

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

AP4366-2015

Radicación N° 45082

(Aprobado Acta No.271)

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015).

ASUNTO:

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada por el defensor de Edwin Alexander Espinosa Fonseca, Javier Alberto Carreño Vargas, Andrés Fernando Noval Guzmán, Gustavo Ducuara López y Yalit Navarro López contra la sentencia del 25 de julio de 2014 por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la que en sentido condenatorio dictó, el 19 de marzo de dicho año, el Juzgado Penal del Circuito de Cundinamarca respecto de los acusados en mención por el punible de secuestro simple agravado.

HECHOS:

El 30 de abril de 2010, aproximadamente a las 6:30 a.m. Edwin Alexander Espinosa Fonseca y Andrés Fernando Noval Guzmán, capitán y patrullero de la Policía Nacional, respectivamente; Javier Alberto Carreño Vargas y Gustavo Ducuara López, mayor y

sargento viceprimero del Ejército Nacional, también respectivamente; y Yalit Navarro López, ex empleada de la Fiscalía General de la Nación, entre otros, llegaron a la Finca Santa Bárbara de la Vereda Veraguas del municipio de Pacho-Cundinamarca con el supuesto propósito de realizar una diligencia de allanamiento y el real de detectar una guaca, efectos para los cuales rompieron puertas y paredes, excavaron los pisos, pero además retuvieron a los moradores del inmueble así como a vecinos que llegaron al lugar a indagar por lo acontecido.

Hacia las 9:40 a.m. hicieron presencia en la citada finca unidades de Policía de Pacho, que al verificar que se trataba de un falso allanamiento capturaron, entre otros, a los ya mencionados a quienes les incautaron 9 armas de fuego, cuatro vehículos, equipos de telefonía celular, dos porta carnés con el logo de identificación del C.T.I., dos gorras con el emblema del mismo organismo de la Fiscalía y una copia de un carné expedido a nombre de Jaime Humberto Pinzón Hernández, también del C.T.I.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Al día siguiente de los anteriores sucesos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Villagómez, con funciones de Control de Garantías, se efectuó audiencia en la cual se legalizó la captura de los citados, entre otros; se les formuló imputación por los punibles de secuestro agravado en concurso homogéneo y sucesivo con falsedad documental, porte ilegal de armas, usurpación de funciones públicas y abuso de función pública, e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 25 y 27 de mayo siguientes la Fiscalía celebró un preacuerdo con los procesados en cita por los delitos de falsedad documental, porte ilegal de armas, usurpación de funciones y abuso de función pública, de modo que rota la unidad procesal fueron finalmente condenados por ellos en sentencia del 19 de octubre de 2010 proferida por el Juzgado

Promiscuo del Circuito de La Palma.

El 23 de agosto de 2010 la Fiscalía presentó escrito de acusación por el delito de secuestro; la correspondiente audiencia se llevó a cabo el 20 de septiembre siguiente; el 19 de octubre de dicho año se adelantó audiencia preparatoria, mas seguidamente el Fiscal respectivo presentó un preacuerdo para degradar el ilícito mencionado a privación ilegal de la libertad frente a los acusados servidores públicos o constreñimiento ilegal frente a la entonces particular Yali Navarro López; el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, el 1º de julio de 2011 lo verificó y le impartió aprobación para finalmente proferir el día 29 de los mismos mes y año sentencia condenatoria.

Dada la apelación interpuesta, el Tribunal Superior de Cundinamarca decretó la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de legalización de preacuerdo efectuada el 1º de julio de 2011.

3. El asunto pasó entonces al Juez Penal del Circuito de Zipaquirá quien tras diversas sesiones de juicio oral dictó sentencia el 19 de marzo de 2014 para condenar a Yalit Navarro López a la pena principal de 192 meses de prisión y multa equivalente a 800 salarios mínimos mensuales legales como coautora del delito de secuestro simple y a los demás acusados a la de 256 meses de prisión y multa equivalente a 1.066,66 salarios mínimos mensuales legales también como coautores del punible de secuestro simple agravado.

4. Dado el recurso de apelación que contra dicho fallo interpusieron la defensa y el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Cundinamarca dictó el suyo el 25 de julio de 2014 para confirmar el impugnado en lo que hace a los procesados antes nombrados; a su turno, el defensor de éstos interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

Dos cargos propone el demandante, uno como principal por violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 29 de la Constitución y 381 del Código de Procedimiento Penal e indebida aplicación de los preceptos 10, 22, 168 y 170 del Código Penal y otro subsidiario por cuanto en su sentir se infringió el derecho a la igualdad y al debido proceso en tanto se denegó la aplicación del axioma de favorabilidad.

