

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado Ponente

AP2680-2023

Radicación No. 59694

(Aprobado Acta No.167)

Bogotá D.C., septiembre seis (6) de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga el 23 de noviembre de 2020, mediante la cual confirmó, con algunas modificaciones, la emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó por los delitos de hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado.

HECHOS

El tribunal declaró probados los siguientes:

“El 18 de enero de 2015 María del Carmen Sierra contrató a Janny Mauricio Díaz Ardila para transportar una carga de café desde San Gil hasta Bucaramanga; a las 21:00 horas el camión de placas XVN 210 quedó cargado y listo en la estación de servicio Los Olivos; inició

el trayecto a primera hora de la madrugada del día siguiente; tras pasar el peaje ubicado en la zona de Pescadero se detuvo en la estación de servicio La Playa, reanudó la marcha y aproximadamente un kilómetro y medio más adelante tres sujetos que se desplazaban en un vehículo Renault azul lo interceptaron, uno de ellos lo intimidó con un arma de fuego, los otros dos se subieron al camión y continuaron el camino; horas más tarde Janny Mauricio Díaz Ardila despertó en un paraje del sector de Pescadero, amordazado y amarrado de pies y manos; luego pudo desatarse, pedir ayuda a un lugareño e informar lo sucedido a las autoridades; los bienes hurtados fueron el aludido vehículo avaluado en \$45.000.000, su carga compuesta por 150 bultos de café (6000 kilos) y 75 bultos de café (3000 kilos) avaluada en \$80.000.000, al igual que unas gafas, un reloj, diferentes documentos personales y del carro, así como \$2.800.000 en dinero efectivo del conductor afectado”.

Labores de inteligencia desplegadas por miembros de la Policía Nacional apuntaron a que los posibles perpetradores de la conducta anterior fueron los sujetos identificados como LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO, Pedro Villamizar Pena y Lendis Nolberto Antolinez Capacho, quienes fueron aprehendidos el 15 de septiembre ulterior.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1.- En desarrollo de la audiencia preliminar concentrada celebrada al día siguiente ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se legalizó la captura de los mencionados. De igual forma, la fiscalía les formuló imputación por los delitos de hurto calificado agravado; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y secuestro simple atenuado (arts. 239, 240-2 y 4, 241-10 y 267-1; 365-1 y 5 y 168 y 171-2 C.P.), por los cuales se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. Los imputados no aceptaron los cargos¹.

2.- El 13 de noviembre ulterior, el mismo ente persecutor radicó escrito de acusación por

iguales comportamientos delictivos², que luego verbalizó en la audiencia de formulación realizada el 13 de enero de 2016 ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, durante la cual prescindió de acusar a LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO y a Lendis Nolberto Antolinez Capacho por el delito de secuestro simple³.

3.- La audiencia preparatoria tuvo lugar el 16 de mayo posterior⁴ y, la de juicio oral, se logró realizar, tras múltiples aplazamientos, en sesiones de julio 55 y 216, septiembre 287, octubre 108 y noviembre 299 del mismo año; marzo 2810, mayo 3111 y septiembre 1412 de 2017 y mayo 213 y junio 714 de 2018, última en la cual se anunció el sentido condenatorio del fallo.

4. El 21 de enero de 2019, en armonía con el anuncio, el mismo despacho profirió sentencia, por medio de la cual condenó a Pedro Villamizar Peña como coautor de los delitos de hurto calificado agravado, fabricación, tráfico o porte ilegal de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y secuestro simple a las penas de 252 meses de prisión y multa de 800 SMLMV y a LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO y Lendis Nolberto Antolinez Capacho, también como coautores de las dos primeras conductas, a la pena de 240 meses de prisión. A todos los condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad y les negó el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural.

5.- Los defensores de los procesados interpusieron recurso de apelación contra la anterior determinación y el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante proveído de noviembre 23 de 2020, declaró desierto el interpuesto por el defensor de Pedro Villamizar, al tiempo que confirmó la decisión recurrida, con las siguientes precisiones: (i) respecto de este mismo procesado y LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO, aclaró que la condena por el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es en la modalidad agravada y que (ii) la pena accesoria para estos mismos sentenciados de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, es de 240 meses de prisión. Así mismo, modificó la sentencia en lo que concierne al procesado Lendis Nolberto Antolínez Capacho, en el sentido de condenarlo a la pena de 72 meses de prisión y multa de 7 SMLMV, así como a la accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso a la sanción privativa de la libertad, al encontrarlo autor del delito de receptación agravada. Como consecuencia de esto último, se adicionó el fallo impugnado concediéndole a Antolínez Capacho la prisión domiciliaria.

