PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP16564-2016

Radicación n° 44113

(Aprobado Acta n° 360)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de ARMANDO DÍAZ BENITEZ en contra del fallo proferido el 7 de mayo de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que confirmó la sentencia condenatoria emitida el 16 de julio de 2012 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz del Río.

HECHOS

El 16 de octubre de 2011, aproximadamente a las 10:00 de la mañana, ARMANDO DÍAZ BENÍTEZ fue

sorprendido por una patrulla policial que realizaba labores de vigilancia y control, portando un revólver calibre 22, apto para disparar, sin contar la respectiva autorización.

Los hechos ocurrieron en el municipio de Socotá, en un establecimiento abierto al público ubicado en la carrera 3ª Nro. 4-78, donde el procesado se encontraba ingiriendo bebidas alcohólicas en compañía de varios amigos.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 17 de octubre de 2011 la Fiscalía le imputó a DÍAZ BENITEZ el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones (Art. 365 C.P). El primero de febrero de 2012 lo acusó bajo las mismas bases fáctica y jurídica.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 16 de julio de 2012 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz del Río condenó a ARMANDO DÍAZ BENITEZ a las penas de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, por el término de 9 años.

La sentencia fue apelada por la defensa bajo el argumento de que las pruebas practicadas durante el juicio oral no permiten inferir que DÍAZ BENITEZ era quien portaba el arma de fuego. El siete de mayo de 2014 el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la condena.

La defensa de DÍAZ BENÍTEZ interpuso el recurso extraordinario de casación. La demanda fue admitida el 21 de abril de 2016. La audiencia de sustentación se llevó a cabo el 29 de agosto último.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal de casación consagrada en el artículo 181, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, el impugnante plantea que la sentencia condenatoria es producto de un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, como quiera que uno de los elementos estructurales del tipo penal (la inexistencia de autorización para portar el arma de fuego) se demostró con una prueba de referencia incorporada en contravía de las previsiones legales.

Al efecto resalta que: (i) la Fiscalía incorporó como prueba, a través del investigador, la declaración del Sargento Óscar Sánchez Lizcano, quien expresó que el arma incautada no estaba registrada y que el procesado no tenía autorización para portarla; (ii) la declaración del militar constituye prueba de referencia, porque no compareció a declarar al juicio; (iii) esta prueba "*no cumple con los requisitos para su aducción*" y, por tanto, se violó el debido proceso; (iv) la Fiscalía tuvo la posibilidad de obtener el respectivo documento y sin embargo no lo hizo; y (v) el error es trascendente porque no se logró demostrar este

elemento estructural del tipo penal más allá de duda razonable.

SUSTENTACIÓN

Durante la audiencia de sustentación el impugnante se remitió a lo expuesto en la demanda de casación.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación solicitó no casar el fallo impugnado, por el cargo incluido en la demanda, porque: (i) el impugnante carece de interés jurídico para recurrir en casación toda vez que el aspecto que ahora pone a consideración de la Corte no lo alegó en las instancias y, por tanto, el Tribunal no tuvo la oportunidad de analizarlo; (ii) si se acepta que existe ese interés, debe tenerse en cuenta que el aspecto a que hace alusión el impugnante (la falta de autorización para portar el arma) fue acreditado con el testimonio de los policiales en torno a lo que manifestó el procesado cuando se le requirió la autorización para portar el arma de fuego, y el informe ejecutivo incorporado a través del investigador de la Fiscalía, donde consta que telefónicamente se le consultó al sargento Sánchez sobre la existencia de dicha autorización; y (iii) todo bajo el entendido de que el ordenamiento procesal penal está regido por el principio de libertad probatoria.

De otro lado, sugirió a la Corte casar de oficio el fallo, en el sentido de excluir la pena accesoria de prohibición de

ingerir bebidas alcohólicas, porque la misma no fue motivada por los falladores de primer y segundo grado.

El representante del Ministerio Público también solicitó que el fallo no sea casado, porque: (i) el sistema procesal penal está regido por el principio de libertad probatoria; (ii) la ausencia de autorización para portar el arma de fuego se probó con "*la confesión*" que el procesado hizo ante los policiales en el sentido de que no tenía dicho permiso y la llamada que hizo el investigador al sargento Sánchez para corroborar esa situación.