En procura de sustentar los mismos argumentó:

Así, dado el primer reproche estima que el punible de secuestro imputado no se estructuró, en la medida en que el a quo lo derivó a partir de un dolo eventual al considerar que los procesados admitieron que ante la demora en su operativo era posible encontrar personas que se opusieran a su cometido, no obstante lo cual prosiguieron con su ideado plan, mientras que el ad quem lo edificó a partir de un dolo directo en cuanto frente a esa tardanza previeron y decidieron retener a terceros.

Sin embargo, dice el censor, en la elaboración de dichas tesis los juzgadores desconocieron los supuestos fácticos acaecidos con antelación al momento en que los procesados hicieron presencia en la finca, en el sentido de que su plan tenía por inequívoco fin la detección y apropiación de la guaca o caleta, por eso mal podían desligar los actos de retención de las personas que se encontraban en el sitio del falso allanamiento de la intención de apropiarse indebidamente de unos bienes.

En ese contexto, dice, si el juez se hubiere ajustado a la realidad probatoria, no podía escindir del comportamiento integral de los acusados la retención de los ciudadanos durante la ejecución de su conducta, porque lo que aquí se evidenció fue un concurso aparente de tipos y no la existencia de una conducta independiente de secuestro.

No tuvo entonces en cuenta el juzgador en ese entorno que hubo unos actos preparatorios dirigidos a la consumación de un delito contra el patrimonio económico, que

la presencia de los procesados en la escena de los hechos se extendió hasta por 4 horas, ni que aun en presencia de los policiales que efectuaron la aprehensión, varios de los procesados continuaban excavando en el interior del inmueble, es decir que la conducta contra el patrimonio económico se encontraba en ejecución.

Estos hechos, sostiene el libelista, probados al interior de la actuación permiten concluir que el anunciado apoderamiento de la guaca tuvo real ocurrencia, luego la retención de personas ejecutada por los acusados sólo tenía por objeto asegurar la apropiación de los bienes ajenos o de que se opusieran a la obtención de su ilícito interés.

Esta conclusión fáctica, añade, sustenta sin equívocos la presencia de un concurso aparente de tipos en tanto que, pese a que hubo una retención de personas, ésta hizo parte de la consumación del punible de hurto tentado, pero no imputado a los encausados, por manera que erró el sentenciador en dos aspectos de relevancia jurídica: i) la intencionalidad de los sujetos activos de la conducta y ii) la efectiva comisión del delito de hurto.

En esas condiciones el juzgador tipificó en forma indebida el delito de secuestro no obstante haberse acreditado que la conciencia y voluntad de los procesados fue la de hallar y apoderarse de una guaca.

Por tanto, concluye, de haberse acogido la existencia del concurso aparente de tipos entre secuestro y hurto, la sentencia sólo podía ser absolutoria, como así lo solicita, porque al no haberse imputado el ilícito contra el patrimonio económico no otra vía diferente a la absolución es plausible.

En lo que respecta al segundo reparo, estima vulnerados los citados principios en tanto a los servidores públicos procesados no se les varió el grado de participación a cómplices como sí se hizo con los restantes acusados.

Es que, afirma, si bien la Fiscalía es autónoma en determinar la calificación de los hechos, los juzgadores omitieron realizar un juicio de constitucionalidad en aras de precisar el por qué de ese trato discriminatorio y desigual carente de justificación.

Solicita por eso que, en virtud de este cargo, se decrete la nulidad a partir del fallo de primera instancia y que para rehacer la actuación se tenga en cuenta esta especial consideración en favor de los procesados que ostentaban la calidad de servidores públicos.

CONSIDERACIONES:

1. En términos de los artículos 181 y 183 de la Ley 906 de 2004 el recurso extraordinario comporta un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia en tanto afecten derechos o garantías fundamentales, por eso no es suficiente que la demanda que lo sustenta sea formulada por quien ostente interés o que en ella simplemente se desarrollen los cargos postulados.

No basta que en el libelo casacional se aduzca un motivo del recurso, o se argumente la incursión por el juzgador en alguna de las causales, ya que se hace necesario también evidenciar a través de éstas cómo la falencia del sentenciador produjo una afectación a una prerrogativa fundamental.

