

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

AP1249-2018

Radicación n.º 48641

Aprobado acta n. 103

Bogotá, D. C., cuatro (04) de abril de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JEISSON STEVEN LANCHEROS BORJA contra el fallo emitido el 1o de junio de 2016 por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatorio del dictado por el Juzgado 40 Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, en el cual se lo condenó como autor penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el fallo atacado se narró lo ocurrido de la siguiente forma:

«En la tarde del 9 de febrero de 2014, integrantes de la Policía Nacional que cumplían labores de patrullaje y control en el sector de la carrera 71H con calle 62A sur de esta ciudad, observaron que un joven al percatarse de su presencia en el lugar exteriorizó una

actitud nerviosa, por lo tanto, le solicitaron que permitiera su registro. En esa labor lo sorprendieron en la detentación del revólver calibre 38 especial, de número de serie 609167 y sin munición, que según el reporte de los uniformados tenía en la pretina del pantalón.

El poseedor del arma, identificado como JEISSON STEVEN LANCHEROS BORJA, fue privado de la libertad al admitir que no tenía permiso de la autoridad competente para su porte. En el curso de la maniobra policial compareció Marina Bernal, abuela materna del nombrado, quién indicó que el arma era de propiedad del fallecido progenitor de su cónyuge.

En relación con el revólver, en el informe técnico correspondiente, fue establecido que era marca Smith & Wesson y de fabricación original. Así mismo, que sus mecanismos se desplazan en forma sincronizada y la aguja del percutor impactaba el fulminante del cartucho, por lo tanto que era apta para realizar disparos.»¹

El 10 de febrero de 2014, el Juez 63 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá impartió legalidad a la incautación del arma y a la captura del indiciado, tras acoger las solicitudes que en ese sentido hizo el representante del ente acusador.

En la misma fecha, la Fiscalía imputó a LANCHEROS BORJA el delito de «fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de juego, accesorios, partes o municiones», y se abstuvo de solicitar la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en su contra, argumentando no «disponer de los elementos subjetivos para sustentarla».

Posteriormente, por esa misma modalidad típica se presentó escrito de acusación, la cual se replicó en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 27 de junio de 2014 ante el Juez 40 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

Adelantadas las audiencias preparatoria² y de juicio oral³, en fallo del 18 de septiembre de 2015, el a quo declara a Lancheros borja autor de la conducta delictiva de porte o tenencia de armas de juego, imponiéndole la pena de 108 meses de prisión.

Impugnada la sentencia por el defensor, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó mediante proveído de 1o de junio 2016, decisión que ahora es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA

Como cargo principal, al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el libelista afirma que el Tribunal incurrió en una violación directa de la ley sustancial al «interpretar erróneamente el contenido de lo preceptuado en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004» con el objeto de «subsanan» las falencias probatorias que evidenció contenía el escrito de acusación, referidas a que tanto en las «Actas de derechos del capturado y de incautación de elementos materiales probatorios, como en el informe de policía»⁴ no se consignó: (i) si el indiciado fue informado de «los hechos» que al revestir las características de un delito tornaban procedente su privación de la libertad por las autoridades administrativas; (ii) tampoco, se dejó constancia expresa del «lugar donde se produjo su captura», ni se precisaron los elementos materiales probatorios incautados y., menos aún, el lugar en que estaban ubicados. Expresó el libelista al respecto:

«El fallador de segunda instancia equivoca la interpretación de los postulados jurídicos que garantizan los derechos fundamentales del procesado; al advertir la ilegalidad de la actuación... derivada de la actuación de quienes realizaron la captura del ciudadano... que afecta el fundamento probatorio de la acusación presentada por la Fiscalía. Y a pesar de su existencia palmaria; convalida la misma pretendiendo acusar actos subsanatorios en desarrollo del juicio oral; para no decretar la nulidad alegada por la defensa del condenado; toda vez que esta actuación encuentra asidero en la cláusula de exclusión probatoria arraigada en el artículo 29, inciso 5o de la Carta Política en cuanto a que prevé que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso lo que conlleva a la revocatoria de la providencia.»

Seguidamente, invocando la causal tercera de casación, como cargo subsidiario, afirma que el a quo «desconoció las reglas de producción de las pruebas obtenidas en el acto de captura en flagrancia del ciudadano condenado,

actas de derechos del capturado, de incautación de elementos materiales probatorios e informe de policía, vertidas en etapa de juicio oral por autoridad administrativa», pese a haber sido «diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales del artículo 212 del C.P.P. que afectan su legalidad positiva».

Seguidamente, acota que al otorgar el Tribunal valor de prueba a esos «Elementos materiales probatorios constitutivos de la acusación... [y] sobre [ellos] funda[r] la sentencia», incurre en un «falso juicio de legalidad».

A fin de soportar su tesis, el recurrente trae a colación las normas constitucionales y legales que regulan la validez en la aducción de la prueba, para después citar fragmentos de jurisprudencia atinente al tema.

Y bajo la premisa de que el juzgador de segunda instancia debió haber aplicado la exclusión probatoria respecto a: (i) el acta de derechos del capturado, (ii) acta de incautación de elementos materiales probatorios y (iii) el informe de policía rendido en el formato de captura en flagrancia, por ser esa la interpretación correcta del contenido de los artículos 205 y 213 del C.P.P, el libelista solicita se case el fallo de condena.

CONSIDERACIONES

1. Asunto preliminar:

La Corte pacíficamente ha señalado que el recurso extraordinario de casación no es una instancia adicional a las ordinarias previamente agotadas y, por tanto, no se le concibe como un instrumento que permita la continuación del debate táctico y jurídico surtido durante el

proceso, sino que, en razón a su naturaleza, se trata de una sede única cuyos presupuestos son: (i) la sentencia de segunda instancia se dictó dentro de un juicio legalmente adelantado, (ii) y la decisión en ella contenida es acertada; por tanto, la labor del impugnante, básicamente, se contraerá a desvirtuar esas dos suposiciones.

En la consecución de tal propósito el demandante debe identificar la sentencia objeto de censura, acreditar la legitimidad y el interés para recurrir, expresar con claridad y precisión los fundamentos tácticos y jurídicos de la pretensión, y demostrar se configura, uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004; así como, poner en evidencia la necesidad de la intervención de la Corte en orden a satisfacer alguno de los fines establecidos por el legislador establecidos en el artículo 180 ejusdem, valga decir, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes en el proceso o la reparación de los agravios padecidos por estos.

Es decir, al demandante se le exige el cumplimiento de unos mínimos requisitos de forma y contenido que conduzcan a desquiciar las bases del fallo de segundo grado.

Bajo esa perspectiva, en orden a predicar una debida sustentación, le compete al censor exponer, de forma completa que el cargo o cargos propuestos en la demanda se bastan a sí mismos para lograr la información total o parcial de la sentencia (principio de sustentación suficiente).

Esa adecuada sustentación del recurso implica, también, que el demandante debe demostrar que el juzgador de segundo grado efectivamente incurrió en error al tornar la decisión, bien de actividad (*vitium in procediendo*) o de juicio [*uitium in indicando*], para cuyo efecto no basta con sostener que una determinada infracción se cometió, sino que es indispensable especificar en qué consistió, qué repercusiones 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.

Ahora bien, como quiera que en la demanda presentada por el defensor del procesado se propone como cargo principal: la violación directa a la ley y, como cargo subsidiario, la infracción indirecta a la legislación, resulta oportuno precisar las falencias en que incurrió al momento de formular sus pretensión casacional:

2. Cargo primero: violación directa a la ley.

Plantea el abogado defensor del procesado lancheros borja que el Tribunal incurrió en una violación directa a la ley, al haber interpretado de manera errónea el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004 para «subsanan» las falencias que presentan las siguientes pruebas documentales de cargo: (i) el «acta de derechos del capturado en flagrancia, (ii) el formato de incautación de elementos materiales probatorios, y (iii) el informe de policía en casos de captura en flagrancia»⁵, toda vez que esos documentos no fueron «diligenciados en la escena del supuesto delito... por la autoridad administrativa».

Acota que el ad quern omitió observar si los policiales cumplieron o no a cabalidad las exigencias previstas en los artículos 205 y 213 del referido compendio normativo, tales como «dejar constancia» en los formatos de «captura en flagrancia» de: (i) haberle informado a su defendido «los hechos» por los cuales se le consideraba autor de una conducta punible y, consecuentemente, el delito por el cual resultaba procedente su privación de la libertad de locomoción; (ii) el lugar tanto en el que fue hallada el arma de fuego u objeto del ilícito; así como, (iii) en el que se realizó su captura; pues de haber cumplido la segunda instancia con su deber de verificar la legalidad de esa actuación preliminar, muy seguramente» hubiera procedido a excluir tales evidencias documentales por «su ilegalidad manifiesta».

Advierte la Corte, en primer lugar, que el demandante desconoce los principios que gobiernan el recurso de casación, en especial los de autonomía y razón suficiente, pues olvidó al momento de invocar la causal primera de casación prevista en el artículo 181 de la

Ley 906 de 2004, atinente a la violación directa de la legislación, que quien acude a este sentido de vulneración, le corresponde plegarse tanto a la realidad fáctica declarada en la sentencia, como a la valoración probatoria allí consignada.

De tal forma que si lo perseguido por el libelista era poner de presente que el ad quem interpretó erróneamente el artículo 404 de la legislación procesal penal, ha debido cumplir con la tarea de demostrar que éste le confirió un efecto excedido distinto al derivado de su contenido, más no discutir el valor suasorio que éste le concedió a las referidas pruebas documentales de cargos.

Dicho de otro modo, como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada fue correctamente seleccionada, no debe confundirse con los casos en donde por dársele un alcance equivocado, no es aplicada o se utiliza en forma indebida.

Igualmente, en un segundo orden de falencias advertidas, esta Sala echa de menos en el libelo precisión alguna de (i) la naturaleza del instituto jurídico recogido en el artículo 404 del C.P.P., por ser el aspecto de derecho objeto del ataque; tampoco se puntualizó su ubicación en el ordenamiento positivo, (ii) ni se especificó cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo; menos aún, se observan las razones por las que ella resulta equivocada y (iv) la explicación del porqué la comprensión propuesta por el impugnante en la demanda es la correcta, lo cual le exigía demostrar la coherencia de su interpretación frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática y respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado.

Ergo, como ninguna de esas cargas cumplió el demandante, su omisión pone de manifiesto que la formulación de ese cargo no deja de ser un simple alegato de instancia, completamente ajeno a la sede casacional, con los que el abogado defensor del sentenciado pretende entronizar su particular visión, obviamente interesada, de lo que estima violatorio de garantías fundamentales, absteniéndose de desarrollar una verdadera crítica.

En esa medida, se aprecia que la censura es una diatriba contra la sentencia sin ningún rigor casacional pues el censor se limita a criticar con un estilo propio de instancia la condena impuesta al inculpado LANCHEROS BORJA. Así las cosas, el cargo se inadmitirá.

3. Cargo subsidiario: violación indirecta de la ley.

Planteó el impugnante, como cargo subsidiario, que el ad quem incurrió en un error de derecho (falso juicio de legalidad positivo) al haberle otorgado valor suasorio a las siguientes pruebas de cargo: i) el «acta de derechos del capturado en flagrancia, (ii) el formato de incautación de elementos materiales probatorios, y (iii) el informe de policía en casos de captura en flagrancia», no obstante haber sido obtenidas con vulneración de las formalidades legales consagradas en los artículos 205 y 213 de la Ley 906 de 2004.

A tal enunciación, sin embargo, no se le acompañó con la acreditación de la trascendencia del yerro frente a las conclusiones del fallo, es decir, el defensor del procesado JEISSON STEVEN LANCHEROS BORJA no demostró cómo con la marginación de la prueba que califica de ilegal, las otras pruebas practicadas en el juicio oral, entre ellas, por ejemplo, el testimonio de los policiales, conducían a una decisión sustancialmente diversa y favorable a la que es objeto de impugnación.

Tal omisión del demandante torna palmario que ante la imposibilidad de rebatir la incontrastable evidencia a través

de la cual se vincula penalmente a su defendido⁶, acudió a la vía extraordinaria (casación) como especie de tercera opción que le facultaba a seguir discutiendo su disparidad de criterio con la estimación de los juzgadores de primera y segunda instancia.

Con todo, conviene precisar que el Tribunal fundó el fallo de condena en otros medios probatorios diferentes a los que califica el impugnante de ilegales, al respecto basta con reseñar los siguientes párrafos de la colegiatura:

«en el presente asunto el apelante acusa la existencia de un dislate [o error de procedimiento, derivado de la inobservancia de las disposiciones instrumentales a las cuales debe sujetarse la actuación}, en cuanto atesta que la actuación fue adelantada con violación del debido proceso, este último sobre el que discurre en extenso. No obstante, al desarrollar esa supuesta irregularidad, el opugnador de ningún modo concreta o acusa un vicio de tal naturaleza en ninguno de los reparos que formula, además, en forma etérea y confusa.

