

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP1383-2017

Radicación n.º 49653

Aprobado acta n.º 61

Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor contractual de Eder Armando Moreno Mantilla contra la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 28 de octubre de 2016, que confirmó la dictada por el Juzgado 9º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad y declaró penalmente responsable al nombrado, en calidad de coautor, del concurso heterogéneo de delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado, y hurto calificado y agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

2.1. Los primeros fueron así narrados por el Tribunal en el fallo que se discute:

Aproximadamente a las 12:30 horas de noviembre 5 de 2011 Fournier Gélvez Galvis retiró \$800.000 del cajero automático de BANCOLOMBIA ubicado en la carrera 15 con

avenida Quebradaseca de la ciudad; al llegar a la esquina de la carrera 23 con calle 22 fue abordado por Eder Armando Moreno Mantilla y otro, los cuales se movilizaban en una motocicleta, lo intimidaron con un arma de fuego y le arrebataron el bolso que contenía \$3.800.000, un Código Civil, una agenda personal, unas gafas medicadas, una chaqueta marca ARMI y una grabadora de periodista, para después emprender satisfactoriamente la huida; sin embargo, la víctima realizó labores investigativas privadas, identificó a los delincuentes y los reconoció en el álbum fotográfico de la SIJIN, por lo cual fue capturado Eder Armando Moreno Mantilla.

2. En audiencia preliminar del 3 de abril de 2012, el Juzgado 8° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga impartió legalidad a la captura de Eder Armando Moreno Mantilla -aprehensión que contó con orden judicial previa-, y a la imputación que le hiciere la Fiscalía General de la Nación por los injustos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado, y hurto calificado y agravado (artículos 365 -numerales 11 y 52 del tercer inciso-, 239, 240 -inciso segundo3- y 241 -numeral 104- del Código Penal).

Previa petición del ente investigador, la Juez impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario5.

3. Radicado el escrito de acusación por iguales conductas, excepto porque se suprimió la circunstancia de agravación del numeral 5° del tercer inciso del canon 365-6, el 19 de julio de la misma anualidad la Fiscalía 5ª Seccional lo verbalizó ante el Juzgado 9° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad7.

4. La audiencia preparatoria se realizó el 22 de agosto siguiente8 y la del juicio oral inició el 26 de febrero de 20139 y finalizó el 29 de julio posterior10, cuando se anunció sentido de fallo condenatorio.

5. En la sentencia, que se profirió el 27 de septiembre ulterior, se condenó a Moreno Mantilla a la pena principal de 282 meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego, por el término igual a la primera; al tiempo que se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹¹.

6. En fallo del 28 de octubre de 2016, el Tribunal Superior de Bucaramanga resolvió la apelación formulada por la defensa y confirmó la decisión impugnada¹².

LA DEMANDA

El libelista inicia su discurso solicitando a la Corte que (i) revoque el fallo confutado porque no se dan los presupuestos del artículo 381 de estatuto procesal penal para condenar; (ii) modifique la pena, teniendo en cuenta que las condiciones de indefensión o inferioridad «no son aplicables al hecho punible», y (iii) tenga en cuenta la indemnización integral de perjuicios para efectos del precepto 269 del Código Penal.

Después de identificar la decisión impugnada, propone dos cargos así:

Primero

Violación indirecta de la «Ley Art. 207 C.P.P. Al haberle otorgado un valor probatorio a un elemento de juicio que no correspondía», por lo que el juzgador incurrió en un falso juicio de convicción «de un elemento material probatorio que no corresponde a la luz de la sana crítica testimonial».

La investigación fue un «montaje» para incriminar a su representado y, pese a que la carga de la prueba corresponde al Estado, no se demostró la responsabilidad de su prohijado. Se desatendieron las reglas de la sana crítica al momento de valorar la

declaración de la víctima, quien es contradictoria, excluyente y sus dichos resultan sospechosos, pues no es claro que hubiese estado en capacidad de reconocer a las personas que cometieron el hurto, tanto así que adelantó unas investigaciones privadas. La denuncia obedeció a retaliaciones por el incumplimiento en el pago de un dinero por parte de Cristian Herrera (no brinda más información).

