

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

Aprobado Acta No. 339

AP4196-2018

Radicación N.º 53400

Bogotá, D. C., septiembre veintiséis (26) de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Procede la Sala a verificar si la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Roger Ricardo Rodríguez Castro contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2018, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, satisface los presupuestos de lógica y adecuada argumentación para ser admitida.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos fueron consignados en la sentencia de segunda instancia así:

José Luis Rada Rayo denunció el 9 de septiembre de 2015 que desde el 11 de agosto de esa anualidad, recibió llamadas amenazantes a su abonado celular 3138039258 donde le exigieron la suma de \$1.800´000.000 a cambio de no asesinar a varios integrantes de su familia. También recibió mensajes de texto con intimidaciones donde aludían a su ocupación profesional.

El denunciante informó que ejercía la profesión de ingeniería civil con la cual se desempeñó

como contratista en el grupo empresarial INGECOL S.A.S entidad que adelantaba obras en el municipio de Ortega (Tolima).

El 15 de agosto 7 y 8 de septiembre siguientes, recibió llamadas amenazantes de diferentes números telefónicos.

El 10 de septiembre recibió llamadas del número 321-3427979 donde acordó realizar la entrega del dinero en el puente peatonal de la Av. Boyacá con calle 58 sur, sitio conocido como Portal del Tunal de Bogotá. Ese día la víctima le encomendó a su amigo Luis Alfonso Oliveros entregar el bolso donde simulaba tener la cantidad de dinero exigida. El Grupo Gaula de la Policía Nacional organizó el operativo, lugar al que arribaron a las 10:45 horas junto a Oliveros, quien se transportaba en un taxi. En el sitio acordado se acercó un hombre, portaba buso rojo y gorra verde -distintivos convenidos- y cuando recibió el maletín fue capturado por los agentes del orden. El sujeto fue identificado como Stiven Chaguala Guapacha, identificado con la C.C. 1.033.760.263 de Bogotá.

El 26 de noviembre siguiente, Chaguala Guapacha rindió interrogatorio y en él relató que en el mes de mayo de ese año conoció a Roger Ricardo Rodríguez Castro, de profesión ingeniero civil y fue quien lo contrató para laborar en una entidad hasta el 24 de junio de 2015, fecha de su retiro. Seguidamente narró que el 10 de septiembre a las 7:00 a.m recibió llamada del abonado celular 300-7710176 por parte de Roger Ricardo, quien le pidió recoger un dinero producto de la venta de una maquinaria en el parque el Tunal cerca al CAI móvil, actividad por la cual recibiría \$15.000. Posteriormente se reunió con Rodríguez Castro, Misael Roncancio Vega -vecino- y tres personas más que desconocía. Roncancio Vega fue despachado por Rodríguez Castro e inmediatamente este llamó vía celular a Luis y le pasó el teléfono a Chaguala para que le indicara su vestimenta, acordando encontrarse en el Portal el Tunal, donde una persona arribó en un taxi y al tirar una maleta al piso fue capturado por las autoridades.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La Fiscalía solicitó la captura de Roger Ricardo Rodríguez Castro con el fin de imputarle cargos. Materializada la misma, el 26 de julio de 2016, se surtió audiencia de formulación de imputación en la que se le atribuyó el delito de extorsión tentada como determinador, señalamiento que rechazó.
2. El 22 de septiembre de 2016 se presentó acusación, la cual se formuló ante el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bogotá en audiencia de 18 de octubre siguiente.
3. La audiencia preparatoria se surtió en sesiones de 18 de enero y 24 de marzo de 2017 y la de juicio oral los días 18 de septiembre de 2017 y 18 de enero de 2018, esta última culminó con anuncio de sentido de fallo condenatorio.
4. La sentencia de primera instancia fue emitida el 13 de abril de 2018, por cuyo medio se condenó al procesado como determinador del delito de extorsión tentada y se le impuso la pena de 108 meses de prisión y multa de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el mismo término de la pena de prisión se irrogó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

5. Contra el fallo de primer grado interpuso apelación la defensa técnica y material. El recurso fue resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá que en sentencia de 24 de mayo de 2018 confirmó en su integridad la decisión recurrida.

6. Esta última determinación fue objeto de recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Una vez resumidos los hechos, la actuación procesal, la sentencia de primera instancia, los fundamentos del recurso de apelación y el fallo del Tribunal, la defensa del acusado aborda la finalidad que persigue con el recurso y la legitimidad e interés con que cuenta la parte recurrente para solicitar un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte.

En cuanto a los cargos invocados contra la sentencia de segundo grado, el demandante invoca la causal segunda por desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y del derecho de defensa.

El vicio lo hace consistir en la carencia de una debida defensa que pudo haber solicitado pruebas y «no dejar toda la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía con el fin de desenvolverse de manera idónea a favor de su prohijado»; en sustento de dicha censura se citan las casaciones 48128 y 45790 de enero de 2017, doctrina y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En orden a la demostración de la censura promovida hace ver presuntos errores del anterior defensor durante el decurso de la audiencia preparatoria, por ejemplo el 24 de marzo de 2017, cuando al inicio de la diligencia manifestó que no se habían presentado inconvenientes con el descubrimiento probatorio, pero con posterioridad señaló que no tenía conocimiento de una serie de informes de cuya existencia estaba dando cuenta la Fiscalía

en esa diligencia.

Agrega que para el 18 de enero de 2017, fecha en la que tendría que haberse dado inicio a la audiencia preparatoria, la misma debió aplazarse porque la defensa no tenía conocimiento de unos informes aportados por el ente acusador.

Critica la gestión del defensor «pues qué sentido tiene que si llega a sus manos una prueba que sirve al proceso en favor del defendido, debió luchar de manera jurídica para que esta ingresara, por qué no la solicita directamente?, o realiza las gestiones para obtenerla con toda la legalidad probatoria para que sea válidamente valorada, máxime si se tratara de análisis link de las llamadas de los celulares incautados y de los números de los cuales se hacía la extorsión, a fin de demostrar que Roger Ricardo jamás intervino en las mismas».

También considera deficiente la gestión del defensor al hacerse evidente su falta de conocimiento sobre el trámite de la Ley 906 de 2004, cuando al momento de interponer el recurso contra el auto que negó algunos de los testimonios que solicitó, dio lectura a apartes de declaraciones anteriores de los testigos, ejercicio que por obvias razones fue interrumpido por la juez, quien además le indicó que en la sustentación del recurso no podía exponer razones nuevas que omitió poner de presente al elevar la petición de pruebas, para ahora sí referirse a la necesidad y conducencia de los medios de convicción que le fueron negados. Del mismo modo, al radicar un escrito en el juzgado en el que daba cuenta de una prueba documental.

Al ocuparse de los documentos que pretendía aportar a través del testimonio del acusado, esto último por sugerencia que le hiciera la juez a efectos de posibilitar el acopio de los mismos al juicio, indica el recurrente que ninguna relación guardan con los hechos y solo resultan útiles para que la medida de aseguramiento no sea intramural o para los efectos del artículo 447 de la norma procedimental penal, motivo por el que tales medios de convicción fueron negados por la juez de conocimiento.

Informa que igual decisión se adoptó respecto de la solicitud de los testimonios de Stiven Chaguala y José Luis Rada, ya que ninguna motivación distinta a la expuesta por la Fiscalía, propuso el defensor y se quedó corto al momento de justificar la conducencia y pertinencia de las declaraciones de «Yesenia, Viviana y Giovany».

Extraña que no se hubieran solicitado testimonios para corroborar las manifestaciones del acusado al declarar en su propio juicio, como pudo ser el de Nicolás Ruíz, representante legal de la empresa EMSA, con quien se demostraría que para los días 8 y 9 de septiembre el procesado se encontraba en la ciudad de Villavicencio haciendo las gestiones para ingresar a laborar en esa compañía, información con la que se hubiera desvirtuado el dicho de Stiven Chaguala acerca de que ese día se reunió con Roger Rodríguez en el barrio 20 de julio de la ciudad de Bogotá.

Precisa que la misma circunstancia puede ser corroborada por Karmin Yesenia Bohórquez Mora, compañera de trabajo del acusado, quien además puede testificar que aquel estuvo con ella hasta el mediodía de la fecha en la que presuntamente se reunió con Stiven Chaguala para planear la extorsión.

Cita también a Andrea Lopera, contadora de la empresa en la que supuestamente laboró Stiven Chaguala junto con el procesado, cuya declaración resultaba importante para desvirtuar lo sostenido por el primero en torno a que era designado por Roger Rodríguez para consignar la nómina, ya que todas las labores concernientes a ese tema eran manejadas por la señora Lopera.

Señala que el defensor anterior también hubiera podido solicitar los testimonios de alias «Cancharo», Giovanny Bayona y Viviana Peñalosa. El primero para acreditar la enemistad que existía entre el acusado y Stiven Chaguala, el segundo para desvirtuar que entre ambos hubiera algún tipo de confianza y la tercera para probar que el 10 de septiembre de 2015 en horas de la tarde Rodríguez Castro, sostuvo una reunión de trabajo con Viviana Peñalosa.

Se ocupa el casacionista de lo acontecido en la audiencia de juicio oral para indicar que fue deficiente la exposición de la teoría del caso por parte de la defensa, puesto que se refiere a resolución de acusación en lugar de escrito de acusación. También porque hizo afirmaciones contrarias a los antecedentes del proceso, por ejemplo que el procesado fue dejado en libertad, porque al momento de la solicitud de medida de aseguramiento la Fiscalía solo contaba con el testimonio de Stiven Chaguala, lo cual no es cierto.

Considera desatinado lo expuesto por la defensa cuando expuso que demostraría, con las mismas pruebas aportadas por la Fiscalía, que este proceso fue el resultado de una trama urdida desde la cárcel por Stiven Chaguala y al mismo tiempo sostuvo la atipicidad de la conducta.

En otra de las descalificaciones a la gestión del abogado, precisa que éste elevó una solicitud de prueba sobreviniente, reconociendo que había incurrido en una torpeza al haber radicado un escrito en el juzgado por medio del cual aportaba una certificación bancaria. Del mismo modo, que dejó de contrainterrogar a los testigos, no les solicitó aclaraciones respecto de sus manifestaciones, tampoco impugnó su credibilidad, «ni siquiera demostró que por el testimonio de Stiven Chaguala haya tenido una rebaja de pena, ya que ni siquiera se puso de presente esta condena», permitió que la fiscalía indujera a los testigos a dar sus respuestas y que el investigador Hugo Forero fuera interrogado acerca de la conducta de Stiven Chaguala. Igualmente, en sus alegatos conclusivos se refirió al análisis link, medio de convicción que no ingresó al proceso por su propia solicitud de exclusión.

Concluye el demandante que el defensor que asistió al procesado durante el juicio no tenía conocimiento alguno acerca del sistema oral, ya que su experiencia se limita al procedimiento de la Ley 600 de 2000.

En seguida el censor se ocupa de los principios que regulan la declaratoria de nulidades y concluye que se configuró una falta de defensa técnica, lo cual condujo a que la sentencia

condenatoria se cimentara en la actividad probatoria de la Fiscalía.

Llama la atención de las varias constancias que dejó el delegado del ministerio público sobre las deficiencias en la defensa del acusado y en la necesidad de que el juez de segundo grado decretara la nulidad por esta causa, ya que el defensor a pesar de que así lo manifestó al exponer la teoría del caso, no aportó las pruebas necesarias para demostrar que los señalamientos de Stiven Chaguala contra el procesado son producto de una retaliación por la mala relación que hubo entre ambos cuando laboraron para la misma empresa.

Como normas violadas aduce al artículo 29 de la Constitución Política, 125 de la Ley 906 de 2004, sobre los deberes del abogado defensor, artículo 357 ibíd, acerca de las solicitudes probatorias y 457 del estatuto procedimental.

La petición frente al único cargo propuesto es que se case la sentencia y se decrete la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria inclusive con el fin de que el nuevo defensor solicite las pruebas para desvirtuar la acusación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En sede de casación corresponde al demandante acreditar la afectación de derechos o garantías fundamentales, lo cual le impone contar con interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar que es necesario el fallo de casación para cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 180 de la referida normatividad para la mencionada impugnación, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia.

En caso de que se elija la causal de nulidad hay que identificar con claridad los presupuestos fácticos que dan lugar a la irregularidad que motiva la invalidación, así como

especificar el límite de la actuación a partir de la cual se produjo el vicio, y la cobertura de la nulidad, pero sobre todo, demostrar que procesalmente no existe manera diversa de restablecer el derecho afectado, ya que la anomalía denunciada tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia).

En esta ocasión la nulidad se funda en la ausencia de defensa técnica por la supuesta ineptitud del abogado que representó al acusado durante el juicio, motivo por el que es preciso citar brevemente cuáles son los requerimientos para acreditar este vicio en sede de casación, al igual que su importancia para que amerite la invalidación de lo actuado.

Así se ha pronunciado la Sala:

Pues bien, para que la censura por violación del derecho de defensa técnica tuviera alguna viabilidad en sede extraordinaria, el demandante debía demostrar que el condenado estuvo en total orfandad defensiva durante el devenir procesal, bien sea por carencia de nombramiento de defensor, por desatención de los deberes del ejercicio profesional o por falta de idoneidad del togado¹, que generaran una situación de desamparo total, circunstancia que no encuentra acreditada la Sala. (CSJ AP 22 Oct 2014, rad.38044)

Además de la demostración concreta de la afectación al debido proceso en cualquiera de las situaciones antes referidas, quien alega este tipo de irregularidad debe superar la mera crítica acerca de cuál cree que debió ser la gestión adelantada por su predecesor, puesto que:

Recogiendo la jurisprudencia² de la Corporación en la materia, hay que advertir que esta ha indicado de manera reiterativa que el defensor goza de plena autonomía en su estrategia defensiva, pudiendo entonces orientar la custodia de los intereses que representa de la forma que considere pertinente, y que el desacuerdo con la táctica de defensa asumida no basta para sostener que el derecho de defensa técnica ha sido violado por ausencia de

defensor idóneo, pues la ley no le impone a los defensores algún tipo de criterio estratégico.

Los reparos en relación con la forma como el defensor ha cumplido el compromiso de asistencia profesional en un determinado asunto, frente a lo que un nuevo apoderado cree que se ha podido hacer de haber tenido la representación del procesado, no es de por sí argumento válido para reclamar la invalidación del proceso por ausencia de defensa técnica, porque lo normal en el ejercicio de profesiones liberales como la abogacía, es que estas diferencias se presenten, en consideración a que no se rigen por reglas fijadas de antemano, sino por el principio de libertad de iniciativa. (CSJ AP, 24 Set 2014, rad. 44469)

Para el presente asunto, la carencia de una representación judicial idónea por falta de conocimientos del defensor acerca del sistema regido por la Ley 906 de 2004, el demandante la concreta principalmente en el desempeño del abogado en la audiencia preparatoria en el momento en el que solicitó las pruebas con las que buscaba atacar la acusación.

En dicha diligencia el defensor solicitó la práctica de varias pruebas testimoniales, entre ellas, la declaración de la víctima, Stiven Chaguala, Kely Bohórquez, , Giovanny Bayona, conductor de la empresa de la víctima, la ingeniera Viviana Peñalosa y del acusado.

Estas pruebas fueron negadas por la juez de conocimiento a excepción del testimonio del procesado, ya que el abogado no señaló su relación con los hechos motivo de juzgamiento. La inconformidad se manifestó en torno a la negativa de las declaraciones de Viviana Peñalosa y de Kely Bohórquez, puesto que con las mismas se pretendía demostrar que para la fecha de los hechos y momentos previos a su comisión, el procesado se encontraba realizando actividades laborales distantes del sitio en el que Stiven Chaguala dijo haberse reunido con éste para recibir instrucciones.

La decisión se mantuvo tanto en primera como en segunda instancia, habida cuenta que las

razones de conducencia y utilidad de los citados testimonios fueron expuestas por el defensor al momento de sustentar el recurso de reposición y apelación que interpuso contra la decisión que negó las pruebas, más no cuando hizo la postulación en desarrollo de la audiencia preparatoria.

Para el recurrente en casación, el no aporte de pruebas de la parte acusada, tiene origen en la poca destreza del abogado al momento de elevar la solicitud probatoria.

Empero esta circunstancia procesal en la que se sustenta una posible irregularidad sustancial que en criterio del censor conduce a la invalidación del trámite, no es suficiente para demostrar orfandad de defensa técnica, pues de todas formas el abogado que ejerció durante el juicio, desplegó otras actividades claramente dirigidas a restar mérito a los señalamientos directos de Stiven Chaguala contra su representado, como se evidenció en el contrainterrogatorio y en el interrogatorio que formuló al acusado.

Descalificar por completo la gestión del anterior defensor, no sustituye el deber de acreditar que el acusado estuvo desamparado de asesoría profesional como motivo de nulidad, pues aunque en este asunto, por un desatino en la postulación probatoria, se negó la práctica de dos testimonios que aparentemente desvirtuarían los señalamientos del testigo Stiven Chaguala, dicha particularidad es insuficiente para evidenciar que de contar con esos testimonios, la decisión del Tribunal habría sido la de absolver al procesado por carecer de mérito una de las pruebas que lo incrimina directamente, y al mismo tiempo atribuir dicha falencia al desempeño del abogado defensor.

La prosperidad del cargo de nulidad está sustentada en la simple especulación del demandante, quien asume que los testimonios dejados de practicar son de tal contundencia que sin lugar a discusión habrían desvirtuado lo manifestado por Stiven Chaguala y da por sentado que los testigos harían manifestaciones relativas a que en horas de la tarde del 10 de septiembre el acusado se encontraba en compañía de otras personas y no de Stiven

Chaguala.

Del mismo modo el recurrente parte de la base que a dichos testimonios el fallador les otorgaría total credibilidad o por lo menos soportarían una duda razonable, dejando de lado que el ad quem no solo fundó la condena contra Rodríguez Castro en el testimonio de Stiven Chaguala, sino en las inferencias que construyó a partir de la declaración de la víctima, quien confirmó el vínculo laboral del acusado con su empresa, el acceso de su parte a información sobre obras y contratos desarrollados por la compañía y de los cuales tenían pleno conocimiento los autores de las llamadas extorsivas, aunado al corto tiempo que el procesado laboró allí y que adujo ser ingeniero para obtener el trabajo en la empresa sin ostentar esa condición.

Es decir, el casacionista no acredita la trascendencia de la situación irregular que denuncia, como tampoco de aquellas otras con las que descalifica la labor de su predecesor y que se quedan en el plano enunciativo, por ejemplo, el no descubrimiento oportuno de unos informes, que por demás fueron incluidos como parte del acervo probatorio de la Fiscalía justamente por el requerimiento que en su momento hizo la defensa acerca de que no habían sido anunciados en el momento procesal oportuno.

El cargo de nulidad por la presunta ausencia de defensa técnica no supera la posición subjetiva del censor para quien desde su punto de vista, el desempeño del anterior defensor fue absolutamente deficiente y se tradujo en una completa falta de representación técnica del acusado; sin embargo, a la hora de establecer que objetivamente Rodríguez Castro no contó con asesoría profesional, se dedica el recurrente a citar una serie de pruebas testimoniales que de haberse solicitado –distintas a las peticionadas en la vista preparatoria- pondrían en evidencia la intención de Stiven Chaguala de involucrar como el determinador de la extorsión, al procesado cuando lo ubicó en lugares y fechas en las que éste no podía encontrarse por estar en otros sitios en compañía de las personas cuyo testimonio debió solicitarse.

La falta de actividad probatoria de la defensa no conduce por sí sola a la nulidad del proceso, como tampoco los yerros del defensor al postular la práctica de pruebas, la falta de interposición de un recurso, no solicitar determinado medio de convicción, prescindir de presentar teoría del caso etc. La invalidación del trámite por la causa elegida por el censor, solo tiene lugar cuando se evidencia una absoluta falta de diligencia del profesional del derecho durante el proceso, situación que es la que precisamente se verificó en los precedentes citados por el demandante, los cuales no son aplicables a este asunto, en tanto no guardan identidad fáctica con el caso presente.

Lo que advierte la Corte es que bajo el manto de una presunta nulidad, el recurrente busca proponer la tesis defensiva según la cual Stiven Chaguala, testigo directo del compromiso penal del acusado, lo involucró como determinador del suceso extorsivo como una forma de vengarse de él debido a los problemas que habían tenido mientras laboraban juntos en la empresa en la que la víctima era contratista.

Para ello el censor alega una inadecuada gestión del defensor a partir de la crítica que lanza a cada una de las actuaciones del abogado, al tiempo que propone cuál habría sido la correcta, pero en últimas, para sustentar su hipótesis refiere una serie de pruebas que de haberse practicado demostrarían la ajenidad del acusado frente al señalamiento que lanza en su contra Stiven Chaguala.

Lo anterior escapa de los presupuestos de lógica y adecuada fundamentación del cargo de nulidad por falta de defensa técnica, puesto que el cargo corresponde a la postura propia del recurrente acerca de cómo debió ser la estrategia del profesional que asistió en juicio a Rodríguez Castro.

En esa medida, la demanda propuesta a favor del procesado se inadmite.

De otra parte, del estudio del proceso no se vislumbra violación de derechos fundamentales o garantías de los intervinientes, para ejercer la facultad oficiosa de

índole legal que al respecto le asiste a la Sala.

En caso de que se acuda al mecanismo de insistencia, deberán seguirse los parámetros fijados por esta corporación (CSJ, A.P 12 Dic. 2005, Rad. 24.322).

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

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensa de Roger Ricardo Rodríguez Castro.

SEGUNDO: Contra esta decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase,

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« Cfr. CSJ., AP de 1º de febrero de 2012, Radicado 38139».

2« Cfr. CSJ, Casación de junio 13 de 2002. Rad. 11324».