(i) En efecto, en una primera arista reduce los reparos elevados a la legalidad de lo actuado a la mera inconformidad con la valoración efectuada en el fallo confutado de los testimonios de cargo, provenientes de los uniformados intervinientes en la maniobra finalizada, con la captura del enjuiciado LANCHEROS BORJA. Ello, al atribuirles, con sustento en descalificaciones genéricas, abstractas, pero además en mayor medida farragosas e imprecisas, la realización de un “falso positivo” en relación con las circunstancias en las cuales sorprendieron al nombrado en la detentación del arma de fuego, o por lo menos, el olvido sobre el hallazgo de la misma, que no lo fue en la pretina del pantalón, o por lo menos, el olvido sobre el hallazgo de la misma, que no lo fue en la pretina del pantalón, conforme lo relataron en el juicio oral, sino en el interior de una caja, como lo plantearon los deponentes de descargo.

Así las cosas, replica el Tribunal al impugnante, de encontrarse que en la sentencia de primera instancia el análisis conjunto de los medios de conocimiento acopiados en forma legal, regular y oportuna fue desacertada, en concreto, por cuanto debió concederse preeminencia a los practicados por solicitud de la defensa, frente a los señalamientos surgidos de las versiones de los uniformados, plagadas de contradicciones, según atesta, en tal evento se estructuraría, entonces y, sin remisión a duda, un error de juicio, no de garantía ni de estructura. En consecuencia, el mismo sería susceptible de enmendarse o corregirse, no por vía de la declaratoria de nulidad sugerida en la sustentación de la alzada, sino mediante la revocatoria de la providencia impugnada.

Esta razón, agrega el Tribunal, resulta sin duda suficiente, para concluir que el cargo formulado en los anteriores términos carece de vocación de prosperidad.

(...)

(iii) Por último, el recurrente discurrió en algunos apartes del memorial de sustentación de la inconformidad sobre la cláusula de exclusión... aludió a las deficiencias advertidas desde su perspectiva en el informe rendido por los uniformados sobre la aprehensión del ahora enjuiciado, al igual que en las actas de imposición de derecho a aquel y de incautación del arma.

La Sala arriba a la conclusión esbozada porque en tal caso tendría que replicar al opugnador, de una parte, que de esos documentos sólo fue incorporado a las presentes diligencias el primero, que destaca el Tribunal, fue utilizado por la Fiscalía para refrescar la memoria del deponente Jhon Alexander Prieto Caballero. En consecuencia, el medio de conocimiento está constituido, entonces, por el recuento procesal del policial antes mencionado, en cuya formación no se acusa, ni aún en forma tangencial o marginal, que se hubiese prescindido de alguno de los requisitos esenciales de la prueba testimonial.

(...)

Sea lo primero indicar, que la defensa y la Fiscalía, mediante la correspondiente estipulación, tuvieron por acreditada la identidad del procesado (fs.38). De igual modo, que en estas diligencias no se discute que LANCHEROS BORJA en la fecha de los sucesos, esto es, en la tarde del 9 de febrero de 2014, fue sorprendido en la detentación de un arma de fuego en circunstancias que ameritarán oportuna consideración y análisis... No obstante, por ahora baste indicar que los uniformados Jhon Alexander Prieto Caballero (Cd. Marzo 14 de 2015, a partir del registro 09:42) y Carlos Salamanca Merchán (cd. Junio 1 de 2015, a partir del registro 32:31), al unísono atestiguaron ese hallazgo, que además confirmaron los testigos de descargo.

(...)

Ahora bien, con la finalidad de dilucidar las particularidades de dicho artefacto, a la audiencia pública concurrió José Yovanny Beltrán Matallana, perito en balística y quien rindió al respecto el informe cuyo contenido ratificó precisamente en esa diligencia (cd. 1, a partir del registro 42:43). En esta declaración el citado relacionó las especificaciones del arma, esto es, que se trataba de un revolver Smith & Wesson... como también, que estaba en buen estado de funcionamiento y que por razón de ello, era apto para realizar disparos.

En síntesis, en la presente actuación está probado, entonces, que el procesado realizó una de las conductas previstas en forma alternativa y compuesta en el artículo 365 de la Ley 509 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, en concreto la del porte.

Ello, porque con independencia de que la tuviera en la pretina de la pantaloneta en el instante en el cual fue interceptado por los uniformados, como lo atestiguan éstos, o en una caja que trasladaba de un sitio a otro, conforme lo propugna la defensa con cimiento en la prueba de descargo, resulta cierto e irrefutable, que en uno y otro caso realizó de todos modos el comportamiento referido... En estas diligencias fue esclarecido, además con no menor contundencia y fundamento en el testimonio de Carmen Cuellar Buitrago, que LANCHEROS BORJA no tenía permiso de la autoridad competente para el porte de esa arma de juego. En efecto, la mencionada investigadora de la Fiscalía estableció en el Departamento de Control de Armas, Municiones y Explosivos, que el enjuiciado no aparece registrado en la condición de “poseedor legal” de algún arma de fuego; así mismo, que la incautada en poder de aquel... registra anotación... última novedad, el hurto del artefacto acaecido el 1° de Julio de 1982.»

Así las cosas, contrario a lo pregonado por el libelista, se aprecia que el Tribunal, de manera amplia, analizó la naturaleza del delito imputado y la responsabilidad del acusado con base a los testimonios practicados en audiencia de juicio oral por: (i) los patrulleros PRIETO

CABALLERO y (ii) SALAMANCA MERCHÁN, declaraciones que además estuvieron soportadas en (iii) la información legalmente obtenida por la investigadora de la Fiscalía CARMEN CUÉLLAR BUITRAGO del Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos.

De otra forma dicho, no es cierto que la sentencia objeto de censura se haya cimentado en el «acta de derechos del capturado en flagrancia, (ii) el formato de incautación de elementos materiales probatorios, y (iii) el informe de policía en casos de captura en flagrancia», respecto de las cuales el impugnante predica su ilegalidad para formular el cargo subsidiario.

Así las cosas, lo anterior permite ratificar que en realidad el censor no perfiló un ataque contra las bases probatorias de la sentencia, sino que se limitó a entregar su visión del asunto, por lo cual la censura se inadmitirá.

De todas maneras, la eventual irregularidad que se suscite en esa «diligencia de captura en flagrancia» no tiene la virtualidad de socavar la estructura del proceso, toda vez que la audiencia de legalización de captura no es un acto medular dentro del antecedente consecuente que conforma el debido proceso, como sí lo son, verbigracia, las audiencias de imputación, formulación de acusación, preparatoria y juicio oral⁷.

Ese tópico, se itera, ya fue definido en las instancias, en donde se legalizó la captura por haber operado, precisamente, en circunstancias de flagrancia. Por manera que no puede reabrirse un asunto ya superado alegando la nulidad, apoyada únicamente en la opinión en contrario del demandante, pues, esa disparidad de criterios lejos está de configurar una causal de invalidación.

En conclusión, según se anunció, las protuberantes falencias de lógica y adecuada fundamentación en la presentación de los cargos (principal y subsidiario), conducen a la inadmisión de la demanda.

4. El mecanismo de insistencia.

Resta señalar que no se observa que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación se violaran derechos o garantías de los intervinientes, como para que tal circunstancia imponga superar los defectos del libelo en orden a decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3o del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos establecidos por la Sala (CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322).

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de JEISSON STEVEN LANCHEROS BORJA.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

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 Folio 11

2 Efectuada el 4 de febrero de 2015.

3 Del 24 de marzo al 18 de septiembre de 2015.

4 Folio 244

5 Folio 244

6 Los testimonios de los patrulleros PRIETO CABALLERO y SALAMANCA MERCHÁN fundaron la materialidad del hecho y la atribución del mismo a JEISSON STEVEN LANCHEROS BORJA, declaraciones que además estuvieron soportadas en la información legalmente obtenida por la investigadora de la Fiscalía CARMEN CUÉLLAR BU1TRAGO del Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, en cuanto a que el acusado «no aparece registrado en la condición de “poseedor legal” de algún arma de fuego» y que el arma incautada, «de número de serie 609167, calibre largo, capacidad de carga 6, registra novedad de adquisición compra con fecha 1o de marzo del 73, a nombre de Luis Alfonso Bejarano Herrera, identificado con cédula 477. 790» y que la «última novedad registrada», correspondía al «robo con fecha 1° de julio de 1982», de la persona que reportó tener el domicilio en la «calle 33A Sur, número 78N-30, Barrio Ayacucho, sector de Kennedy» de la ciudad de Bogotá.

7 CSJ, AP7203-2014, rad 44994; auto 28 oct. 2013 rad.39591; auto 27 feb. 2013
rad.39076.