6.- El defensor de LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO, exclusivamente, promovió recurso extraordinario de casación contra esta última decisión.

DEMANDA DE CASACIÓN

Propone dos cargos. El primero, con fundamento en la causal segunda del artículo 181 del estatuto procesal penal, por nulidad, y el segundo, por el motivo tercero de violación indirecta de la ley sustancial.

En el primero sostiene que se desconoció la estructura del debido proceso por falsa motivación en lo relacionado con la prueba de referencia. En concreto, refiere a la admisión como prueba de referencia de declaraciones anteriores al juicio oral de Osmari Téllez Palomino en la sesión de marzo 28 de 2017. En ese orden, remite a las razones expuestas por la fiscalía para que se admitieran como tal, a lo alegado por los defensores en ese momento, a lo dispuesto por la directora de la audiencia para aceptarlas en esa condición, a los argumentos esgrimidos por el defensor de LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO con el objeto de sustentar el recurso de reposición que interpuso contra esa determinación y a lo resuelto por la funcionaria frente al medio de impugnación.

Luego, valiéndose de citas de doctrina foránea y de jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el deber de motivación de las decisiones judiciales, advierte que en múltiples decisiones de esta Sala se han determinado cuatro condiciones “para tener en

cuenta esta modalidad probatoria". De ese modo: "que se trate de una declaración, que la misma se haya realizado fuera del juicio oral, que se pretenda utilizar como medio de prueba y que el declarante no esté disponible para testificar en el juicio". Así mismo, se han establecido "dos tipos de requisitos para su admisibilidad, una (sic) que corresponde a las condiciones especiales del artículo 438, referente a la imposibilidad que el testigo testifique conforme a las 4 posibilidades que da la ley; las otras (sic), con referencia a los requisitos generales del artículo 441, inciso segundo de la ley 906 de 2004".

Acto seguido, trae a colación apartes de jurisprudencia de esta Sala (sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008), acerca de "los casos similares o evento similar" a los previstos en el literal b, de lo cual colige que "la motivación esbozada por la juez de instancia, vulnera de forma clara y precisa el alcance que la misma corte ha indicado para la admisibilidad de este tipo de pruebas, ya que la base de la solicitud de la fiscalía como la resolución del caso se funda en hechos y situaciones diferentes a las planteadas por la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de justicia".

Lo anterior, explica, porque del informe policivo de conducción de la testigo Osmari Téllez, que fue leído en la audiencia por la fiscalía, no se desprenden los elementos previstos en la jurisprudencia nacional sobre la admisibilidad de la prueba de referencia frente a eventos similares a los previstos, correspondiendo a la desaparición voluntaria o a la imposibilidad de localización del testigo, y, por el contrario, da fe que la persona que atendió a los uniformados conocía a Osmari Téllez, aduciendo que estaba con su nieto en una cita médica.

De esta forma, indica que la juez confundió su deber con la administración de justicia de conducir a los testigos por medios coercitivos a fin de que cumplan con su obligación de declarar en el juicio oral, con su desaparición voluntaria, pues la mayor parte del fundamento jurídico expuesto va encaminado a manifestar que llevan "7 secciones (sic) de juicio y que la testigo no hace presencia".

Añade que la desaparición voluntaria, sobre la que se fundó la admisión de la prueba, concierne a dos tipos de situaciones: por una parte, cuando se trata de testigo renuente a dar su versión, para lo cual se pueden utilizar medidas coercitivas para que cumpla con ese deber, y “la falta de disponibilidad del testigo, sea por fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas o por su imposibilidad de localización”.

No obstante, insiste, de la lectura del informe aludido “no aparecen mínimamente alguna de estas dos hipótesis, ya que la fiscalía sabía dónde localizarla; y no existe, algún informe que indique que la testigo desapareció del accionar de la fiscalía o del estado. Solo se aprecia que no asistió a la audiencia por un motivo de carácter personal, existiendo una causa justificable, por ende, era una fuerza mayor racionalmente superable”, sin que “de las actas exista requerimiento o manifestación de la fiscalía que la testigo no deseaba venir al proceso”.

Al advertirse vulneración del debido proceso y de las garantías fundamentales de la defensa por convertir una regla excepcional en general, se desprende que “existe una falsa motivación, aparente a fin de conceder una prueba sin reunir los requisitos generales y especiales que la norma consagra, y desconfigurando el precedente que le exige probar la fuerza mayor insuperable que se le exige para su admisibilidad”.

En esa medida, solicita casar la sentencia y, en consecuencia, se disponga la nulidad del proceso para rehacerlo desde el mismo momento en que se presentó la vulneración de los derechos de los acusados.

En el segundo cargo, a su vez, denuncia que el fallador incurrió en errores de hecho por falso juicio de identidad que generaron la aplicación indebida de los tipos penales de hurto calificado agravado y porte de arma de fuego o municiones agravado, por los que fue condenado su patrocinado.

Después de recordar la naturaleza del yerro invocado, indica que en relación con la

responsabilidad de su defendido por el delito de porte ilegal de armas de fuego obra la declaración del único testigo presencial y víctima Janny Mauricio Díaz Ardila, de la cual “solo se puede establecer que identifica a Pedro Villamizar como la persona que se subió a su camión, con otra persona a la cual, no identifica. Dentro de su declaración no identifica haber visto a otras u otra persona diferente a las que describe (Pedro Villamizar y al otro sujeto de bermudas y zapatillas) y además manifiesta haber sentido el arma, pero no haberla visto”.

Este testigo, además, tampoco describió las características

esenciales del arma “como forma, tamaño, color, estructura entre otras; luego en el mismo orden de idea no podría pregonarse que lo puesto en su cuello haya sido un arma de fuego y que además este pudiese generar un daño”, especialmente porque el Decreto 2535 de 1993 “es claro que si no pudo el testigo observar materialmente el objeto y ante la carencia demostrativa de la posibilidad que el testigo identifique algún rasgo esencial del objeto que fue colocado en su nuca; solo queda, que la víctima solo puede dar fe que éxito (sic) un objeto en su cuello, que era frío y que él supone era una boquilla o un cañón de un arma, y que ante la pregunta sugestiva realizada por la fiscal quien calificó su afirmación que le apuntó con un arma esta era de fuego”.

Así las cosas, encuentra que se adicionó el contenido de esta prueba por los juzgadores de instancia al considerar que el objeto descrito era un arma de fuego, sin que otro medio de convicción así lo permita establecer, más cuando del hecho estipulado de que su prohijado no tenía permiso para portar armas de fuego no se puede inferir que portara alguna “ni siquiera bajo el supuesto de la coparticipación criminal bajo el término de coautoría”.

En relación con el punible de hurto, tras recordar los fundamentos probatorios en que se basó el juicio de reproche contra su defendido y enfatizar que el testigo Janny Mauricio Díaz Ardila únicamente reconoció a Pedro Villamizar de haber participado en su comisión y

simplemente describió a otra persona que ingresó al rodante por su estatura, afirmando que era bajito, asegura que la responsabilidad de LUIS EDUARDO MOGOLLÓN derivó de su intervención al momento del transbordo de la mercancía.

Sobre este hecho, acota, obran los testimonios de Gonzalo Holguín Quintero y Erigoberto Pacheco Gualdrón, pero ellos no identifican a MOGOLLÓN OSORIO dentro del parqueadero, “por ende, esta es una adición realizada por el Tribunal que los testigos no manifestaron”. También se cuenta, agrega, con el video y los fotogramas que de este se extraen, de los cuales, según el tribunal, se constata la presencia de MOGOLLÓN OSORIO, pero, dada su baja calidad, no es posible observar los vehículos que transitaban en cualquier sentido, ni sus logos, estructura o placas. Tampoco se identifica la caseta de coca-cola, las personas que se encontraban, su vestimenta para ese momento y los momentos en que descienden del vehículo Renault 18.

En consecuencia, el tribunal “adiciona que el señor MOGOLLÓN fue identificado en los fotogramas y en los videos que enunció la fiscalía. Por tal motivo, se considera una adición hecho (sic) por el Tribunal a las pruebas videográficas, y de los fotogramas”.

Posteriormente se ocupa de la prueba indiciaria construida contra su defendido, advirtiendo que de todos los declarantes la única que identifica a su asistido es Osmari Téllez Palomino, quien no fue a juicio a rendir su versión, siendo “decretada la incorporación de su escrito de pasada memoria por medio del investigar (sic) de acreditación que tomó la misma”.

Sin embargo, se trata de una prueba de referencia que tiene limitantes por la falta de contradicción de su dicho por parte de la defensa. En todo caso, “tampoco es testigo directa del trasbordo, por cuanto no estuvo en el parqueadero Multidiesel. La testigo solo da fe de haberlo visto frente a su caseta a mi prohijado, que es lo que indica la señora juez en su decisión, y que el Tribunal construye el indicio a fin de vincularlo al proceso”. Esta prueba, en consecuencia, fue adicionada por los juzgadores al manifestar que ella fue quien lo

identificó al momento del transbordo de la mercancía.

Acto seguido, señala que de acuerdo con jurisprudencia de esta Sala, no es posible sustentar un hecho indicador en prueba de referencia, requiriendo para ello de prueba directa (sentencia de fecha julio 8 de 2004, rad. 18451).

De inmediato, cuestiona el indicio de oportunidad para delinquir que edificó el tribunal, “con fundamento que el señor Pedro y LUIS EDUARDO MOGOLLÓN fueron capturados por un hecho de tal connotación, para llegar a la conclusión que su presencia en el parqueadero Multidiesel no fue mera coincidencia”. Ello, porque “si el hecho indicante es que fueron ambos capturados meses atrás por un posible punible de porte de armas vía Cúcuta. Este hecho lo único que indica es que el señor MOGOLLÓN y el señor Pedro se conocían desde esa época, Pero de allí establecer que nace un indicio de oportunidad para delinquir, sería tanto como decir, que volvimos a la teoría del autor y no del acto que pregonan el artículo 29 Constitucional”.

A lo anterior se suma que hasta la fecha no existe prueba de que su prohijado hubiera sido condenado por esos hechos de marzo de 2015, cuando fue capturado con Pedro Villamizar, todo lo cual nace “de la misma estipulación número 4 donde se acepta que el señor MOGOLLÓN solo tiene una anotación, en el documento de antecedentes. Es decir, que si el Tribunal deseaba crear un indicio de oportunidad criminal, debería por lo menos haber verificado que existiera la condena a fin de establecer que entre ellos existía una condena por hechos criminales en común. El documento estipulado fue el No. 397306, donde el mismo Pedro Villamizar está siendo apenas investigados (sic) por esos hechos y no existe condena por esa posible captura. Para la creación de ese indicio el Tribunal prácticamente adicionó a su valoración la condena del señor Pedro Villamizar y LUIS MOGOLLÓN dentro del proceso que hasta la fecha está en investigación o en cualquier otro estadio procesal, menos la sentencia” (sic).

De no haberse realizado las adiciones aludidas a la prueba y restado credibilidad a los testimonios de José Hugo Mogollón Ortiz, Deisy Paola González Vera, Viviana Marcela Remolina y Yeici Elicel González Vera, en cuanto certifican que el procesado se encontraba en la celebración del cumpleaños de un familiar la noche de los hechos, para en su lugar otorgársela a un dicho de referencia que lo ubica en la caseta de coca-cola, se habría absuelto a su prohijado, máxime cuando los coprocesados Pedro Villamizar Peña y Lendis Nolberto Antolinez Capacho “dicen que no conocen ese señor en ese escenario”. En tales términos, depreca de la Sala se case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo normado en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurso extraordinario de casación tiene la connotación de control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segunda instancia en procesos adelantados por delitos cuando quiera que concurra alguna de las causales expresamente previstas en la misma disposición y siempre que se propenda por la realización de los fines para los cuales está previsto, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia, contemplados en el artículo 180 del mismo estatuto.

Tal condición, como lo tiene decantado la Sala, impone colegir que el medio extraordinario de impugnación no es una instancia más del proceso a la cual se pueda acudir para cuestionar libremente el fallo de segundo grado, ni para reprochar la valoración que de las pruebas efectuaron los falladores a partir de simples discrepancias sobre su mérito suasorio.

Del contenido del artículo 184 ibidem, por su parte, se deduce que los cargos contenidos en la demanda de casación deben contar con una exposición lógica y una mínima argumentación que, además, ha de ser coherente, clara y precisa, en cuanto no es labor de

la Sala, dada la naturaleza rogada del recurso, desentrañar propuestas confusas, ambiguas o ininteligibles. Además, una vez escogida la causal o causales consideradas por el libelista para emprender el juicio de casación, los cargos que se formulen deben desarrollarse siguiendo los condicionamientos de cada una de ellas, y del error que la componga frente al sentido de la violación demandada, dejando entrever que se requiere de pronunciamiento de fondo para satisfacer los fines del recurso a los que se hizo alusión.

A partir de estos presupuestos, anticipa la Sala que la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO debe inadmitirse, para lo cual se analizarán de forma independiente los dos reparos que contiene.

Así, en relación con el primer cargo, soportado en la causal segunda de nulidad, por vulneración al debido proceso a consecuencia de falsa motivación, por las siguientes razones:

Inicialmente, oportuno es recordar que cuando se trata de una propuesta cimentada en la causal segunda de casación, por desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, de manera pacífica y reiterada ha indicado la Sala que, pese a su flexibilidad para demostrarla en comparación con las demás causales de casación, es imperativo identificar claramente el motivo sobre el cual gira la irregularidad advertida, la causal de nulidad que procede como consecuencia de ese defecto, las normas que apoyan la pretensión, la trascendencia que genera, bien en el marco de la estructura del proceso o en el de las garantías fundamentales de quien la invoca, y el momento procesal a partir del cual se debe invalidar la actuación.

Así mismo, también debe aflorar que se justifica acudir a este remedio extremo por cumplirse los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, a saber: taxatividad, acreditación, trascendencia, instrumentalidad de las formas, no convalidación, protección y

residualidad.

Dicho lo anterior, se advierte que el enunciado del cargo, concerniente a defectos de motivación, se acompasa con una circunstancia que irradia de nulidad una decisión, por violación del debido proceso, mas su desarrollo ulterior no solo se aleja de dicho cometido, sino que no es viable en esta sede.

Como primera medida, la propuesta en toda su extensión controvierte la argumentación brindada por la juez cognoscente en la sesión de juicio oral de 28 de marzo de 2017 por medio de la cual resolvió la solicitud de la fiscalía encaminada a la incorporación como de prueba de referencia de declaraciones anteriores de Osmari Téllez Palomino, tachándola de falsa, pero olvida que la decisión objeto de impugnación del recurso extraordinario de casación es la sentencia de segunda instancia, frente a cuya motivación no hace ningún comentario. Menos aún precisa por qué el defecto de motivación que achaca a dicha determinación adoptada en el juicio afectó, como lo enfatiza, la estructura del debido proceso.

Los defectos de motivación de la sentencia de segunda instancia, que se integra como una unidad al fallo de primer nivel cuando coinciden en lo decidido, desde luego que, bien está precisarlos, son censurables en sede de casación, según lo tiene decantado la Sala, ya sea porque se evidencia (i) ausencia absoluta de motivación, (ii) motivación incompleta o deficiente, (iii) motivación ambivalente o dilógica y (iv) motivación sofística o falsa, toda ellas constituyendo efectivamente transgresión del debido proceso. También se ha dicho que las tres primeras se enmarcan en el concepto de errores in procedendo mientras la última en uno in iudicando.

En la primera modalidad, el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; en la segunda, omite analizar alguno de los aspectos señalados o los motivos aducidos son precarios; en la tercera, las

contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación adoptada en la resolutive; y, en la cuarta, la motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad demostrada en el proceso.

Sobre esta última modalidad a la que acude el libelista, de antaño tiene dicho la Sala (SP, feb. 9 de 2005, rad. 14892. Reiterada, entre otras, en AP1101, mar. 16 de 2018, rad. 51743, que “podría ocurrir al comparar la conducta con las normas que la adecúan, o en el ejercicio de valoración probatoria, lo cual comporta la violación directa o indirecta de la ley, según el caso. De ahí que, en eventos como el presente, donde se yergue en falsa motivación la disparidad de criterios entre el libelista y el Tribunal Superior respecto de la fuerza demostrativa del acopio probatorio, es evidente que no se está ante una causal de nulidad, ni así podía postularse, sino frente a un equivocado cuestionamiento de las reflexiones del juzgador, tema que ha debido ventilarse a través de la causal primera, demostrando la incursión en errores de hecho o de derecho” (subrayas fuera de texto).

Sea como fuere, es claro que la inconformidad del censor se sitúa en el plano probatorio, mas no, se insiste, de la sentencia impugnada, sino de la decisión referida tomada en el juicio, dado que en los fallos de instancia no se abordó lo concerniente a la supuesta aducción indebida como prueba de referencia de las manifestaciones anteriores de Osmari Téllez Palomino, sino que simplemente se entró a valorar su contenido, pero aún si el ataque se hubiera dirigido contra una eventual argumentación de la sentencia sobre ese punto, tampoco era correcta la vía seleccionada de la nulidad, sino la causal tercera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, abogando, de acuerdo con su planteamiento, por un error de derecho por falso juicio de legalidad, en atención a que no se habrían cumplido los presupuestos legales de admisión excepcional de la prueba de referencia, contemplados en el artículo 438 del estatuto procesal y, más específicamente, los de su literal b.

Con todo, no se advierte que la admisión de las declaraciones anteriores de Osmari Téllez Palomino como prueba de referencia haya sido incorrecta, pues, como lo adujo la jueza cognoscente¹⁵, con fundamento en jurisprudencia de la Sala (SP320150, sep. 14 de 2019, SP27477 y SP41657), la situación que planteó la fiscalía se encasilla en un evento similar a cuando el testigo es víctima de un delito de secuestro o desaparición forzada, como lo es su desaparición voluntaria o actos voluntarios que realiza para no estar disponible en juicio, lo que también consulta con la jurisprudencia vigente de la Sala (entre otras, SP4763, nov. 11 de 2020, rad. 49187; SP931, may. 20 de 2020, rad. 55406 y SP5523, dic. 12 de 2019, rad. 45879).

Así lo estimó la funcionaria a partir del informe de los miembros del GAULA que tuvieron a cargo la conducción infructuosa de la testigo, cuyo comportamiento renuente se originó más en la posibilidad de amenazas en su contra, como también lo expuso la jueza en su decisión a partir de lo manifestado por los testigos Gonzalo Holguín y Erigoberto Pacheco, quienes fueron conducidos para que rindieran sus testimonios en la sesión de juicio oral de noviembre 29 de 2016 expresando el temor que sentían, y como también así lo refirió el a quo ya en concreto respecto de Osmari Téllez Palomino:

“Esta entrevista tuvo que ser incorporada al juicio oral como prueba de referencia, mediante el testimonio del suboficial Peña Santana, toda vez que la testigo tuvo que ser conducida en una oportunidad al juicio oral, pero no fue posible practicar su testimonio ante la inasistencia de uno de los abogados defensores, y después de esto, no fue posible lograr su comparecencia, pero ya se le había tomado una entrevista el 26 de octubre del 2015, donde informó que el 10 de octubre de ese año, había ido a buscarla una mujer a su lugar de trabajo y le enseñó una foto de una de las personas que ella ya había señalado en el reconocimiento fotográfico practicado, diciéndole que no lo fuera a reconocer, que ella era la mamá, por lo cual se sentía atemorizada y tuvo que cambiar de lugar de residencia (prueba documental No. 15)”¹⁶.

De cualquier forma, este cuestionamiento circunscrito a la prueba de referencia vertida por Osmari Téllez Palomino carece de trascendencia en cuanto la responsabilidad penal de LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO también se sustentó en otros medios de prueba que el casacionista sí ataca en el siguiente reparo, como los indicios relacionados con el grado de confianza de este con el coprocesado Pedro Villamizar Peña, a partir de lo atestiguado por José Iván Peña Santana y de oportunidad para delinquir, y lo reseñado por la aludida testigo de referencia, los deponentes Gonzalo Holguín y Erigoberto Pacheco y los videos y fotogramas que lo vinculan con el transbordo de la mercancía hurtada a otro vehículo¹⁷.

En virtud de las falencias anotadas, conforme se anunció, se inadmitirá esta censura.

Ahora, en lo atinente a la segunda censura, por la causal de violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho por falso juicio de identidad que generaron la aplicación indebida de los tipos penales de hurto calificado agravado y porte de arma de fuego agravado por los que fue condenado su patrocinado, se llega a la misma conclusión.

Ello, para comenzar, ante la falta de precisión y claridad de la fundamentación del reparo, pues aunque en su mayor parte refiere al yerro de valoración probatoria en que habría incurrido el fallador, a la par aduce, en relación concretamente con la responsabilidad de MOGOLLÓN OSORIO por el delito contra la seguridad pública, que no era viable atribuirle bajo la figura de la coautoría por la cual se determinó su responsabilidad en este ilícito, reproche que no encaja en la causal alegada, sino en la primera por violación directa de la ley sustancial, en la medida en que no discute el aspecto fáctico que soporta la responsabilidad a título de coautor de su defendido, sino que bajo este grado de participación no es posible imputar el delito en cuestión. A más de que esta propuesta al interior del mismo reparo desconoce el principio de autonomía de las causales que rige la actividad casacional y que imponía su proposición en un cargo separado, tampoco expresa las razones en que sustenta esa crítica.

Por otro lado, cabe señalar que, según lo tiene pacíficamente decantado esta Sala, el yerro de apreciación probatoria invocado por el demandante, esto es, error de hecho en su arista de falso juicio de identidad, concierne fundamentalmente a la contemplación objetiva de los medios de convicción que surge luego de confrontar su expresión fiel con lo consignado por el sentenciador acerca de ella, deformación que, además, debe recaer sobre prueba determinante frente a la decisión adoptada.

Desde esa perspectiva, resulta necesario para quien propone esta clase de error, ante todo, individualizar o concretar la prueba sobre la cual recae el supuesto yerro; luego, evidenciar cómo fue apreciada por el fallador señalando de qué forma esa valoración tergiversa o distorsiona su contenido material, esto es, puntualizando la supresión o adición de su contexto real para de allí inferir que se alteró su sentido, valga decir, poniéndola a decir lo que no expresa fielmente.

Acto seguido, se ha de establecer la trascendencia del yerro frente a lo declarado en el fallo, es decir, concretar por qué la sentencia ha de mutarse a favor del demandante, ejercicio que lleva inmersa la obligación de demostrar que el fallo impugnado no se puede mantener con fundamento en las restantes pruebas que lo sustentan. Y, finalmente, se debe demostrar que con el defecto de apreciación se vulnera una ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida.

Pues bien, nada de ello se asemeja a lo esbozado por el demandante, ya que en toda su extensión el debate que propone en esta censura se restringe a exponer su subjetiva percepción sobre cómo han debido valorarse los diversos medios de prueba en los que se fincó el juicio de responsabilidad en contra de su prohijado por los dos delitos por los que fue acusado, lo cual carece de entidad para derrocar la doble presunción de acierto y legalidad que gobierna al fallo impugnado. Recuérdese que cuando lo pretendido es discutir en torno a la credibilidad que ofrecen los medios de prueba, solo es viable el ataque por la vía del llamado error de hecho por falso raciocinio, siempre que se logre demostrar que en

esa valoración se desconocieron postulados de la sana crítica (reglas científicas, postulados de la lógica o máximas de la experiencia), ejercicio que tampoco acomete en el cargo.

De esa forma se advierte que las recurrentes referencias del censor a la adición de los diferentes medios de convicción para justificar el falso juicio de identidad, no son otra cosa que las conclusiones sobre su valoración a las que llegaron los sentenciadores, con las cuales, obviamente, está en desacuerdo, pero que no fueron producto de una alteración material de su contenido.

A lo expuesto debe añadirse que deviene intrascendente el cuestionamiento probatorio que emprende contra la declaratoria de responsabilidad por el reato de porte ilegal de armas de fuego agravado, en el sentido de que solo obra la declaración del único testigo presencial y víctima Janny Mauricio Díaz Ardila, porque únicamente identifica al enjuiciado Pedro Villamizar como la persona que esgrimió el artefacto, sin que describiera tampoco sus características esenciales.

Frente a lo primero, omite que el juicio de reproche en contra de su patrocinado se edificó a título de coautor impropio en virtud de distribución funcional, ante lo cual es irrelevante que no haya portado materialmente en el arma, como se ilustra en los fallos de instancia. Y, respecto de lo segundo, porque para la imputación de dicho delito no es imprescindible la determinación de sus especificaciones, máxime cuando, por lo general, las víctimas no están en capacidad de brindar esa información en los casos en que no es incautada, lo cual también iría en contravía del principio de libertad probatoria del artículo 373 del estatuto procesal, en cuanto “[L]os hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”. En este caso, como lo señalaron los juzgadores de instancia, para acreditar el empleo del arma de fuego por parte del procesado Pedro Villamizar bastó con lo señalado de manera coherente por la víctima Janny Mauricio Díaz Ardila, también estando probado, en cuanto fue objeto

de estipulación, que no contaba con permiso para su porte.

De la misma manera resulta intrascendente el reparo, ya en torno al compromiso de su prohijado en el reato de hurto calificado agravado, sobre la base de que no es suficiente lo aseverado por el mencionado Janny Mauricio Díaz Ardila, dado que únicamente reconoció a Pedro Villamizar de haber participado en su comisión y solo describió a otra persona que intervino por su estatura, pues con ello, como el mismo censor lo admite, vuelve a dejar de lado que la responsabilidad de MOGOLLÓN OSORIO se erigió a título de coautor y que a tal conclusión se arribó por vía indiciaria, y no por señalamiento directo de algún testigo, como considera erradamente que es la única forma de demostrarlo.

Este argumento, por demás, lo emplea el censor de forma reiterada, también para censurar que los testigos Gonzalo Holguín Quintero y Erigoberto Pacheco Gualdrón no identificaron a MOGOLLÓN OSORIO dentro del parqueadero en el que se intentó el transbordo de la mercancía sustraída, lo que no es relevante porque el hecho indicador que sustentó el indicio estructurado en su contra, se cimentó en los videos y fotogramas que se obtuvieron del lugar donde se pretendió descargar el alijo y en lo declarado por Osmari Téllez Palomino, quien también lo ubicó en inmediaciones del lugar. Así lo indicó el tribunal:

“...[A]l estudiar las cintas de seguridad se aprecia en múltiples fotogramas cuando (LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO) desciende del Mazda Coupe, cruza palabras con los ocupantes del otro vehículo e, incluso, interactúa con Pedro Villamizar Peña, situación que corrobora -contrario a lo expresado por la defensa- que estas dos personas tenían cierto grado de confianza, sin que sea dable afirmar que la captura sucedida días atrás y estar juntos en el parqueadero corresponde a una simple casualidad, máxime si Osmari Reyes Palomino lo reconoció fotográficamente como una de las personas que estuvo el 19 de enero de 2015 en su negocio de comidas hablando de forma nerviosa con ‘Cabeza de marrano’ y luego ingresó al parqueadero Multidiesel donde tenían el camión guardado, si bien su versión no pudo corroborarse en el juicio oral y solo se toma como prueba de

referencia, por lo que su presencia en el parqueadero emerge como hecho indicador del cual se puede inferir su cercanía con Pedro Villamizar Peña. (...)

Entonces, los medios de convicción recopilados dejaron en evidencia que cumplió unas funciones específicas derivadas de la coautoría, pues dichos relatos se concatenaron entre sí con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, guardan coherencia con lo observado por los testigos presenciales y ubicaron a dicho procesado en la escena del trasbordo, tal como quedó registrado en los videos de seguridad; los hechos indicadores en este caso revelaron en forma cierta e inequívoca su participación, pues a la luz de las reglas de la experiencia y la lógica generaron indicios graves, dado que el nexo entre unos y otros es racional e inmediato, permite concluir el alto grado de probabilidad entre causa y efecto, demostrada la primera a raíz de la segunda, sin que obren otras hipótesis válidas al respecto”¹⁸.

Además, no es de recibo aducir que se adicionó el dicho de los aludidos testigos por lo que el sentenciador extrajo de otros medios de prueba, como los videos, fotogramas y la declaración de Reyes Palomino, con lo cual desconoce el principio de corrección material. Tampoco es posible colegir la adición de estos documentos a partir de la escueta afirmación genérica de que su baja calidad no permitía confirmar la presencia de su asistido en el parqueadero, sin ningún desarrollo encaminado a demostrarlo, más como una percepción subjetiva sobre su fiabilidad inaceptable, según ya se dijo, en esta sede.

Finalmente, frente a sus reclamos a la prueba de referencia constituida por las declaraciones anteriores de Osmari Téllez Palomino, dígame que además de que los juzgadores fueron conscientes de sus limitaciones en cuanto no se constituyó en el fundamento exclusivo de la condena, tampoco fue adicionada, pues jamás se señaló que ella identificó a MOGOLLÓN OSORIO al momento del transbordo de la mercancía, con lo cual nuevamente el demandante desconoce el principio de corrección material.

A la par, también resulta intrascendente que esta prueba se haya utilizado para sustentar

que el procesado estuvo presente en el lugar de intento de transbordo de los bienes hurtados, pues, acorde con lo consignado en la sentencia impugnada, ese hecho básicamente se soportó en los videos y fotogramas obtenidos.

Como la censura, según ya se indicó, se limita a una vana confrontación del criterio personal del procesado sobre el mérito de las pruebas con el expuesto en la sentencia, adicional a que algunos de sus planteamientos carecen de trascendencia y desconocen el principio de corrección material, se dispondrá su inadmisión.

En suma, ante la ausencia de adecuado desarrollo argumentativo de los motivos propuestos por el recurrente y sin que se advierta necesario afianzar en este asunto los fines del recurso, lo procedente es inadmitir la demanda de casación, decisión frente a la cual procede el mecanismo de insistencia según lo dispuesto en el artículo 184-2 del Código de Procedimiento Penal y las reglas definidas por la Sala con tal finalidad en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322 y de acuerdo al plazo precisado en CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42597.

RESUELVE

1.- INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS EDUARDO MOGOLLÓN OSORIO.

2.- ADVERTIR que contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

Notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- | | | |
|----|--------|----------------------|
| 1 | Folios | 12 y ss. del c.o. 1. |
| 2 | Folios | 27 y ss. ídem. |
| 3 | Folio | 42 y ss. ídem. |
| 4 | Folios | 68 y ss. ídem. |
| 5 | Folios | 78 y 79 ídem. |
| 6 | Folio | 88 ídem. |
| 7 | Folios | 90 y 91 ídem. |
| 9 | Folios | 111 y 112 ídem. |
| 10 | Folios | 171 y 172 ídem. |

11 Folios 183 y 184 ídem.

12 Folios 204 y 205 ídem.

13 Folios 266 y 267 ídem.

14 Folios 47 y 48 del c.o. 2.

15 A partir del récord 35'49'' de la sesión de juicio oral de 28 de
marzo de 2017.

16 Pág. 21 de la sentencia de primera instancia.

17 Fols. 151 vto. y ss. del c. del Tribunal, correspondiente al fallo de
segunda instancia y pág. 37 de la sentencia de primer grado.

18 Fols. 152 y 152 vto. del c. del tribunal.