CONSIDERACIONES

Para resolver este asunto, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) estudiará lo atinente a la falta de interés jurídico para recurrir en casación, a que hizo alusión el delegado de la Fiscalía; (ii) analizará la demanda de casación, y (iii) se ocupará de la posibilidad de casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado.

1. El interés jurídico para recurrir en casación

Según se indicó en precedencia, la defensa de ARMANDO DÍAZ BENITEZ apeló la sentencia condenatoria bajo el argumento de que las pruebas practicadas durante el juicio oral no son suficientes para concluir, más allá de duda razonable, que era él quien portaba el arma incautada por los policiales. En esa oportunidad no hizo alusión al asunto que ahora pone a consideración de la Sala, esto es, que uno de los elementos estructurales del delito (la falta

de autorización para portar el arma) se acreditó con prueba de referencia inadmisible.

Sobre la demostración de ese elemento en particular, el Juzgado manifestó que:

> *El arma no está registrada en los archivos nacionales y el procesado tampoco tiene permiso para portarla, tal como informó el investigador Duván Daniel Muñoz con quien se incorporó el informe ejecutivo FPJ del día siguiente a la ocurrencia de los hechos, el que fuera admitido como evidencia Nro. 3 de la Fiscalía, allí se lee que se llamó al sargento viceprimero Óscar Suárez Lizcano, jefe del área de armamento de la ciudad de Bogotá, quien puso de presente esa falta de registro y de permiso para su porte.*

En el mismo sentido, el Tribunal expresó que

> *Desde cualquier punto de vista que se le mire, no queda duda sobre el porte del arma por parte del acusado ARMANDO DÍAZ BENITEZ, pues él mismo lo aceptó cuando se le preguntó por los papeles y respondió que no los tenía, pero admitió que el arma o no era suya o se la habían dado a guardar, y en cuanto a que no contaba con el respectivo permiso o salvoconducto, según el informe ejecutivo, se trata de un arma no registrada en los archivos oficiales, es decir, suya o de otro, que no tiene "papeles" que permitieran su porte.*

Frente al alegato expuesto en casación (la ilegalidad de la prueba utilizada para demostrar la ausencia de permiso para portar el arma), puede afirmarse que: (i) está orientado a rebatir el fallo condenatorio, tal y como se hizo al sustentar el recurso de apelación; (ii) la impugnación se

mantiene en el sentido de cuestionar las pruebas que soportan la condena; (iii) en su momento el apelante no manifestó, ni expresa ni tácitamente, estar conforme con lo resuelto por el Juzgado frente a este aspecto; (iv) se trata de un tema subsidiario frente al planteamiento principal (el procesado no era quien portaba el arma). A ello se aúna que, sin duda, la confirmación de la sentencia condenatoria es contraria a los intereses del procesado.

En casos como este, es razonable asumir que el apelante optó por plantear únicamente la argumentación que sirve de soporte a la postura principal (***el acusado no era quien portaba el arma***), "*por razones de coherencia argumentativa*", mas no porque estuviera conforme con lo resuelto por el Juzgado en torno a un aspecto cuyo debate sólo era pertinente si se resolvía desfavorablemente, como en efecto ocurrió, la pretensión principal (***no se demostró con prueba legalmente practicada que el procesado no tenía autorización para portar el arma***).

Dicho de otra manera, por alegar únicamente que su representado no era quien portaba el arma, no perdió el interés jurídico para recurrir en casación bajo el argumento de que otro elemento estructural de la conducta punible se acreditó con prueba practicada ilegalmente.

Así, no es dable aceptar lo que propone el delegado de la Fiscalía General de la Nación en torno a la ausencia de interés jurídico para recurrir en casación, porque ello daría lugar a la afectación injustificada del derecho a la

impugnación, según la jurisprudencia de esta Corporación. Tampoco es de recibo lo que expresa en el sentido de que el Tribunal "no tuvo oportunidad" de pronunciarse frente al asunto que ahora se pone a consideración de la Sala, porque, según la transcripción que se hizo en párrafos precedentes, en el fallo de segundo grado se dijo expresamente que la ausencia de autorización para portar el arma se demostró con los datos contenidos en el informe ejecutivo, principalmente con la llamada que se le hizo al sargento Sánchez Guarnizo.