Nada sin embargo se acredita en la demanda examinada, más allá de la insólita postulación contenida en el segundo reparo, sin que además en parte alguna se demuestre cómo el supuesto yerro en la contemplación de la ley o el equívoco que del juzgador se plantea en la segunda censura, infringieron una garantía fundamental y mucho menos logra precisarse sus efectos, sin que tal deficiencia pueda suplirse con la sustentación de las inconformidades.

1. Ahora, indemostrada la vulneración de alguna garantía fundamental así como omitida cualquier expresión que exteriorice cuál es la finalidad del recurso interpuesto, manifiesta se hace además la incorrección técnica y argumentativa de los cargos propuestos, cuyo sustento el censor omitió exponer, esto es de cuál causal se trataba, más allá de que hubiere dicho conducir el primero como violación directa de la ley y el segundo por infracción al derecho a la igualdad.

3. Entendido sin embargo que el primero lo fue a través de la causal primera, esto es por “Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”, de todas maneras la incorrección técnica es ostensible.

Es que, entratándose de dicha causal que ciertamente contiene el sentido de violación directa de la ley sustancial y según en principio lo entendió el casacionista, a través de su postulación no es posible plantear cuestionamientos fácticos ni probatorios, porque en tal caso la causal técnicamente viable sería la tercera en procura de acreditar que se desconocieron las reglas de producción o apreciación de la prueba, con acreditación de errores de hecho o de derecho.

Acá el censor contravino tal supuesto, porque antes que centrar su análisis en aspectos eminentemente jurídicos, únicos posibles de plantear cuando se trata de violación directa, lo que hizo fue cuestionar que el juzgador haya omitido valorar ciertos hechos o que no se haya ceñido a lo probatoriamente acreditado en la actuación, temas que ciertamente hacen relación a una eventual violación indirecta de la ley que ha debido entonces encauzarse por la causal tercera de casación, ejercicio que desde luego el casacinista no asumió.

Si el juzgador desconoció los hechos debidamente probados que antecederon la

presencia de los procesados en la finca, no se ajustó a la realidad probatoria, o si desconoció cual era la intencionalidad de la conducta, como lo sostiene el demandante, es evidente que tales cuestionamientos no revelan un problema exclusivamente jurídico sino principal y esencialmente de índole fáctica y probatoria que no eran posibles de postular por la causal primera sino por la tercera.

4. Ahora, en lo que hace al segundo reproche, es cierto que la Fiscalía varió el grado de participación imputado a los procesados carentes de la condición de servidores públicos de modo que de coautores los pasó a cómplices, salvedad hecha de Yalit Navarro López a quien se le tuvo como coautora, mas tal situación fue considerada reiteradamente por el ad quem un yerro del ente acusador imposible de subsanar en la segunda instancia so pena de infringir el debido proceso en su prohibición de reforma en perjuicio o de desconocer la autonomía de la Fiscalía en la determinación de la acusación y de las conductas por las cuales solicita condena.

Tratándose de un error su corrección con apego a la legalidad implicaría que los calificados cómplices deberían ser condenados realmente como coautores, mas tal solución resulta inviable frente a otros axiomas, vr.gr. los señalados por el ad quem.

Pero como error que contraviene la legalidad no puede extenderse a aquellos sujetos en cuyo respecto no se aplicó, so pretexto de una igualdad mal entendida, puesto que tal prerrogativa sólo es viable frente a situaciones precisamente avenidas a la constitución y a la ley y no lo contrario. La igualdad y el debido proceso no autorizan la extensión de irregularidades, mucho menos bajo la disculpa del principio de favorabilidad, igualmente mal entendido por cuanto éste opera en la sucesión de leyes o en la vigencia simultánea de las mismas, pero no en torno a un errado criterio del funcionario instructor.

En esas condiciones el reparo se evidencia carente de fundamento jurídico admisible.

5. Dado por tanto el absoluto incumplimiento de las exigencias técnicas y argumentales que demandan la sustentación del recurso extraordinario, impónese el rechazo del libelo examinado, más aun cuando no encuentra la Sala finalidad alguna que de la casación pueda ser satisfecha con la emisión de un fallo de fondo, ni situación que amerite su oficiosa intervención.

6. Finalmente, contra la determinación que se adopta es viable el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado por la Sala en el auto de diciembre 12 de 2005, radicación 25006.

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

RESUELVE:

No admitir la demanda de casación presentada en nombre de los procesados Edwin Alexander Espinosa Fonseca, Javier Alberto Carreño Vargas, Andrés Fernando Noval Guzmán, Gustavo Ducuara López y Yalit Navarro López .

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria