincidencia de los rasgos descritos por el secuestrado con las características de su defendido no ofrecen el grado de certeza para condenar.

En todo caso la censura carece de idoneidad sustancial para superar el juicio de admisibilidad.

En efecto, al revisar las sentencias la Corte observa que en la de primera instancia, que constituye una unidad inescindible con el fallo de segundo grado, se dijo:

«(...) dicho señalamiento fue refrendado en por Archila Vargas en su testimonio, pues esta persona sin dubitación alguna dijo que en el juicio se encontraba uno de los hombres que lo habían retenido, pues se trata de una persona mona, de ojos claros, que en la diligencia lucia camiseta blanca y un tatuaje en el brazo izquierdo, señales que coinciden con el encartada, así las cosas encuentra este juzgado que no existe incertidumbre acerca de la

responsabilidad del acusado, pues no sólo fue reconocido por la víctima, el uniformado que participó en su aprehensión, sino que Jesús Orlado Vargas lo describió como una de las personas que llevaban a Germán Daniel por delante, encañonado, por ese motivo y ante el auxilio que le pidió Archila Vargas fue que informó al empleado del último, pues creyó que se trataba de un secuestro.»²⁵

Posteriormente, en la sentencia del Tribunal sobre la identificación de ALBEIRO ORTIZ PARDO, como autor del delito de secuestro de Germán Archila Vargas, la Sala de Decisión explica que

«Lo cierto es que la prueba obrante, principalmente la versión de la víctima, dice con certeza que ese hombre fue uno de quienes lo retuvieron, a quien identificó en dos ocasiones, una recién capturado y otra en el juicio oral, a quien señaló en forma segura y sin asomo de duda, incluso identificándolo por tener un tatuaje en un brazo.»²⁶

Esto significa que la identidad de ALBEIRO ORTIZ PARDO en el secuestro de German Archila Vargas no se fundamentó en conjeturas y errores de razonamiento, sino, en un reconocimiento que no dejó lugar a dudas por parte del secuestrado y de un testigo, que incluso resultó amenazado, que presencié la retención a la que fue sometida la víctima y que dio aviso a sus empleados para que llamaran a las autoridades policiales.

Las conjeturas acusadas por la casacionista surgen de los interrogantes que la defensa formuló en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, pero no constituyen el fundamento de la decisión, el cual está dado por los testimonios del propio secuestrado y de un tercero Jesús Orlado Vargas quien tuvo la oportunidad de ver a los secuestradores y la forma como llevaban a la víctima.

De otro parte, para que el cargo por errores derivados de la apreciación de la prueba quede debidamente estructurado y, en consecuencia, sea objeto de estudio por parte de la Sala no es suficiente con la presentación de criterios personales sobre la forma de valorar la prueba,

sino que es necesario demostrar que la valoración hecha por el juzgador desconoce los postulados de la sana crítica, esto es una ley de la ciencia, un principio de la lógica, o una regla de la experiencia, que de no haberse contrariado la decisión sería totalmente distinta, debido a que los otros medios probatorios carecen de la capacidad demostrativa para dar por acreditado el mismo supuesto fáctico fijado en la sentencia; aspectos de los que no se ocupó la casacionista.

En síntesis, el cargo no satisface las exigencias formales y materiales para ser estudiado de fondo, pues la crítica que se hace al razonamiento probatorio no se aviene con lo consignado en la sentencia, dado que ésta explica de manera suficiente por qué le dio y cuál el grado de credibilidad que le otorgó a cada medio probatorio.

A este respecto debe advertirse, que la Corte tiene establecido que el error originado en la apreciación judicial del mérito de la prueba recaudada en el proceso penal no surge de la sola disparidad de criterios entre el valor demostrativo atribuido por el juzgador y el pretendido por los sujetos procesales, sino de la manifiesta y demostrada contradicción entre aquél y las reglas que orientan la valoración racional de la prueba, porque si el juez, en ejercicio de esa función, ha respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, y no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia.

Cargo tercero: falta de aplicación de una norma sustantiva.

El tercer cargo que se formuló en la demanda de casación fue bajo el amparo de la violación directa por falta de aplicación del artículo 27 del Código Penal, que regula la tentativa, y, en consecuencia, denuncia también una indebida aplicación de la ley, pues el Tribunal subsumió los hechos materia de juzgamiento en el tipo penal de secuestro simple.

La apoderada inicia la demostración del cargo con la cita del aparte de la sentencia de

segunda instancia que cuestiona:

«Este aspecto también se halla debidamente dilucidado en el fallo de 1ª instancia y en general se advierte del relato del testigo y víctima Archila Vargas. Afirma que fue retenido por cerca de veinte minutos de modo que transcurrió un tiempo definido desde el momento en que fue retenido y se le obligó a andar cierta distancia. Vale decir, el delito se consumó. Tentativa sería el caso en que los autores hubieran realizado acciones tendientes a retener o apoderarse de la víctima no logrando hacerlo. Pero este caso ésta definido como una retención completa y por una especie de tiempo definido, tan cierto que Archila Vargas les ofreció dinero para que lo dejaran libre, pues portaba \$2.000.000 de pesos y aquellos le respondieron que tenían orden de llevarlo. La fuga de Archila Vargas minutos después no dice de por sí que se trate de una tentativa, pues ésta ocurre precisamente porque ya se hallaba en ese estado de privación de la libertad. Difícil será decir que siempre que la víctima logre evadir su retención el delito se queda en grado de tentativa. Necesariamente para la tentativa es que la evasión se dé antes de que ocurra la retención, que no es el caso puesto en examen»²⁷

En seguida, la casacionista, con el propósito de demostrar el cargo, procede a transcribir el contenido de los artículos 168 y 27 de la Ley 599 de 2000 que describen la conducta de secuestro simple y regulan la tentativa, respectivamente, e indica que «del simple cotejo de las normas con la realidad fáctica se puede establecer que no existe correspondencia entre la norma del artículo 168 que establece el secuestro simple consumado, sino el de secuestro simple en el grado de tentativa. Modalidad ésta establecida en el artículo 27 C.P.»²⁸

Lo anterior, señala la censura, llevó a que el Tribunal impusiera a ALBEIRO ORTIZ PARDO una pena superior a la que en realidad le correspondía, debido a que su conducta se adecua al tipo penal de secuestro simple en el grado de tentativa.

Pues bien, la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 —violación directa—

opera cuando el juez en la sentencia deja de aplicar, interpreta de manera errónea o aplica indebidamente la norma llamada a regular el caso.²⁹ Al respecto la Sala de Casación Penal ha dicho que la aplicación indebida de la ley sustancial supone la existencia de un error en la selección del precepto, el cual conduce a que la imputación no guarde correspondencia con el tipo penal.

Además, resulta oportuno reiterar que la vía de la violación directa implica la aceptación de los hechos, de las pruebas y la valoración que de ellas se hizo por parte de los jueces de instancia, de ahí que no le es permitido al casacionista debatir cuestiones de facto, dado que la discusión que propone es estrictamente jurídica y recae sobre la ley sustancial.

No obstante, observa la Sala que en abierta contravía con la lógica que reclama la infracción denunciada, la casacionista se limitó a señalar que del simple cotejo de las normas con la realidad se evidencia la violación directa, sin que demuestre que parte de los hechos, conforme los fija el Tribunal, no se adecua al tipo penal seleccionado.

Para que el cargo formulado tuviese posibilidad de ser estudiado por la Corte en la demanda ha debido demostrarse que el Tribunal en su sentencia declaró probado que el procesado dio inicio a la ejecución de la privación ilícita de la libertad de German Archila Vargas, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se logró por circunstancias ajenas a su voluntad, pero este esfuerzo demostrativo no se realizó por parte de la demandante, pues encamino su esfuerzo argumentativo hacia la ausencia de agotamiento de la conducta.

En todo caso no podía lograrlo dado que el Tribunal encontró acreditada la efectiva privación de la libertad de German Archila Vargas por parte de Albeiro Ortiz Pardo durante un lapso mínimo de veinte minutos y ese comportamiento se adecua al tipo penal de secuestro simple.

En efecto, la tentativa se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000 en los

siguientes términos:

«El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad....»

La tentativa, entonces, es un comportamiento doloso que ha superado la simple ideación y la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse sin que haya logrado, por ende, ni la consumación ni el agotamiento de la conducta.

Es necesario, por lo tanto, demarcar o diferenciar los actos ejecutivos que, a la postre, resultan sancionables a título de tentativa, y los actos de consumación y agotamiento para precisar si en el caso en estudio nos encontramos ante un caso de tentativa como lo manifiesta la casacionista.

Al respecto la Sala de Casación Penal ha dicho que:

«(...) la tentativa acabada se presenta cuando el agente ha realizado todos los actos que de conformidad con su plan son suficientes para conseguir la producción del resultado pretendido, pero este no se reproduce por causas ajenas a su voluntad (...)

Por su parte, la tentativa inacabada ocurre cuando el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el iter criminis se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar.»³⁰

Efectuada la anterior precisión, considera la Sala que en este asunto no se configura una tentativa del delito de secuestro, dado que la conducta realizada por ALBEIRO ORTIZ PARDO cuando Germán Archila Vargas escapó de sus captores se encontraba en la fase de consumación del punible, como lo muestra el hecho de que ya se había sometido el derecho

a la locomoción de la víctima, dado que fue obligado a caminar junto con sus captores por más de veinte minutos, y recuperó la libertad cuando huyó de ellos en una volqueta que casualmente pasaba por el lugar.

Lo que no ocurrió fue el agotamiento del delito, es decir, que los secuestradores hubieran puesto a Germán Archila Vargas a órdenes de quien dispuso su rapto, conforme se lo confesaron a éste último cuando les ofreció la suma de dos millones de pesos que portaba a cambio de su liberación.

En otros términos, el delito de secuestro se consuma en el momento en que se priva de la libertad de locomoción de manera ilegítima a una persona, en tanto que el agotamiento, ocurre cuando el sujeto activo de la conducta alcanza la finalidad que se propuso, en cuyo caso la legislación prevé una pena mayor.

Al respecto esta Sala ha sostenido que:

«Pero si ese propósito se logra, es evidente que en aplicación, ya de normas expresas, ya de principios fundantes de la pena, ya de criterios de justicia y equidad, el castigo para quien agota el delito (es decir, logra el propósito que es ajeno a la consumación) debe ser mayor que el correspondiente a quien simplemente lo consuma (realiza la conducta con un propósito, pero no logra éste).

En los casos específicos señalados se tiene que, respecto del secuestro, el legislador expresamente reguló la materia, por cuanto sanciona como delito consumado de secuestro la privación de la libertad de la víctima “con el propósito” de alcanzar las finalidades regladas (artículo 169 del Código Penal), pero si esa finalidad se obtiene (se agota) se estableció un aumento significativo de la pena (artículo 170.8).»

En síntesis, el cargo formulado por falta de aplicación del artículo 27 de la Ley 599 de 2000 y la indebida aplicación del artículo 168 del Código Penal no las exigencias mínimas de

orden formal ni sustancial requeridas para su estudio de fondo la Sala lo inadmitirá.

En consecuencia, la Sala la inadmitirá la demanda y ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que deba proteger de manera oficiosa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

PRIMERO.- INADMITIR la demanda contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Yopal.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Carpeta No. 1, disco compacto entre los folios 3 y 4, minuto 7:28 segundos.
- 2 Carpeta del proceso, folio 141.
- 3 Carpeta del proceso, folio 7.
- 4 Carpeta del proceso, folio 15.
- 5 Carpeta del proceso, folio 35.
- 6 Carpeta del proceso, folio 43.
- 7 Carpeta del proceso, folio 90.
- 8 Carpeta del proceso, folio 112.
- 9 Carpeta del proceso, folio 142.
- 10 Carpeta del proceso, folio 152.
- 11 Carpeta del proceso, folio 151.
- 12 Carpeta del proceso, folio 151.
- 13 CSJ AP, 9 jun. 2008, Rad. 29019.
- 14 CSJ AP, 26 sep. 2007, Rad. 28053.

- 15 Ibídem, radicado 24.530
- 16 Carpeta del proceso, folio 151.
- 17 CSJ SP 10 de marzo de 2010, rad. N° 32868.
- 18 Cfr. carpeta del proceso, folio 7.
- 19 Ibídem, folio 148.
- 20 Ibídem.
- 21 CSJ SP 1594-2016 rad.46782 02, nov. 2011.
- 22 CSJ AP, 9 oct. 2013, rad. 42431, en la que reitero lo sostenido en CSJ SP 29
sep. 2010, rad. 29174.
- 23 CSJ, SP 9 dic. 2010, rad. 32506
- 24 Cfr. Sentencia de única instancia de 4 de septiembre de 2002. Rad.
15884.
- 25 Cuaderno original No. 1, folio 104, vuelto.
- 26 Cuaderno original No. 1, folio 137, vuelto.
- 27 Cuaderno original No. 1, folio 145.
- 28 Cuaderno original No. 1, folio 144.
- 29 Ley 906, artículo 181. Procedencia del recurso de casación. El recurso como
control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda

instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: 1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

30 CSJ SP, 8 de agosto de 2007, rad. No 25974.