Sobre el sentido y alcance del interés jurídico para recurrir en casación, en el ámbito de la "unidad temática", en la decisión CSJ SP, 27 Agost. 2003, Rad. 17160, la Sala dejó sentado que:

> *El ejercicio del derecho de impugnación presupone, por principio, que quien pretende ejercerlo haya sufrido un agravio con la decisión. Cuando este presupuesto se cumple, existirá interés para recurrir. En caso contrario, se carecerá del mismo. La decisión causa agravio cuando es desfavorable en todo o parte al sujeto, y no lo ocasiona, cuando en totalmente favorable. El interés para recurrir puede perderse por renuncia a su ejercicio. Esto ocurre cuando el sujeto agraviado con la decisión no la protesta. En dicho supuesto, se entiende que la consiente, y por tanto, que no le es dado discutirla en estadios procesales superiores.*
>
> *En aplicación de estos principios, la Corte ha venido sosteniendo que cuando la sentencia de segunda instancia es de carácter confirmatorio, se impone, para la procedencia de la impugnación extraordinaria, el cumplimiento de las siguientes condiciones: (1) que el fallo de primer grado sea desfavorable en todo o parte al*

sujeto que pretende acceder en casación; (2) que dicho sujeto haya interpuesto en su contra recurso de apelación; y (3) que los aspectos impugnados en casación guarden identidad temática con los que fueron objeto de la apelación.

Esta última exigencia se fundamenta en la consideración de que el impugnante renuncia también al interés para recurrir, aunque en forma parcial, cuando siendo la decisión desfavorable, impugna unos aspectos y consiente otros. En estos casos, ha sido dicho, solo le es permitido impugnar en sede extraordinaria los puntos que fueron objeto de cuestionamiento a través de la apelación, salvo que se trate de nulidades, o de fallos consultables, hipótesis en las cuales la Corte ha reconocido la procedencia de la casación, independientemente de que el fallo de primera instancia haya sido o no apelado, o del motivo de la apelación invocado.

El criterio de identidad temática, al cual ha acudido la Corte para establecer si el impugnante tiene o no interés para recurrir, no es sin embargo absoluto ni matemático. Es un método de ayuda que tiene cabal aplicación para afirmar la existencia de interés cuando se establece adecuada correspondencia entre los aspectos apelados y los que son objeto de la casación, pero que resulta insuficiente para concluir en la inexistencia de interés cuando dicho presupuesto no se cumple.

Esto, porque existen casos en los cuales la impugnación de un determinado aspecto no necesariamente comporta la aceptación, ni la renuncia a la discusión de otros, que no son cuestionados por razones de coherencia argumentativa, o porque la alternativa de ataque escogida por el apelante resulta comprensiva de ellas. Veamos, para ilustrar el punto, dos ejemplos totalmente contrapuestos, frente a una sentencia de carácter condenatorio: 1. La defensa discute en la apelación el reconocimiento de una circunstancia atenuante, y en casación la responsabilidad del acusado por ausencia de antijuridicidad de la conducta. 2. La

defensa discute en la apelación la responsabilidad del procesado por ausencia de antijuridicidad de la conducta, y en casación la existencia de la diminuente punitiva.

Si se confrontan los aspectos de la apelación y los de la casación en los dos casos, se concluye que en ninguno existe identidad temática. ¿Pero resulta válido afirmar, por este solo hecho, que la defensa carece en ambos de interés para recurrir? Desde luego que no. La renuncia al interés para impugnar un determinado aspecto de una decisión se presenta, como ya se dejó visto, cuando el impugnante lo consiente, ya de manera expresa, ora de manera tácita. Esta situación solo sería predicable en el primer caso, donde el apelante plantea reconocimiento de la atenuante, pues si se opta por cuestionar exclusivamente la punibilidad, ha de entenderse, en lógica jurídica, que se acepta la declaración de responsabilidad que la sentencia contiene.