El hurto acaeció en un lugar céntrico y concurrido de Bucaramanga, de manera que no es lógico que se perpetrara con los abatibles de los cascos abiertos.

Segundo

Violación directa, pues el sentenciador erró al «aplicar o interpretar la ley», en concreto, el «Art.240 Numeral Segundo de Código Penal».

Se infringió el principio non bis in idem, toda vez que esa circunstancia de «indefensión o inferioridad» ya se había sancionado con el porte ilegal de armas agravado.

Tercero

Violación directa del artículo «369» de Código Penal porque no se tuvo en cuenta que su prohijado indemnizó a la víctima, tal como lo demuestran los recibos de «Caja Menor»; se desconoció «la indemnización punitiva en los delitos contra el patrimonio por este concepto, contenida en el Art. 369».

El pago fue por \$4.100.000, valor entregado a la víctima, Fournier Gelves Galvis, y «si bien es cierto no obstante no hubiesen sido aportados constituyen de todas manera [sic] y tiene derecho a esta disminución punitiva».

CONSIDERACIONES

1. El recurso de casación no fue concebido con la intención de crear un nuevo espacio para continuar con el debate propio de las instancias, ni un escenario para discutir cómo, bajo una mejor visión, propia del sujeto interesado, ha debido resolverse el asunto. Su esencia es la de ser un medio de control legal y constitucional a la sentencia de segundo grado, con miras a hacer efectivos los derechos, lograr el respeto de garantías, reparar los agravios inferidos y unificar la jurisprudencia.

Por consiguiente, la demanda respectiva debe cumplir con los presupuestos de forma y fondo establecidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia a efectos de que la Sala comprenda la falencia judicial denunciada y su trascendencia en el sentido de la providencia confutada, lo que implica la adecuada propuesta de los cargos, atendiendo las causales de procedencia previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 –siempre que la actuación se haya adelantado bajo las ritualidades de esta codificación-.

Adicionalmente, y por razón de la relevancia que el legislador otorgó a las finalidades de la casación, es preciso que el impugnante enseñe cómo es forzoso que la Corte intervenga en orden a cumplir con alguno de esos propósitos -la efectividad del derecho material, el respeto de alguna garantía de los intervinientes, la reparación de los agravios y/o la unificación de jurisprudencia-.

En esos términos, si lo deseado es asegurar la garantía de derechos fundamentales, al actor le compete demostrar su afectación, señalar los preceptos constitucionales correspondientes, e indicar cómo los desconoció el fallo recurrido, sin olvidar que sus razones deben guardar correspondencia con las censuras que proponga. Y, si la pretensión es que se desarrolle la jurisprudencia, le asiste la carga de exponer los motivos por los cuales es indispensable la decisión de fondo, ya sea para proveer un pronunciamiento con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico especial, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina, o para abordar un tópico aún no desarrollado, «con el deber de indicar de qué manera la decisión solicitada tiene

la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y a la par servir de guía a la actividad judicial». (CSJ AP, 26 sep. 2007, rad. 28184).

2. La violación indirecta, contenida en el numeral 3 del precepto 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906 de ese año), tiene ocurrencia cuando, para infringir la ley sustancial, el juzgador ha recaído previamente en falencias respecto de los medios probatorios, ora por un error de hecho -falsos juicios de existencia, de identidad o de raciocinio- o por uno de derecho -falsos juicios de convicción o de legalidad-.

3. La violación directa, por su parte, es la lesión inmediata de la ley sustancial, de modo que ninguna discusión existe en punto de los hechos declarados por el Tribunal, ni de la valoración probatoria realizada, pues la inconformidad reside en la aplicación de la ley. Al jurista, entonces, le corresponde aclarar si la trasgresión tuvo lugar por (i) falta de aplicación, (ii) interpretación errónea, o (iii) aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, de la Carta Política o de la ley que sea llamada a regular el caso.

Es contradictorio alegar que una norma se dejó de emplear y al tiempo que se interpretó erróneamente. Así mismo, si se revela falta de aplicación de una disposición por interpretación errónea de otra, es imprescindible explicar cuál fue el alcance dado por el sentenciador a la disposición repudiada, por qué ese análisis es desacertado y por qué la otra normativa está llamada a regular el caso. La naturaleza del recurso de casación impone un discurso argumentativo estrictamente jurídico y no subjetivo o de conveniencia.

4. La demanda presentada en esta ocasión inobserva las exigencias expuestas, lo que conduce a su inadmisión. Estos son los motivos:

4.1. El actor inadvirtió que, como el proceso adelantado contra Moreno Mantilla se rigió por los ritos del Código de Procedimiento Penal de 2004, le correspondía formular

las críticas al amparo de las causales de casación allí previstas, de donde deviene equivocado que en el primer cargo invoque el artículo 207, en tanto dicha disposición refiere a las causales de casación en el estatuto procesal penal de 2000 (Ley 600).

También pasó por alto que las críticas en esta sede van atadas a una pretensión específica y concreta, de modo que si se comprueban las falencias denunciadas, no se deje a la liberalidad de la Corte el sentido de la decisión de reemplazo. Así las cosas, desatinó el jurista en el momento de elevar sus peticiones iniciales.

4.2. En el primer cargo, el letrado atribuyó al ad quem un falso juicio de convicción, pero los fundamentos que exhibió como soporte no satisfacen las exigencias para una adecuada censura por esta vía.

En efecto, el aludido vicio tiene ocurrencia cuando el fallador no le concede a un determinado medio de prueba el valor asignado por el legislador o cuando desconoce las normas que tarifican su eficacia probatoria, y, para su acreditación, se requiere: (i) identificar el elemento sobre el cual recayó; (ii) indicar la norma que tasa su valor o restringe su eficacia probatoria; (iii) exponer la razón de su desconocimiento y (iv) enseñar qué implicaciones tuvo ese error en el fallo que se discute.

El actor, además de no concretar el medio probatorio sobre el cual descansó el yerro, a la manera de un simple alegato de instancia incluyó reparos que escapan a esa modalidad de error, como cuando adujo que se ignoraron reglas de la sana crítica, lo que le imponía encauzar su reproche por la vía del falso raciocinio, indicando en qué consistió el equívoco de la colegiatura al hacer la valoración crítica; que fue lo que infirió o dedujo, cuál el principio de la lógica, la ley de la ciencia o la máxima de experiencia que debió tener en cuenta para la adecuada apreciación de la prueba, y demostrar la trascendencia, esto es, cómo de haber hecho la adecuada apreciación, frente al resto de elementos de

convicción, el sentido de la decisión habría sido sustancialmente opuesto, a favor de los intereses del recurrente.

Con todo, se puede colegir que el desacuerdo del demandante se contrae a la credibilidad que se le dio al testimonio de la víctima, pero no sobre la base de acreditar una falencia en el juicio lógico de apreciación del Tribunal, sino tan solo por considerar que Gélvez Galvis fue contradictorio en sus dichos, sin ofrecer algún cotejo que así lo constate. Aunque mencionó que se desatendió la lógica en torno a la forma en que se perpetró el hurto, no enseñó algún principio lógico ignorado, y menos –si lo que pretendió fue denunciar inobservancia de una máxima de la experiencia- reveló una proposición con estructura de regla apta para ser aplicada al caso concreto, con pretensión de universalidad.

Es que, ningún reproche hizo el jurista en torno a las consideraciones expuestas en los fallos para dar por probada la teoría de la fiscalía y no así la de la defensa.

Concretamente, el ad quem determinó que la sindicación que Gélvez Galvis hizo durante la etapa de investigación corresponde a lo expuesto por él durante la vista pública, donde reiteró su relato inicial, e indicó «de manera coherente, congruente y espontánea (i) la hora y lugar en la que sucedieron los hechos, (ii) las personas que participaron, (iii) las características físicas del enjuiciado, y (iv) el rol que cumplió en la comisión de los ilícitos»¹³.

En lo concerniente al señalamiento hecho por el perjudicado, la colegiatura sostuvo:

(...) es notorio que el reconocimiento realizado por la víctima en la etapa de investigación y durante el juicio oral resulta creíble porque desde un principio adujo que los cascos cerrados que empleaban los antisociales permitían observar sus rostros, dado que las vísceras [sic] estaban levantadas, lo cual no fue tachado como falso, aparte que su desconocimientos sobre sus agresores – antes de participar en el reconocimiento fotográfico – obedeció a que no tenía claridad sobre su identidad concreta, lo que

dilucidó en su investigación particular y posterior colaboración con las autoridades, situación que resulta razonable y creíble.¹⁴

4.3. En el segundo cargo, el impugnante denunció una infracción directa de la ley sustancial, pero, alejado de toda técnica, afirmó que acaeció porque se aplicó o se dejó interpretar el numeral segundo del artículo 240 del Código Penal.

De entrada, ese planteamiento es ambiguo porque no explica si el desatino radica en que la norma no era la aplicable al caso o en que, pese a ser la correcta, fue interpretada erróneamente. Adicionalmente, riñe con el principio de corrección material, puesto que el juzgador, al momento de dosificar la pena, no tuvo en cuenta el numeral 2 del canon 240, sino el inciso segundo de esa disposición, en los términos en los que fue endilgado por la Fiscalía, esto es, por cometer el hurto utilizando violencia sobre las personas. En la acusación no se hizo mención, como lo sugiere el libelista, a las condiciones de inferioridad o indefensión de la víctima.

4.4. En la tercera censura, aunque denuncia una violación directa, el demandante no explicó con claridad cómo tuvo lugar esa infracción, esto es, si fue por exclusión evidente, interpretación errónea o aplicación indebida. Si bien podría pensarse que la crítica reside en que no se aplicó el artículo 369 de Código Penal, las razones que esboza para su sustento resultan enigmáticas porque el aludido precepto consagra el tipo penal de propagación de epidemia, que no fue imputado al procesado.

Ahora, de entender que en realidad quiso referirse al canon 269 y no al 369 del estatuto sustantivo, que sí prevé una disminución punitiva cuando se reparare a la víctima del delito, lo cierto es que tampoco es posible darle curso porque fácil emerge del plenario que la supuesta restitución o indemnización de perjuicios no fue alegada y probada en la etapa procesal prevista en la norma, esto es, antes de que se dictara sentencia de primera instancia. Es más, en el registro contentivo de la audiencia del artículo 447 de la Ley

906 de 2004, el defensor de Moreno Mantilla no hizo la más mínima mención al tema.

Así las cosas, la demanda será inadmitida. Adicionalmente, la Corporación ha revisado íntegramente la actuación y, salvo lo expuesto en el siguiente acápite, no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual no puede penetrar al fondo del asunto oficiosamente.

4.5. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201415.

6. La Corte, según la facultad que le otorga el inciso 3° del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, atendiendo los fines de la casación, tiene sentado (cfr. CSJ AP, 9 jun. 2008, rad. 29520 y CSJ AP, 16 dic. 2008, rad. 30242, entre otros) que le surge el deber de actuar oficiosamente cuando advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia.

Lo anterior sin necesidad de convocar a audiencia de sustentación porque, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia (CSJ SP, 25 jul. 2007, rad. 27383), ella es improcedente cuando el censor no advierte la presunta irregularidad evidenciada por la Sala y que constituye la razón para entrar en el fondo del asunto.

En este caso, como aparece inevitable determinar la posible afectación del principio de legalidad de la pena, tanto de la principal, como al momento de imponer las accesorias, una al parecer por superar el máximo permitido en la ley y la otra por no atender los cuartos, una vez quede en firme esta providencia la actuación regresará al despacho del Magistrado Ponente para que estudie la posibilidad de la casación oficiosa.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Eder Armando Moreno Mantilla contra la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Vencido dicho término, el expediente debe regresar al despacho para proferir sentencia, según el punto 6 de las consideraciones de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Utilizando medios motorizados.

2 Obrar en coparticipación criminal.

3 Con violencia sobre las personas.

4 Por dos o más personas.

5 Cfr. acta visible a folios 18 y 19 de la carpeta y disco compacto.

6 Con fecha 21 de junio de 2011 (Cfr. folios 25 a 29 Id.).

7 Cfr. acta obrante a folios 37 y 38 Id.).

8 Cfr. folios 45 y 46 Id.

9 Cfr. folio 96 Id.

10 Cfr. folio 112 Id.

11 Cfr. folios 115 a 123 Id.

12 Cfr. folios 179 a 192 Id. -última hoja sin número-.

13 Cfr. página 14 del fallo.

14 Cfr. página 10 Id.

15 Radicado 42597.