

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP2235-2018

Radicación n° 47814

Aprobado acta n° 171

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES y JHON BRAYAN CARDONA RIVERA en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 27 de noviembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado 9 Penal del Circuito de la misma ciudad, el 25 de agosto de 2014.

H E C H O S

Ocurrieron en el barrio Terrón Colorado de Cali, aproximadamente a las 2:00 p.m. cuando Rubén Darío Ospina Taborda se encontraba dentro de su vehículo estacionado a la altura de la avenida 5 oeste con calle 22, y observó que se acercaba de frente una motocicleta RX en la que se movilizaban dos personas, el conductor de sexo masculino y una mujer que ocupaba el lugar del pasajero. La mujer se bajó de la moto apuntándole con un revólver exigiéndole que le entregara la cadena de oro que colgaba de su cuello, la cual tomó emprendiendo la retirada. En ese momento Rubén Darío sacó su arma de fuego y disparó

hacia su atacante quien respondió accionando su arma generándose un cruce de disparos del cual resultó herida la mujer.

El hombre que conducía la motocicleta arrancó, mientras que la mujer corrió hacia una de las casas del sector lanzándose a un patio a través del cual pasó a otro inmueble.

Simultáneamente llegó la policía que empezó a seguirlos logrando la captura de la mujer lesionada y del hombre que conducía la motocicleta. Igualmente, fue hallado el casco que estaba siendo utilizado por la mujer y el arma de fuego que esgrimió para intimidar a la víctima.

Sometida el arma a estudio de balística, se estableció que se trata de un revólver 38 Special, marca colt, número serial M02182, con 2 vainillas del mismo calibre y un cartucho especial. El arma es apta para disparar.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Producidas las capturas de JHON BRAYAN CARDONA RIVERA y SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES, el 12 de junio de 2012 el Juez 20 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cali inició las audiencias concentradas, declarando (el 13 de junio) legal el procedimiento de captura en flagrancia¹. El 13 de junio de 2012 la Fiscalía les formuló imputación por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal, conforme a los artículos 240, 241 y 365 del Código Penal, frente a los cuales los imputados se declararon inocentes.

Seguidamente la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. El mismo Juez afectó con esta medida a JHON BRAYAN CARDONA RIVERA, mientras que para SOONYI CATALINA YUAN la sustituyó por detención preventiva en su lugar de residencia.

Presentado el escrito de acusación el 16 de julio de 2012, le correspondió al Juzgado 9º

Penal del Circuito de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose la correspondiente audiencia el 4 de diciembre del mismo año, en la que se acusó a SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES y JHON BRAYAN CARDONA RIVERA como autores de los delitos de hurto calificado por el inciso 2º del artículo 240 del C.P., en razón de la violencia y agravado por el numeral 10 del artículo 241 por haberse cometido por dos o más personas, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de uso personal descrito en el artículo 365 ibídem.

El 31 de enero de 2013 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, y el juicio oral se realizó en sesiones desarrolladas el 12 de febrero, 29 de abril y 2 de octubre de 2013, continuando el 13 de febrero de 2014 y el 14 siguiente, fecha ésta en la cual se anunció el sentido del fallo -condenatorio-.

Surtida la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el 25 de agosto de 2014 el mismo juzgado condenó a SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES y JHON BRAYAN CARDONA RIVERA como autores responsable de los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios y municiones, agravado, en la modalidad de portar, en concurso con hurto calificado y agravado, siendo víctima Rubén Darío Ospina Taborda, a la pena privativa de la libertad de doscientos veintiocho (228) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal. Así mismo, se les impuso la prohibición para el porte y tenencia de armas de fuego o municiones por un término de quince (15) años. Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y dispuso librar captura en contra de SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES.

El fallo de primera instancia fue apelado por el defensor y por el procesado CARDONA RIVERA y confirmado por una Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante proveído del 27 de noviembre de 2015.

Contra la anterior decisión, el defensor presentó el recurso de casación, el mismo que fue sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal de casación consagrada en el artículo 181, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, el recurrente presentó dos cargos:

Primer cargo. Violación indirecta de la ley por error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación de 'las pruebas testimoniales'

Señala el recurrente que el fallador tergiversó el testimonio de la víctima Rubén Darío Ospina Taborda, al consignar que este dijo que la mujer que lo amenazó con un arma de fuego y lo despojó de la cadena de oro, disparó, cuando lo que realmente dijo fue que él escuchó unos disparos y reaccionó disparándole a la mujer.

Conforme con lo anterior, concluye que no es cierto que "la victimaria también disparó sin lograrlo impactar".

Frente a los testimonios de los patrulleros David Leonardo Arias y Eleazart Smith Vargas Ladino, señala que el primero solo mencionó que escuchó los disparos que hizo la víctima, mientras que el segundo "no fue testigo presencial, luego no es una prueba que se pueda valorar para indicar positivamente que el cruce de disparos fue porque la dama también disparó", luego, es un testigo de referencia.

Agrega, sobre el testimonio del It. Wilmer Jácome Vega, que se enteró de la existencia de un arma de fuego porque recibió una llamada telefónica de un ciudadano que dio cuenta que en el patio de su casa había un revólver y que "una muchacha andaba saltando tapias.", por lo que se desplazó y efectivamente encontró un revólver COLT calibre 38 Special, razón por la cual también es un testimonio de referencia

Surge de lo anterior, prosigue, que ninguno de los policías vio cuando la mujer a la que perseguían llevara un arma de fuego en sus manos, o que esta se hubiere despojado de ella, luego se tergiversan sus dichos, conllevando a la errada conclusión de que se trataba de un arma de fuego.

De no haberse presentado la alegada tergiversación, continúa, se hubiera reconocido que el arma podía ser de juguete, hechiza, de fogueo o de defensa personal.

Crítica el valor probatorio otorgado al dictamen pericial de balística, el cual, sería relevante solo si el arma hubiera sido incautada en poder de SOONYI CATALINA YUAN.

Por último, acusa el fallo por cercenamiento del testimonio del técnico profesional de la Fiscalía General de la Nación, quien dijo que el arma es de propiedad de José Ubeimar Buriticá, pero nunca fue llamado a declarar para que informara las razones por las que esta apareció en el patio de una casa el 11 de junio de 2012.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley por error de hecho derivado del falso juicio de identidad

Indica el demandante que el fallador desconoció el testimonio de la víctima Rubén Darío Ospina Taborda. «No tuvo en cuenta aspectos de sentido común para determinar, a ciencia cierta, si el señalamiento hecho a JHON BRAYAN CARDONA RIVERA era veraz»

Luego de relatar la situación fáctica descrita por la víctima en el juicio, concluye que la misma solo vio durante pocos segundos al conductor de la motocicleta de la cual se bajó la mujer que le hurtó la cadena de oro amenazándolo con un arma de fuego, razón por la cual, dice, las reglas del sentido común y de la experiencia enseñan que Ospina Taborda centró su atención en la mujer y no en el conductor de la moto, luego, no estaba en capacidad de reconocerlo.

Prosigue criticando la apreciación de este testimonio por parte del fallador, puesto que, dice, los pocos segundos que la víctima tardó mirando a la mujer, hicieron que perdiera de vista al conductor de la motocicleta, lo que implica que la captura de JHON BRAYAN CARDONA se produjo a pesar de no existir un señalamiento directo, pues a pesar de que Rubén Darío Ospina lo reconoció cuando estaba en la estación de policía, este es un señalamiento “inducido”.

En el mismo sentido, señala de mentirosa la versión del policía David Leonardo Arias, quien dijo haber perseguido a JHON BRAYAN CARDONA hasta que entró a su casa y guardó la motocicleta, versión que, asegura, no es creíble porque de ser cierto que lo siguió fácilmente lo habría alcanzado impidiendo el ingreso a su residencia.

De acuerdo con lo expuesto, solicita a la Corte ‘casar parcialmente’ el fallo, para en su lugar, absolver a los procesados de los delitos de porte ilegal de armas de fuego y hurto calificado y agravado.

Como petición adicional, pide modificar la sentencia condenatoria proferida en contra de SOONYI CATALINA YUAN, en lo que atañe al delito de hurto calificado y agravado, teniendo en cuenta que reparó a la víctima por valor de cinco millones de pesos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte encuentra oportuno reiterar que el recurso extraordinario de casación, conforme a los lineamientos del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede como un control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos y garantías fundamentales, por los motivos señalados en las causales previstas por el legislador.

De la misma manera, recalca cómo el inciso segundo del artículo 184, ibídem, establece que no será seleccionada la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes

supuestos: si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

En el presente caso, es evidente que el recurrente ostenta legitimación para impugnar la sentencia condenatoria en busca de derruirla. No obstante, no consiguió sustentar debidamente las censuras propuestas. A continuación las razones.

Alega el demandante la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho derivados del falso juicio de identidad en la modalidad de cercenamiento y tergiversación de los testimonios –en general-, error que conllevó a la inaplicación del in dubio pro reo en favor de los procesados.

En desarrollo de los reproches que fraccionó en dos cargos, realmente advierte la Sala la exposición de una única y generalizada inconformidad con la manera como el fallador apreció los testimonios de la víctima y de los policiales que participaron en la captura de los procesados JHON BRAYAN CARDONA RIVERA y SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES, sin observar las reglas de lógica y debida fundamentación propios del recurso de casación.

En efecto, aunque formuló dos cargos, los reproches coinciden en atribuir al Tribunal la incursión en errores de hecho por falso juicio de identidad, por cercenar y distorsionar las pruebas incorporadas a la actuación, pero al sustentar el yerro no muestra, como le correspondía, el contenido que el ad quem le atribuyó al material probatorio y de qué manera se produjo la distorsión.

En concreto, adujo el demandante que el Tribunal distorsionó el testimonio de Rubén Darío Ospina Taborda al ‘poner en boca de él’ la manifestación de que la mujer que le hurtó la cadena y llevaba un arma de fuego, también disparó.

La afirmación del defensor es parcialmente cierta, en tanto el fallo de primera instancia

consideró que 'la dama en su huída disparó'; no obstante, dejó de lado que sobre ese concreto aspecto, el Tribunal aclaró el punto después de transliterar el siguiente aparte de lo declarado en el juicio por Rubén Darío Ospina Taborda:

«El señor que tengo al frente venía en contravía en una moto con Soonyi, el señor me puso la moto en la ventanilla y la pelada me apuntó y me dijo ¿te vas hacer matar por la cadena?, cuando me la sacó, yo cogí con mi arma y le disparé, le di a Soonyi, ella se metió a una casa del frente. El señor arrancó en la moto, parece ser que la policía estaba cerca y les dieron captura. Yo hice como tres o 4 disparos, ellos también me hicieron a mí, pero no me dieron. Record 33:05»

A partir de este relato, el Tribunal consideró que la víctima dijo que fue

[I]ntimidado con un arma de fuego, la cual fue accionada en su contra, (...) apuntándole con un arma de fuego, lo despojaron de una cadena de oro, que reaccionó sacando su arma, produciéndose un cruce de disparos, resultando ileso, aunque la agresora si fue herida, circunstancias que resultan suficientes para...

Bien se ve que el ad quem no tergiversó el dicho de la víctima, pues lo concluido finalmente en el fallo recurrido, se identifica con el contenido material de lo declarado por Rubén Darío Ospina, en el sentido de que hubo un cruce de disparos, más no, que él hubiera visto cuando la mujer accionó el arma que portaba en su contra.

De otro lado, señala el demandante, que de no haber tergiversado el Tribunal la declaración de la víctima, no habría certeza de que el arma que 'describió como de fuego', con la cual fue amenazado por SOONYI CATALINA YUAN, es apta para disparar, afirmación que desconoce que ese aspecto técnico lo dedujo el fallador, no de lo declarado por Rubén Darío Ospina, sino de lo dicho por el perito en balística, Jhon Hermes Arias Díaz, quien examinó el revólver marca COLT, calibre 38 Special, número M02182, niquelado, cachas en madera, hallado en el 'solar' de la casa con nomenclatura 22-73 de la Avenida 5ª oeste en la que se

refugió SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES, encontrando el experto que el arma fue disparada y que en el tambor tenía un cartucho y dos vainillas:

«...[L]a fiscalía no solo probó que se esgrimió arma de fuego contra la víctima, sino que por el recorrido que hizo SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES, se encontró un revólver en el solar de una casa marca Colt 38 Special con dos vainillas se (sic) percutidas y un cartucho, que resultó apta para disparar según lo califica el perito en balística, sino que también se demostró el elemento descriptivo normativo “sin permiso para portar armas expedidas por la autoridad competente” – según oficio 884 del 12 de julio de 2012 proveniente de la tercera brigada, ...»

De manera que las amplias reflexiones que sobre el punto efectúa el demandante, no son más que la manifestación de su desacuerdo por la conclusión a la que arribó el Tribunal con fundamento en la apreciación de las pruebas.

En el segundo cargo, dirigido por la misma senda de la violación indirecta de la ley por falso juicio de identidad, el censor irrumpe en un discurso propio de instancia apartándose por completo de la lógica discursiva del recurso de casación, omitiendo mostrar el yerro que alega, pues se limita a reprochar que diera crédito al dicho de la víctima y de los policiales que participaron en la captura de SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES y JHON BRAYAN CARDONA RIVERA.

Así, califica de errada la credibilidad que se otorga a lo declarado por la víctima, de quien dice, fue inducida a señalar a JHON BRAYAN CARDONA RIVERA como el hombre que conducía la motocicleta utilizada para su atraco a mano armada, apreciación que se aparta por completo de lo declarado en la sentencia, donde se dice que Rubén Darío Ospina no dudó en señalar directamente a JHON BRAYAN CARDONA RIVERA como quien en compañía de SOONYI CATALINA YUAN le hurtó la cadena de oro que llevaba colgada en el cuello, valiéndose de un arma de fuego con la que lo intimidaron.

Así quedó consignado en la sentencia:

Lo anterior nos lleva a corroborar que la captura de Brayan Cardona no fue en flagrancia, pero tal eventualidad no contrarresta el señalamiento que hizo la víctima, cuando reconoció en la estación de policía a Brayan Cardona Rivera como el conductor de la motocicleta en la cual movilizaba la dama que lo intimidó... y luego ratificó en declaraciones en el juicio oral y público, donde además lo señala y describe por sus prendas de vestir dejando constancia en tal sentido la fiscalía.

El primer señalamiento directo lo hizo en presencia del intendente Wilmer Jácome Vega, quien así lo afirmó en su declaración rendida en juicio oral...

El segundo señalamiento como ya fue enunciado lo hace en la declaración que rinde en el juicio la víctima Rubén Darío Ospina Taborda y allí reconoció y señaló a Jhon Brayan Cardona y lo describe por sus prendas de vestir...

No acredita el demandante error alguno en la afirmación de que Rubén Darío Ospina no dudó en señalar que el capturado el 11 de junio de 2012, es la persona que conducía la moto de la que descendió la mujer con el arma de fuego y le hurtó la cadena, señalamiento que hizo desde el mismo día cuando vio en la inspección de policía a JHON BRAYAN CARDONA, después de haber sido aprehendido y que reiteró luego en el juicio.

Sobre este punto ahondó el ad quem, al señalar:

Los alegatos esbozados por la Defensa, en aras de sembrar duda en cuanto a la participación de los procesados en el hecho punible, en nada erosionan el señalamiento claro, coherente y firme que, desde un comienzo, realizaron los testigos de cargo, máxime si en cuenta se tiene que, por un lado, los policiales que capturaron a la señora SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES lo hicieron por el señalamiento directo que hizo la víctima sobre el lugar en el que se escondía, vivienda a la que ingresaron con el debido consentimiento de

sus moradores y la hallaron herida con impactos de bala en su abdomen y en su pierna; que cuando se disponían a trasladarla a un centro médico, el afectado la reconoció como una de las responsables del ilícito y, entre tanto, otro grupo de policiales se encargó de perseguir y aprehender al señor JHON BRAYAN CARDONA RIVERA, quien a pesar de que quiso escabullirse e impedir su captura, gracias a la intervención oportuna de los agentes del orden, se logró su aprehensión cuando se encontraba escondido en una terraza de una de las viviendas cercanas al lugar de los hechos.

Pero además, indica el fallo, lo declarado por los policiales coincide con lo también vertido en juicio por la víctima, en cuanto a las circunstancias temporo espaciales en las que se produjo la captura de JHON BRAYAN CARDONA RIVERA a quien el policial David Leonardo Arias Londoño persiguió hasta verlo entrar a su casa y cuadrar la motocicleta en el antejardín, relato que el demandante califica de mentiroso sin mostrar la base de su afirmación, razón por la cual, las conclusiones del fallador no logran ser desvirtuadas por la defensa a través de los contrainterrogatorios.

Por lo demás, advierte la Corte que las instancias respetaron el exacto tenor de lo que dijo el agente David Leonardo Arias en el juicio:

Estábamos con mi compañero en la tarde y observamos a un ciudadano que nos dijo que una persona le había hurtado y que iba herida, nos indicó la dirección hacia la cual la persona que acompañaba a la herida había huido, inmediatamente iniciamos la persecución del motociclista.

Yo lo veía como a 25 o 30 metros, llegamos a la casa donde vivía esa persona, yo lo conocía del cuadrante, él entra a su casa e inmediatamente pido apoyo y mis compañeros llegaron por detrás para cercar la zona. El compañero del otro cuadrante me avisa que observa a una persona, que estuviera pendiente; cuando lo veo ya pero con un buso, él se nos desaparece y luego recibimos una llamada del CAR que nos dice que la persona que

estábamos buscando estaba en un segundo piso; llegamos a la dirección que se nos indicó y lo encontramos ahí escondido en una terraza de un segundo piso.²

De manera tangencial el recurrente afirma que las declaraciones de los policías Wilmar Jácome y Vargas Ladino, fueron objeto de agregados en el fallo; no obstante, no informa cuáles son esos apartes adicionados y de qué manera inciden en la resolución del caso. Más aún, termina mostrando su desacuerdo no por el supuesto falso juicio de existencia alegado, sino por haber sido valorados –dice- a pesar de ser testigos de referencia, lo cual realiza a través de un discurso en el que involucra, como si se tratara de un solo aspecto, la credibilidad que el juzgador otorgó a todos los testimonios, y la prueba de referencia. En todo caso, siempre cuestionando la tarea apreciativa realizada por el funcionario judicial, desconociendo que tal labor sólo encuentra límites en el acatamiento de los criterios de la sana crítica.

Y si lo que pretendía demandar era la desatención de las reglas de la sana crítica, debió acudir a la vía del error de hecho por falso raciocinio, para lo cual es necesario acreditar la vulneración de los criterios allí integrados –vale recordar— las reglas de la experiencia, los principios lógicos y las leyes de la ciencia, nada de lo cual muestra el censor.

Como última petición, sin desarrollo alguno, el demandante solicita modificar el fallo condenatorio emitido contra SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES, para que se tenga en cuenta la constitución de un título judicial por valor de cinco millones de pesos por concepto de reparación a la víctima; no obstante, no da a conocer en qué sentido tendría que corregirse el fallo, teniendo en cuenta que la primera instancia otorgó a la procesada una rebaja de pena equivalente a $\frac{1}{4}$ de lo que le correspondería por el delito de hurto calificado y agravado, a pesar de que reconoció que el monto consignado ni siquiera cubría el valor «de la joya hurtada y tampoco se indemnizó los perjuicios causados a la víctima», es decir, que no se reunían las exigencias del artículo 269 del Código Penal, error que favoreció a YUAN CIFUENTES y que siendo advertido por el Tribunal, no pudo corregirse por la prohibición de

no reformar en peor el fallo contra el apelante único.

Así las cosas, la Sala inadmitirá la demanda objeto de examen, sin que advierta la presencia de circunstancia vulneradora de garantías fundamentales que la obligue a intervenir de oficio para su restablecimiento.

Se precisará, finalmente, que contra la decisión inadmisoria del recurso de casación cabe el mecanismo de insistencia, conforme lo tiene establecido el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuya interposición procede bajo las reglas fijadas en jurisprudencia reiterada de la Sala (CSJ AP, 12 dic 2005, Rad. 24322).

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES y JHON BRAYAN CARDONA RIVERA.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

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 La audiencia se llevó a cabo en el Hospital San Juan de Dios de Cali, lugar donde SOONYI CATALINA YUAN CIFUENTES estaba recibiendo atención médica.

2 Folio 11 del fallo de segundo grado.