En el segundo caso, la situación es distinta. Si el sujeto impugna la declaración de responsabilidad, no resulta razonable afirmar que acepta la tasación de la pena. Todo lo contrario, supone que la rechaza, si se toma en cuenta que para su aplicación es condición necesaria que el procesado sea declarado responsable. En este ejemplo, el aspecto de la apelación resulta comprensivo del discutido en casación, y esta circunstancia habilita el sujeto para impugnar el de menor contenido sustancial en casación, por encontrarse dentro del ámbito de extensión del tema apelado, y porque la falta de impugnación ante al quo no implica, de suyo, expresión de conformidad.

Esta postura de la Corte no es nueva. En sentencia de 14 de diciembre de 1999, con ponencia del Magistrado doctor Gálvez Argote, la Sala declaró la existencia de interés para recurrir en casación frente a un caso donde el impugnante discutió en la apelación la declaración de responsabilidad, y en casación planteó la atenuante de la ira (Rad. 12343). Y más recientemente, en sentencia de 10 de abril del presente año, con

ponencia del Magistrado doctor Ramírez Bastidas, hizo igual declaración frente a un caso donde el recurrente impetró en apelación la absolución del procesado, y en casación la dosificación de la pena. En esta segunda oportunidad, se hicieron las siguientes precisiones:

"Aunque podría afirmarse que el defensor carece de interés jurídico para la formulación de esta censura, porque su objeto, que es la tasación punitiva, no fue materia de reclamo a través del recurso de apelación y en ese medida la segunda instancia no hizo ningún pronunciamiento sobre el particular al limitarse al tema de la impugnación, lo cierto es que no se puede considerar que haya renunciado con la alzada a la discusión de la pena.

"La razón es sencilla. Si la controversia que le planteó a la segunda instancia fue eminentemente probatoria y la encaminó a lograr la absolución de su representado, es evidente que al rechazar declaración de responsabilidad penal se opuso a la imposición de la pena, con lo cual dejó a salvo el interés para impugnar este aspecto del fallo a través del recurso de casación, aún en el evento de que decidiera renunciar -como en efecto lo hizo- a discutir en el mismo escenario el sentido de la sentencia".

En consecuencia, la Sala considera que el impugnante tiene interés jurídico para recurrir en casación. En consecuencia, analizará el cargo propuesto en la demanda.

2. Análisis de la demanda de casación

Para acometer esta tarea se seguirá el siguiente orden temático: (i) los principios de libertad probatoria y de legalidad de la prueba; (ii) la determinación de si la declaración del sargento Óscar Sánchez Guarnizo constituye o no prueba de referencia; (iii) las

manifestaciones del procesado durante el procedimiento de control que dio lugar a su captura; (iv) el error cometido por el Juzgado y el Tribunal; y (v) la trascendencia de ese yerro.

2.1. Los principios de libertad probatoria y de legalidad de la prueba

No admite discusión que el ordenamiento procesal penal está regido por el principio de libertad probatoria, tal y como lo sostienen el Delegado de la Fiscalía General de la Nación y el representante del Ministerio Público. Ese principio está consagrado expresamente en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004:

> *Libertad. Los 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 científico, que no viole los derechos humanos.*

Sin embargo, la libertad en la escogencia de los medios de prueba es una facultad que debe ejercerse en el marco de los requisitos constitucionales y legales de cada uno de ellos, que, valga recordarlo, no constituyen formalismos carentes de contenido, sino la forma como se regulan las garantías judiciales mínimas del procesado y, en general, el debido proceso, como expresiones básicas de la judicialización en un sistema democrático.

Así, por ejemplo, si la parte opta por fundamentar su pretensión en evidencias físicas, debe demostrar que el elemento es lo que propone según su teoría del caso (CSJ

SP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916), sin perjuicio de los demás requisitos establecidos para esos medios de prueba; si se inclina por la prueba testimonial, debe tener en cuenta, entre otras cosas, que por regla general los testigos deben comparecer al juicio oral y que, por tanto, la admisión de prueba de referencia es excepcional; etcétera.

En virtud del principio de libertad probatoria es posible sustentar la teoría de caso con "*prueba directa*"[1] o a través de "*indicios*". Sobre el tema que ocupa la atención de la Sala (la demostración de la falta de autorización para portar el arma de fuego), en otras ocasiones se ha precisado que puede hacerse a través de inferencias (CSJ SP, 01 Feb. 2015, Rad. 44364, entre otras).

En este caso, la Fiscalía no obtuvo la certificación oficial sobre la inexistencia de autorización para portar armas de fuego, y optó por demostrar ese elemento estructural del delito con la declaración rendida telefónicamente por el sargento Óscar Sánchez Guarnizo, a lo que se aúnan las manifestaciones del procesado durante el procedimiento de captura.

El impugnante plantea que la declaración del señor Sánchez constituye prueba de referencia, porque éste no compareció al juicio oral.

[1] Bajo el entendido de que este concepto tiene varias significados, para la explicación que se pretende se parte de que es prueba directa la que tiene un vínculo inmediato con el hecho jurídicamente relevante: por ejemplo, el testimonio de quien vio disparar, secuestrar, etc.

2.2. La determinación de si la declaración del sargento Sánchez Guarnizo constituye o no prueba de referencia

De tiempo atrás esta Corporación ha precisado el concepto de prueba de referencia, a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004. Ha resaltado que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 6 Mar. 2008, Rad. 27477; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

También ha hecho hincapié en la estrecha relación entre el concepto de prueba de referencia y el ejercicio del derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras), al punto que la posibilidad o no de su ejercicio constituye uno de los principales parámetros para establecer en qué eventos una declaración anterior al juicio oral encaja en la definición del artículo 437.

En los pronunciamientos atrás citados se estableció la necesidad de diferenciar la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral, que se presenta en este escenario como medio de prueba...), de los medios de conocimiento utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior. A manera de ejemplo, se dejó sentado que si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la

existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga "conocimiento personal y directo" de esa situación.

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.

A lo anterior debe sumarse que el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de

referencia sea excepcional y sólo procede en los eventos allí regulados. Frente a este tema, la Sala ha emitido varios pronunciamientos, principalmente sobre la interpretación del literal b de dicha norma, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como "similares" a los allí previstos (CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, entre otras).

Según lo anterior, no cabe duda de que lo expuesto por el sargento Óscar Sánchez Lizcano constituye prueba de referencia, en la medida en que: (i) se trata de una declaración, pues el testigo, con la intención de que fuera tomado como cierto, se refirió a unos hechos en particular (el arma no estaba registrada y el procesado no cuenta con autorización para portar ese tipo de artefactos); (ii) rendida por fuera del juicio oral, pues la misma fue recibida telefónicamente por el policía judicial, en la fase de investigación; y (iii) que se llevó al juicio oral como medio de prueba de uno de los elementos estructurales del delito.

Mirado desde la perspectiva del derecho a la confrontación, es evidente que la Fiscalía pretendió acreditar un elemento de la conducta punible con prueba testimonial, pero por la forma como la misma fue introducida (anexa al informe ejecutivo, que fue incorporado a través del policía judicial), le quitó a la defensa la posibilidad de controlar el interrogatorio, contrainterrogar al testigo, etcétera.

Sin mayor esfuerzo puede concluirse que la declaración del señor Sánchez se incorporó en contravía de la reglamentación constitucional y legal que rige la prueba testimonial, porque no se alegó (ni se avizora) que el testigo se hallara en alguna de las circunstancias excepcionales consagradas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

De esa manera, la ilegalidad de la prueba es ostensible, porque la norma en cita dispone que "**únicamente** es admisible la prueba de referencia" cuando se presente alguno de los eventos allí regulados.

En este caso la irregularidad merece un mayor reproche, porque la Fiscalía, en lugar de presentar una evidencia de fácil obtención y que suele ser especialmente confiable (el documento público en el que se certifica la inexistencia de la autorización para portar el arma), optó, por desidia o desconocimiento, por un medio de prueba (testimonial), con total desapego de las normas que rigen su práctica.

Lo anterior no puede confundirse con un sistema de "*prueba legal*", en virtud del cual este elemento de la conducta punible obligatoriamente deba ser acreditado con la certificación oficial. Lo que se quiere resaltar es que las partes, al elegir los medios de prueba con los que pretenden sustentar su teoría del caso, deben analizar los requisitos de admisibilidad, sin perjuicio del estudio de la suficiencia para alcanzar el nivel de conocimiento establecido por el legislador para cada decisión en particular.

Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que "***únicamente*** *se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento*", y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial.

Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por la fallas del juez en su rol de director del proceso.

2.3. Las manifestaciones del procesado durante el procedimiento de control que desencadenó su captura

El delegado del Ministerio Público plantea que lo manifestado por el procesado a los policiales momentos previos a su captura, en el sentido de que *"no portaba" o "no tenía ningún documento del arma"*, debe tenerse como una ***"confesión"***, que, aunada a lo declarado telefónicamente por el sargento Sánchez, demuestran más allá de duda razonable que ARMANDO DÍAZ BENÍTEZ no tenía permiso para portar el artefacto que le fue incautado.

De aceptarse, como lo propone el Procurador, que el procesado hizo una declaración por fuera del juicio oral, en la que acepta, en todo o en parte, su participación en la conducta punible por la que fue acusado, habría que considerar lo siguiente:

En la Ley 906 de 2004, a diferencia de la Ley 600 de 2000 y los ordenamientos procesales que le precedieron, la confesión no está regulada como un medio de prueba autónomo. En el nuevo ordenamiento procesal penal la declaración del procesado se rige por las reglas generales de la prueba testimonial, con las salvedades hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2005 sobre los efectos del juramento y, en general, el sentido y alcance del derecho constitucional a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

En este orden de ideas, si la Fiscalía pretende incorporar ***como medio de prueba*** una declaración rendida por el acusado por fuera del juicio oral, debe asumir cargas como las siguientes: (i) explicar las razones

fácticas y jurídicas que justifican la admisibilidad de la declaración; (ii) demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) descubrirla oportunamente y solicitarla como prueba (sin perjuicio de que deba adelantar idéntico procedimiento frente a los medios de conocimiento que pretende utilizar para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior), entre otras.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores del acusado para impugnar su credibilidad y/o refrescar su memoria, cuando éste comparece como testigo al juicio oral.

Así, de aceptarse la tesis que plantea el delegado del Ministerio Público, esto es, que se trata de una declaración en la que el procesado confesó su participación en la conducta delictiva, esa declaración no podría ser valorada, porque no se incorporó con apego a las normas constitucionales y legales que rigen la prueba testimonial.

Sin embargo, es evidente que ni los agentes captores actuaron con el propósito de interrogar a DÍAZ BENÍTEZ para obtener su declaración y eventual confesión de un delito (se limitaron a verificar si tenía o no el salvoconducto), ni el procesado hizo la manifestación con la intención de dar su testimonio frente a un determinado hecho histórico (se limitó a reaccionar ante el pedido de los policiales), ni la Fiscalía pretendió incorporar esas manifestaciones como una declaración (se limitó a

interrogar a los policiales sobre las circunstancias que motivaron la aprehensión de ARMANDO DÍAZ).

Así, la aseveración (que no declaración) que hizo el procesado hace parte de su ***reacción y comportamiento*** durante el proceso de control realizado por los policiales que a la postre lo privaron de la libertad. Ello se deduce sin mayor esfuerzo de lo expuesto por el policial Andrés Villamizar Martínez:

> *Tenía un arma de fuego en sus manos. Le pregunté por el respectivo salvoconducto del arma, el señor me manifestó que no portaba ningún documento del arma (...) le pregunté por el salvoconducto y me dijo que no tenía ningún documento del arma de fuego*[2].

En consecuencia, esas manifestaciones no pueden tenerse como "*prueba directa*"[3] de la responsabilidad del procesado, sino como ***datos*** a partir de los cuales el fallador debe realizar un ***proceso inferencial*** frente a ese aspecto puntual del tema de prueba.

2.4. El error cometido por el Juzgado y el Tribunal

Los falladores incurrieron en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, toda vez que valoraron un medio de prueba (la declaración del sargento Óscar Sánchez), que fue incorporada al juicio oral en

[2] Registro juicio oral. Minutos 25:20 y 31:20.
[3] Según la aceptación de este concepto, referida en otro numeral.

contravía de las reglas que rigen la prueba testimonial, conforme se explicó en el numeral 2.2.

Ello se hace evidente en la motivación de los fallos de primer y segundo grado:

> *(i) Los policiales (...) son enfáticos en sostener (...) que el arma estaba en poder del encartado, quien se encontraba recostado en el mostrador de la tienda y al indagársele por los documentos de la misma, aquel manifestó que no los tenía, razón que motivó la incautación del arma...*
>
> *(ii) El arma no está registrada en los archivos nacionales y el procesado tampoco tiene permiso para portarla, tal y como lo informó el investigador Duván Daniel Muñoz con quien se incorporó el informe FPJ del día siguiente a la ocurrencia de los hechos, el que fuera admitido como evidencia Nro. 3 de la Fiscalía, allí se lee que se llamó al Sargento Viceprimero Óscar Sánchez Lizcano, jefe del área de armamento de la ciudad de Bogotá, quien puso de presente la falta de registro y de permiso para el porte*[4].
>
> *Desde cualquier punto de vista que se le mire, no queda duda sobre el porte del arma por parte del acusado ARMANDO DÍAZ BENITEZ, pues él mismo lo aceptó cuando se le preguntó por los papeles y respondió que no los tenía, pero admitió que el arma o no era suya o se la habían dado a guardar, y en cuanto a que no contaba con el respectivo permiso o salvoconducto, según el informe ejecutivo, se trata de un arma no registrada en los archivos oficiales, es decir, suya o de otro, que no tiene "papeles" que permitieran su porte*[5].

[4] Fallo de primera instancia, folio 37
[5] Fallo de segunda instancia, folio 49

2.5. La trascendencia del error

Para establecer la trascendencia del yerro en que incurrieron el Juzgado y el Tribunal es necesario constatar si los medios de conocimiento legalmente incorporados y practicados durante el juicio oral son suficientes para predicar, más allá de duda razonable, que éste no tenía autorización para portar el arma de fuego.

Ante la imposibilidad de valorar la declaración del sargento Sánchez, por las razones indicadas en los numerales anteriores, no existe ningún medio de prueba que de "*forma directa*" dé cuenta de este elemento estructural del tema de prueba.

Los policiales que la Fiscalía presentó como testigos no tienen conocimiento "*directo y personal*" de este aspecto en particular (art. 402 de la Ley 906). Sólo pueden hacer alusión al comportamiento de Díaz Benítez durante el procedimiento de incautación del artefacto, lo que será analizado más adelante.

De otro lado, los testigos que presentó la defensa únicamente hicieron alusión a que el arma no le fue incautada a DÍAZ BENÍTEZ. En los fallos de primer y segundo grado se concluyó que estos testigos no son dignos de credibilidad, lo que constituye uno de los principales fundamentos de la sentencia condenatoria.

En principio podría afirmarse que como estos testigos declararon que el procesado no tenía ningún vínculo con el arma, es razonable concluir que no tenía autorización para portarla.

Sin embargo, como quiera que los señores Eduardo Rodríguez y Segundo Ormedo Mendivelso únicamente se refirieron a un hecho (DÍAZ BENITEZ no era quien portaba el arma), y en atención a que los falladores de primera y segunda instancias consideraron que sus relatos no son creíbles (conclusión que no admite reparos), no podría ahora considerarse que la información que suministraron frente a ese particular aspecto sí es confiable de cara a estructurar la responsabilidad penal del procesado.

Lo anterior no implica que los testigos presentados por la defensa en ningún caso puedan ser valorados en un sentido que resulte contrario a los intereses del procesado, o que los ofrecidos por la Fiscalía no puedan favorecerle.

Tampoco se descarta la posibilidad de que en los eventos en que un testigo se refiere a varios hechos o circunstancias, el fallador pueda concluir que es creíble únicamente frente a uno o varios de ellos.

Lo que se quiere hacer notar es que el Estado (Jurisdicción) no puede declarar, al tiempo, que un testigo es creíble y no lo es, frente a un mismo aspecto.

Así, la única información con la que se cuenta para establecer si ARMANDO DÍAZ BENÍTEZ tenía o no autorización para portar el arma de fuego es lo declarado por los policiales en torno al comportamiento en los momentos previos a su captura, según lo precisado en el numeral 3 de este fallo.

Según estos testigos, ***durante el proceso administrativo de control***[6] manifestó que no tenía ese tipo de autorización y, consecuentemente, no exhibió el respectivo documento. En el numeral 3 se explicó por qué estas manifestaciones no pueden tomarse como una declaración (confesión), sino como parte del comportamiento del procesado cuando fue requerido por los policiales.

Es lógico concluir que si el procesado tenía permiso para portar el arma, lo hubiera exhibido, pues con ello fácilmente hubiera evitado su captura y posterior encarcelamiento.

La anterior inferencia permite un nivel de conocimiento que, sin duda, es suficiente para ejecutar la medida cautelar (captura) y para orientar el proceso investigativo. Sin embargo, a esta altura del proceso le corresponde a la Sala decidir si de ese dato puede inferirse, más allá de duda razonable, que el procesado no tenía autorización para portar el arma de fuego.

---

[6] Se resalta este punto para aclarar que bajo ninguna circunstancia se está valorando en contra del procesado el hecho de que haya guardado silencio durante el juicio oral. La Sala quiere resaltar que la inferencia se edifica sobre el comportamiento del procesado en los momentos previos a su captura.

La ausencia de otros datos o "*hechos indicadores*", que sean convergentes y concordantes con el anterior (verbigracia, que el arma es de fabricación artesanal, tiene alterados los sistema de identificación, entre otros), implica que el comportamiento del procesado durante el proceso administrativo de control es el único respaldo de la conclusión sobre la ausencia de permiso para portar el arma.

No se trata de fenómenos de ocurrencia cotidiana, que, gracias a su observación, permitan extraer reglas sobre la manera como casi siempre suelen ocurrir, de tal manera que el paso de este dato insular a la conclusión no está garantizado por una máxima de la experiencia. Por obvias razones, no se cuenta con una regla técnico científica que permita hacer esa inferencia.

Siendo así, el Estado, en este caso por conducto de la Fiscalía General de la Nación, al omitir presentar la evidencia, de fácil obtención, que suele resultar más confiable para demostrar este tipo de asuntos (el certificado emitido por la autoridad competente), estaba obligado a suministrar datos adicionales, que por la vía de la convergencia y la concordancia permitieran alcanzar el estándar de conocimiento establecido por la Ley para emitir el fallo condenatorio (CSJ SP, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otros).

Lo anterior bajo el entendido de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía General de la Nación, por lo que no podría justificarse la condena bajo el argumento de que la defensa bien pudo aportar las pruebas de que el procesado tenía autorización para portar el arma.

Además, siempre debe tenerse presente que en el ámbito penal se discute la posibilidad de afectar gravemente los derechos fundamentales del procesado (sin perjuicio de los derechos de la víctima y el interés legítimo de la sociedad en una justicia pronta y eficaz).

Ello debe servir de acicate para el actuar diligente, el respeto de las reglas de prueba (y, en general, del proceso como es debido), así como la verificación del estándar de conocimiento establecido por el legislador como presupuesto de la condena, máxime si se tiene en cuenta que las penas previstas para este delito han sido incrementadas significativamente por el legislador, al punto que la sanción mínima prevista en el artículo 365 del Código Penal es de nueve años de prisión, lo que bajo ninguna circunstancia se puede banalizar.

Por tanto, encuentra la Sala que una vez suprimida la declaración del sargento Sánchez Guarnizo, las pruebas restantes son insuficientes para concluir, más allá de duda razonable, que el procesado no tenía autorización para portar el arma.

Por estas razones, se casará el fallo impugnado y, en consecuencia, se absolverá a ARMANDO DÍAZ BENÍTEZ por el cargo de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (Art. 365 del Código Penal) y, en consecuencia, se ordenará su libertad inmediata.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Casar el fallo impugnado, conforme el cargo presentado por el impugnante, y, en consecuencia, absolver a ARMANDO DÍAZ BENÍTEZ, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, previsto en el artículo 365 del Código Penal.

Segundo: Se ordena la libertad inmediata del procesado.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

PERMISO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

(IMPEDIDO)

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

16 NOV 2016

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria