

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP5250-2018

Radicación n° 53.404

(Aprobado Acta No.400)

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Corte si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Jaime Rafael Salazar Quintero contra la sentencia dictada el 6 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, que confirmó la proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, con funciones de conocimiento, de esa ciudad, por cuyo medio lo condenó por la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de tener en un lugar, en calidad de autor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los primeros fueron sintetizados por el ad quem en los siguientes términos:

Los hechos que dieron origen a esta actuación tuvieron lugar cuando miembros de la policía judicial adscritos al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, realizaron el día 30 de octubre de 2016, una diligencia de allanamiento y registro en el

inmueble ubicado en la Calle 63B No. 29-18 del Barrio Nueva Granada de esta ciudad [Barranquilla], donde fueron encontrados los ciudadanos Zaidy Judith Salazar Guerrero, Vera Judith Guerrero Salazar, Masvi Urielis Salazar Quintero, los menores [J.S., A.P.S. y M.P.S.], junto al señor Jaime Rafael Salazar Quintero. Como resultado de tal diligencia, fue encontrada en la habitación No. 2 del inmueble, en la gaveta segunda del bife de madera color vino tinto, un arma de fuego tipo pistola, marca Browning niquelada con serie P16447 calibre 7.65, con un proveedor y cinco cartuchos calibre 7.65 para la misma. Al momento del hallazgo el señor Jaime Rafael Salazar Quintero manifiesta que es el tenedor del arma¹.

2. Al día siguiente, el Juez Décimo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Barranquilla legalizó la diligencia de allanamiento practicada al referido inmueble² y la captura en flagrancia de Jaime Rafael Salazar Quintero³.

3. El 1 de noviembre posterior, el mismo funcionario le impartió legalidad a la imputación formulada por el Fiscal Décimo Seccional de esa localidad a Salazar Quintero por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de tener en un lugar, en calidad de autor⁴, previsto en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, cargo que no aceptó. Así mismo, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión⁵.

4. El 25 de igual mes se presentó el escrito de acusación⁶, y la audiencia de formulación correspondiente⁷ se llevó a cabo el 3 de abril de 2017, bajo la dirección del Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla⁸.

5. La audiencia preparatoria se surtió el 12 de mayo posterior⁹, y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones: 22 de junio¹⁰, 10¹¹ y 19 de julio¹², 21¹³ y 16 de agosto¹⁴ y 4 de septiembre ulteriores¹⁵. Al final, se anunció sentido del fallo condenatorio.

6. Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2017, el Juez de conocimiento condenó a José Rafael Salazar Quintero, en calidad de autor, del injusto de fabricación, tráfico, porte

o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de ciento ochenta (108) meses de prisión y a las accesorias de prohibición del derecho al porte de arma por cinco (5) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término que la sanción aflictiva de la libertad. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y decretó el comiso del arma de fuego incautada¹⁶.

7. Recurrido el fallo por el procesado y la defensa¹⁷, el 6 de abril de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla lo confirmó¹⁸.

8. Durante la audiencia de lectura de fallo, los mismos sujetos procesales interpusieron el recurso extraordinario de casación¹⁹ y cada uno de ellos presentó, en tiempo y por aparte, sendos libelos²⁰.

LAS DEMANDAS

1. A cargo de la defensa

Previa síntesis de la cuestión fáctica, el defensor identifica las partes e intervinientes y la sentencia reprochada, y compendia la actuación procesal, tras lo cual postula dos cargos.

1.1. Primero

Por la senda de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia la violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 11 de la Ley 599 de 2000.

Para el efecto, luego de reproducir algunos fragmentos del fallo de primera instancia, asevera que el a quo ignoró «los conceptos de tipicidad y de antijuridicidad formal y material, lo cual llevó a que no se diera aplicación al contenido normativo del artículo 11 del

Código Penal vigente.»²¹

Lo anterior, porque i) el arma de fuego estaba archivada en una gaveta, en una bolsa plástica y, en ese orden, «no estaba lista para el uso, luego no podría poner en peligro bien jurídico alguno, o sea carecía de lesividad, al no TENERSE DISPUESTA PARA LESIONAR O AGREDIR, estaba como guardada, no siendo una amenaza para persona alguna»²², y ii) tenía dos proyectiles atascados, lo que «PODRÍA SER UN PELIGRO PARA QUIEN LA DISPARARA»²³, poniendo en riesgo su vida, «concluyéndose que NO REVESTÍA PELIGRO ALGUNO YA QUE NO SE PODÍA UTILIZAR»²⁴ y que no existe antijuridicidad material -no formal- de la conducta, motivo por el cual ésta no es punible.

Luego de citar la definición que del verbo atascar trae la Real Academia de la Lengua, insiste en que el arma no ponía en peligro el bien jurídico tutelado.

Admite que el comportamiento de su cliente es típico porque en una gaveta ubicada en un cuarto de su residencia se encontró un arma de fuego de defensa personal respecto de la cual no tenía permiso para su porte, así como que se trata de un delito de mera conducta o de peligro, antijurídico formalmente, pero no existe un desvalor de resultado, por cuanto no puso efectivamente en peligro el interés jurídico protegido -la seguridad pública-.

En consecuencia, solicita casar el fallo demandado y absolver a su prohijado, para lo cual se apoya en la sentencia con radicado 21.064 del año 2004.

1.2. Segundo (subsidiario)

Con apoyo en el numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la infracción indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad.

Para el efecto, cuestiona que los juzgadores condenaran a su cliente con fundamento en lo

dicho por él al momento de la captura, en el sentido que el arma era suya, que la tenía bajo su custodia porque un miembro de la Policía Nacional se la había dado a guardar y que estaba en mal estado y no funcionaba. Lo anterior, asevera, debido a que no es prueba testimonial porque no se sometió a la contradicción probatoria, en los términos de los artículos 15 y 378 de la Ley 906 de 2004.

De este modo, advera, se quebrantó el derecho a guardar silencio, decisión libre de todo apremio a ser tomada por el procesado al juramentárselo como testigo en su propia causa, con los requisitos descritos en los cánones 389 a 404 de la Ley 906 de 2004.

En este caso, los agentes captadores no tenían el propósito de interrogar a Salazar Quintero para obtener su eventual confesión, pues se limitaron a verificar la pertenencia del arma; el acusado tampoco quería rendir su testimonio, ya que solamente reaccionó al pedido de los uniformados y la Fiscalía no pretendía incorporar sus manifestaciones como una declaración, pues le bastó interrogar a los policiales sobre las circunstancias que motivaron la aprehensión del enjuiciado.

Por eso, «la aseveración (que no declaración) que hizo el procesado) -ACERCA DE SER EL PROPIETARIO DEL ARMA, QUE SE LA HABÍAN DADO A GUARDAR, Y QUE ESTABA DAÑADA- 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»²⁵ y, por ende, no puede tenerse como prueba directa de la responsabilidad de su prohijado, «sino como datos a partir de los cuales el fallador debe realizar un proceso inferencial frente a ese aspecto puntual del tema de prueba»²⁶.

Concluye que no se le puede atribuir a su representado la pertenencia, custodia o guarda del arma incautada porque ésta ha podido ser de cualquiera de los 4 adultos que estaban en la residencia objeto del allanamiento, para lo cual se apoya en la sentencia de la Corte, bajo el radicado 44.113.

Insiste en que se trata de una declaración ilegal porque no se sometió al principio de contradicción, ni contó con la inmediación del juez, por lo que «NO EXISTE PRUEBA ALGUNA de las practicadas que permitan radicar en cabeza de JAIME RAFAEL SALAZAR QUINTERO, la conducta punible»²⁷, en la medida que a los tres policiales nada les consta sobre la pertenencia o custodia del arma de fuego y los testigos de la defensa aseguran que el procesado desconocía la existencia de la misma en la vivienda.

De esta manera, sostiene que las sentencias violaron de manera indirecta el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, al no aplicar el principio de *in dubio pro reo*.

Finaliza solicitando que se desarrolle la jurisprudencia en punto de los tópicos señalados en los dos cargos, que se respeten las garantías fundamentales de su cliente y que se reparen los agravios inferidos con la imposición de una pena por un delito que no cometió.

Como normas infringidas por falta de aplicación enumera los cánones 7, 16, 308, 380, 381, 402, 404 y 438 de la Ley 906 de 2004 y 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por aplicación indebida, el precepto 365 del Código Penal.

Pide casar la sentencia impugnada y dictar el fallo que en derecho corresponda y, en especial, absolver al procesado.

2. A cargo del procesado (abogado)²⁸

Luego de reseñar las partes e intervinientes y la sentencia impugnada, compendia los hechos y el devenir procesal y postula dos cargos de la manera como sigue:

2.1. Primero

Al amparo de la causal primera del canon 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia «una

interpretación errónea y una indebida aplicación del verbo rector descrito en el artículo 365 del [C]ódigo [P]enal»²⁹, considerando que el juez de primer nivel utilizó como verbo rector el de almacenar, o sea guardar, mientras el Tribunal empleó el de portar, es decir, llevar consigo, yerro que habría vulnerado sus derechos y garantías constitucionales -no precisa-, porque nadie declaró que hubiera sido visto portando un arma y tampoco existe algún video que así lo confirme.

A juicio del procesado, «estamos frente a una indebida aplicación de la norma»³⁰, al atribuírsele dos verbos rectores, en tanto «no sabemos si guardamos o portamos el arma descrita en autos»³¹. De esta manera, predica «una incongruencia (...), por indebida aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad»³² -no indica cual-, así como del artículo 29 Superior.

La pretensión la concreta en los siguientes términos: «Se case la sentencia acusada y en su lugar se ordene mi libertad. Por antijuridicidad material. Y por estar frente a un hecho atípico; por error en el proceso de adecuación típica del comportamiento.»³³

2.2. Segundo

Con fundamento en la causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, acusa el «desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial a la garantía de vida»³⁴, como consecuencia del hallazgo de dos proyectiles en el cañón del arma de fuego incautada, atendiendo que «de realizarse un tercer disparo, se corre el riesgo de que al disparador se le explote dicha arma, es decir, no se puede disparar»³⁵, circunstancia esta que a juicio del demandante fue pasada por alto por el Tribunal.

En criterio del libelista, de lo anterior se sigue la antijuridicidad material de la conducta, como quiera que la pistola no es apta para producir disparos, debido a que es inservible y, para el efecto, se apoya en la sentencia CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21.064.

Como fundamento del reproche enuncia los cánones 10 y 11 del Código Penal y 29 de la [Constitución Política](#).

Solicita casar el fallo demandado y otorgarle la libertad.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Adjetivo actual, el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad «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».

Con tal propósito, el inciso 2º del canon 184 ejusdem fijó las reglas mínimas de admisión de la correspondiente demanda, estableciendo que no se seleccionará aquella en la que i) el impugnante carezca de interés para acceder al recurso, ii) no se invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el artículo 181 ibidem, iii) omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) fundadamente se logre establecer que no se requiere de la sentencia para cumplir las referidas finalidades. Lo anterior, salvo que alguno de esos propósitos permita superar los defectos técnicos que exhiba el libelo y decidir de fondo.

También tiene decantado la jurisprudencia que, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que se debe soportar en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación debida, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante, razón suficiente y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia.

La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

2. Los libelos que nos ocupan no satisfacen los requisitos mínimos que exige el referido precepto 184 para su admisión, y, por lo tanto, no pueden ser seleccionados, como pasa a verse:

2.1. Primer cargo de la defensa y segundo del procesado

La Corte examinará coetáneamente los enunciados reproches, teniendo en cuenta que si bien el formulado por la defensa se intentó por la senda de la causal primera y el del acusado por el del motivo segundo de casación, ambos se orientan a acreditar la ausencia de antijuridicidad material de la conducta imputada.

Ahora bien, cuando se intenta la postulación de la censura por la ruta de la violación directa de la ley sustancial, el recurrente debe hacer completa abstracción de lo fáctico y lo probatorio y, en ese sentido, admitir los hechos y la apreciación de los medios de convicción fijados por el sentenciador, de manera tal que le corresponde desarrollar el reproche a partir de un ejercicio estrictamente jurídico, en el que establezca la vulneración del precepto normativo en el caso concreto, por medio de cualquiera de sus tres modalidades: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea y, seguidamente, demuestre la trascendencia del yerro en el sentido de la decisión impugnada.

Mientras la falta de aplicación opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto, la aplicación indebida, deviene de la equivocada elección por el fallador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico. La interpretación errónea, en cambio, parte de la acertada selección de la disposición aplicable al asunto debatido, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

En el caso de la especie, el planteamiento del defensor es contradictorio, porque a la par que acusa a los falladores de ignorar «los conceptos de tipicidad y de antijuridicidad formal y

material, lo cual llevó a que no se diera aplicación al contenido normativo del artículo 11 del Código Penal vigente»³⁶, la postulación del cargo se promueve en la modalidad de interpretación errónea de la última norma mencionada, lo que necesariamente contrae la aceptación implícita de que se aplicó la norma pero se le dio un entendimiento equivocado.

Igualmente discordante resulta admitir la tesis de los libelistas en el sentido que el atascamiento de dos proyectiles dentro del arma de fuego incautada no genera ningún peligro y por lo tanto la conducta es inocua materialmente hablando, y a la vez que sí puede causar riesgo respecto de la persona que la dispare, tal cual lo declaró la experta en balística convocada al juicio por la Fiscalía.

En verdad, si se acepta que existe un riesgo latente de daño para la vida del sujeto que intentara accionar la pistola -tal cual lo sostuvieron los juzgadores a partir de la prueba pericial respectiva-, consecuencialmente, se está confirmando la antijuridicidad material del comportamiento delictivo investigado.

En ese orden, no es cierto que los falladores olvidaran referirse a este puntual aspecto, ni que incurrieran en una hermenéutica errada acerca del principio de lesividad, en la medida que al sopesar las pericias balísticas de la defensa y el ente acusador, prefirieron de manera fundada las conclusiones de esta última, en tanto explicó, con suficiencia, que el arma era perfectamente apta o idónea para realizar disparos pese a los dos proyectiles detectados en el cañón, al tiempo que demeritaron los juzgadores, en cambio, aquella otra experticia, debido a que el perito de descargo dio muestras manifiestas de desconocer el funcionamiento de la pistola en cuestión -marca Browning, calibre 7.65 m.m., semiautomática-, concretamente, de los mecanismos de seguro de la misma, experto que incluso la probó sin la indispensable utilización del proveedor.

Del mismo modo, a efecto de constatar la insuficiencia sustancial de la censura, resulta

oportuno recordar que, tratándose de un delito de peligro abstracto, en el que el legislador anticipó la barrera de protección del interés jurídicamente tutelado, independientemente de que el agente no accione el arma de fuego, es sujeto de reproche jurídico quien ejecute cualquiera de los verbos rectores señalados en el artículo 365 del Código Penal. Por eso, basta que la persona importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar un arma de fuego, sus partes o municiones y no cuente con la autorización legal respectiva, para entender lesionada la seguridad pública.

Así las cosas, resulta incuestionable que, la acción desplegada por el procesado, de tener en un lugar, guardar, conservar o almacenar la pistola incautada en una bolsa plástica que se guardaba en una gaveta de un mueble de su residencia, es lo suficientemente aflictiva para el interés jurídico protegido, pues para entender lesionada la seguridad de la comunidad, contrario a la opinión de los censores, no se requiere que el arma se encuentre «lista para el uso»³⁷, tanto así que, de forma reiterada, la Corte ha enfatizado que si dicho artefacto se halla sin carga o sin municiones no deja de constituir conducta punible por ausencia de lesividad (CSJ AP, 21 oct. 2009, rad. 32004).

Finalmente, en este punto es claro que el precedente de la Corte citado por los libelistas (CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21064), no es similar al que nos ocupa, en la medida que, en esa oportunidad, se trataba del porte de un arma de fuego que carecía del gatillo y de la aguja percutora, piezas fundamentales que impedían el disparo, mientras que, en este caso, la pericia técnica indicó que las partes y mecanismos de disparo de la pistola incautada estaban en buen estado de funcionamiento y que era apta para disparar cartuchos de armas de fuego calibre 7.25 o compatibles, esto, pese a la munición que se encontró alojada en el cañón.

De otra parte y de cara a la demanda del acusado, es necesario resaltar que la discusión en torno a la falta de antijuridicidad material cuestionada no podía ser intentada por la vía de la

causal de nulidad porque no es una suerte de irregularidad sustancial sino un error de juicio que, de encontrarse fundado, ameritaría ser corregido a través de un fallo de reemplazo y que, de cualquier manera, tampoco fue demostrado.

Por igual, es oportuno precisar que, el enjuiciado falta al principio de corrección material cuando asevera que el ad quem pasó por alto el hallazgo de los proyectiles en el cañón del arma incautada, pues, como se reseñó atrás, este tema fue objeto de estudio por parte de la colegiatura, solo que en sentido diverso al anhelado por aquél.

En estas condiciones, es imposible la admisión de los reproches.

2.2. Segundo cargo (subsidiario) de la defensa

El falso juicio de legalidad es un error de derecho que garantiza que las providencias judiciales estén soportadas en medios de convicción obtenidos y aportados a la actuación, según los parámetros fijados en el ordenamiento procesal penal.

Se incurre en él cuando el fallador otorga valor a un elemento que no cumple con los ritos legales exigidos para su formación o aducción al proceso, o lo niega al que fue allegado con el lleno de los presupuestos necesarios para ese efecto.

Para una adecuada propuesta se requiere no solo identificar el medio y las normas que por resultar desatendidas determinan su ilegalidad, sino revelar la trascendencia del error judicial, es decir, expresar cómo de excluir ese elemento de convicción, los restantes conducen inexorablemente a una decisión totalmente opuesta a la que se reprocha.

En este escenario, es claro que cuando se valora una prueba de referencia inadmisibles, es decir, la que no está amparada por las categorías exceptivas del principio de confrontación, señaladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se incurre en un falso juicio de legalidad, cuya solución implica la exclusión de aquella declaración.

Recuérdese que, la prueba de referencia es aquella declaración anterior que habiendo sido producida por fuera del juicio oral, es llevada al mismo como instrumento probatorio del tema de prueba (elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate), en los eventos en que no es posible su práctica en el debate oral. (CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477; CSJ SP, 16 mar. 2016, rad. 43866, entre otras).

Dicha modalidad de prueba debe reunir, entonces, los siguientes elementos:

(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros». (CSJ SP 6 de marzo de 2008, rad. 27477; AP, 25 de mayo de 2015, rad. 45578, reiterada en AP, 25 de enero de 2017, rad. 48131).

Pero, para que esta categoría de prueba, pueda ser valorada por el juzgador, debe estar delimitada dentro de las hipótesis autorizadas por la ley procesal penal³⁸. En caso contrario, esto es, si no responde a ninguna de tales situaciones excepcionales que autorizan la limitación del principio de confrontación, se insiste, el fallador se encontrará ante una prueba de referencia inadmisible de imposible valoración, que podrá ser denunciada por la ruta del error de derecho por falso juicio de legalidad³⁹.

No obstante -y en esto radica la confusión del letrado-, las manifestaciones anteriores realizadas por el indiciado o procesado, dadas a conocer en el juicio a través de algún medio

de prueba –verbi gratia, del testigo que escuchó o presencié dicha aseveración del acusado-, no constituyen prueba de referencia porque no contraen la violación del principio de confrontación. Así lo ha venido reiterando la Corte (CSJ SP2523-2018, rad. 46.814):

6.3.2. La regla general de inadmisibilidad de las declaraciones surtidas fuera del proceso, se sustenta en la necesidad de confrontar al deponente con la parte en contra de la cual se aporta el testimonio, con el fin de satisfacer los derechos de confrontación y contradicción, pues mediante el ejercicio de estas garantías pueden aflorar posibles defectos de la declaración, originados en el lenguaje (ambigüedades, lapsus, malentendidos), o en la percepción, memoria o falta de sinceridad del testigo.

En esa misma dirección pueden verse los artículos 16, 402 y 403 del C.P.P, los cuales, en su orden señalan (i) que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción (...)”; (ii) que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, y (iii) los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Esto en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, “como elemento estructural de derecho a la confrontación”. (SP 25 de enero de 2017, Rad. 44950).

En punto de la relación del derecho de confrontación con la denominada prueba de referencia, tiene dicho la Corte lo siguiente:

La posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba generalmente implica la afectación del derecho a la confrontación del testigo, básicamente porque la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, con las

prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para tales efectos; ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato, cuando la versión es producto de un interrogatorio. Lo anterior sin perjuicio de la limitación a la inmediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia.

Como quiera que la posibilidad de ejercer la confrontación es uno de los aspectos más importantes al momento de evaluar si el uso de una declaración anterior al juicio constituye o no prueba de referencia, a continuación se hará un breve recorrido por las normas del ordenamiento jurídico colombiano que consagran este derecho.

A diferencia de lo que sucede en la Ley 600 de 2000 y los sistemas procesales que la antecedieron⁴⁰, el derecho a la confrontación tiene un amplio desarrollo en la Ley 906 de 2004. No sólo aparece expresamente consagrado en su artículo 16, sino que, además, sus elementos estructurales fueron regulados a lo largo de la normatividad.

Así, el artículo 8º, literal k, consagra el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y las normas sobre impugnación de testigos le brindan prerrogativas a la parte para que pueda ejercer a cabalidad este derecho. Ello se ve reflejado en la posibilidad de formular preguntas sugestivas durante el contra interrogatorio, de utilizar declaraciones anteriores con el fin de impugnar la credibilidad y de valerse de prueba de refutación para los mismos fines (CSJ SC, 20 Agos. 2014, Rad. 43749).

En el literal k del artículo 8º también se consagra el derecho a lograr la comparecencia de testigos que puedan “arrojar luz sobre los hechos”, y dispone que ello podrá hacerse por medios coercitivos.

De otro lado, el artículo 15 de la misma codificación dispone que las partes tienen derecho a participar en la práctica de la prueba. En materia de prueba testimonial, esta norma encuentra desarrollo en las reglas sobre interrogatorio cruzado de testigos, que abarcan la posibilidad de participar en la formulación de preguntas durante el interrogatorio directo o el

contra interrogatorio, según el caso; de formular oposiciones a las preguntas, etc.

Además, el artículo 402 establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”, y deberá hacerlo, por regla general, en el juicio oral. Con esto se garantiza que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, de impugnar su credibilidad, así como de controlar el interrogatorio a través de las oposiciones a las preguntas o conductas que pudieran incidir ilegalmente en la obtención de la versión. Con ello también se facilita la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, salvo en los casos en los que el legislador ha limitado esa posibilidad⁴¹.

Así las cosas, cuando una parte solicita la inadmisión de una declaración anterior al juicio oral, por constituir prueba de referencia, debe verificarse si dicho uso afecta los elementos estructurales del derecho a la confrontación. Esta, sin duda, constituye una herramienta idónea para tomar una decisión adecuada. (CSJ AP 30 de septiembre 2015, Rad. 46153. Postura reiterada en SP 16 de marzo de 2016, Rad. 43866; SP 25 de enero de 2017, Rad. 44950, entre otras. Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, la aplicación de las excepciones de la regla general de inadmisibilidad de la prueba de referencia, contenidas en el artículo 438 del C.P.P., implican la afectación del derecho de confrontación, sólo que está legalmente autorizado por motivos de necesidad, pues hacen alusión a situaciones en las que el declarante no está disponible física, mental o psicológicamente.

En síntesis, las declaraciones producidas fuera del juicio son prueba de referencia si su eventual incorporación implica afectación al derecho de confrontación. Por tanto resultan inadmisibles, salvo en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 438 del C.P.P, siempre que reúna los elementos ya determinados por la Corte.

A contrario sensu, las manifestaciones surtidas fuera del juicio no son prueba de referencia si su eventual incorporación no implica afectación alguna al derecho de confrontación.

6.3.3. A partir de la anterior premisa, la Sala considera que la declaración surtida fuera del juicio y aducida como prueba en contra del mismo declarante, no constituye prueba de referencia, toda vez que no genera afectación al derecho de confrontación, debido a que lógicamente no hay lugar a confrontarse a sí mismo.

De igual criterio es, por ejemplo, el profesor Ernesto Chiesa, quien en punto de la declaración autoincriminatoria extrajuicio, sostiene que “debe quedar fuera de la regla de exclusión de prueba de referencia, pues no está presente el problema de falta de confrontación entre declarante y parte perjudicada pues se trata de la misma persona -y- no cabe hablar de falta de confrontación con uno mismo”⁴².

Adicionalmente, esta postura está implícitamente prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que solamente en el entendido de que la regla general de inadmisibilidad de la prueba de referencia no es aplicable a las declaraciones autoincriminatorias surtidas por fuera del juicio, tienen aplicación práctica los derechos del capturado a guardar silencio y a ser informado sobre “que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra” (artículo 303 del C.P.P.).

Dicho de otro modo, precisamente, debido a que las declaraciones -de quien resulta indiciado, imputado o acusado- expuestas fuera del juicio, pueden ser válidamente usadas como prueba en su contra, el Estado -a través de sus servidores- tiene el deber de informarle al capturado sobre esa realidad jurídico probatoria, así como del derecho a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

(...)

6.5. En punto de las declaraciones autoincriminatorias fuera del proceso y aparte de las

hipótesis antes mencionadas, lo relevante para su validez es que las mismas emerjan espontáneamente, es decir, sin engaño ni coacción alguna. Caso en el cual pueden ser valoradas a modo de indicio frente a las reglas de la sana crítica (CSJ, SP, 3 de diciembre de 2003, Rad. 19149; AP 18 de marzo de 2015, Rad. 33837; AP 22 de julio de 2009, Rad. 31338 y AP 25 de enero de 2017, Rad. 48131).

En el asunto de la especie, tal como lo hace ver el Tribunal, era posible la valoración de las manifestaciones autoincriminatorias realizadas por el capturado a los policías que participaron en el operativo de allanamiento –según las cuales el arma era de él, estaba bajo su custodia porque un policía se la había dado a guardar, se encontraba en mal estado y no funcionaba-, las cuales fueron reveladas en el juicio por los uniformados captores, porque no fueron obtenidas bajo presión, sino de manera espontánea, cuando estos reunieron a los habitantes del lugar y les preguntaron acerca de quién era el propietario de dicho artefacto.

Destáquese, al respecto, que la Sala ha tenido oportunidad de precisar que «el artículo 33 de la [Constitución Política](#) lo que dispone es que el procesado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo, pero no que sus manifestaciones ante terceros, expresadas de manera libre y voluntaria, no puedan ser llevadas al juicio por quienes las escucharon de manera directa, como ha ocurrido en este caso». (CSJ AP3445-2014, rad. 43746).

Además, es claro que el juicio de reproche no solo provino de lo que contaron los policiales en el juicio acerca de las manifestaciones que el enjuiciado les hizo en la diligencia de allanamiento, sino de las inverosímiles justificaciones esgrimidas por su esposa e hija, en el sentido que el procesado no sabía de la existencia de la pistola que un agente de la Sijin –no identificado ni llevado al juicio- le habría dado a guardar a la primera de ellas en un paquete cuyo contenido desconocía, contrariando la regla de la experiencia que indica que las personas no reciben paquetes sin conocer lo que contienen.

Así, resulta evidente que el alegato intentado no satisface el principio de trascendencia.

Para cerrar, es manifiesto, que el precedente cuya aplicación se pretende –SP16554-2016, rad. 44.113-, difiere sustancialmente del caso de la especie, pues, en esa ocasión, la prueba devenía ilegal respecto a la manifestación del procesado, transmitida al policía captor, sobre la carencia del permiso de autoridad competente para el porte del arma de fuego –elemento estructural del tipo-, en tanto la declaración del policial en el juicio no mostraba su conocimiento directo y personal sobre ese aspecto, sino sobre el comportamiento del aprehendido momentos antes de la captura, el cual resultaba insuficiente para emitir fallo de condena.

Así las cosas, tampoco procede la admisión de esta censura.

2.3. Primer cargo de la demanda del procesado

De entrada es manifiesta la vulneración del principio de no contradicción, porque a la vez que acusa la interpretación errónea del artículo 365 del Código Penal afirma que se aplicó indebidamente. En verdad, la primera de tales críticas implica admitir que aquella es la norma que rige el asunto pero que su hermenéutica fue equivocada, mientras la segunda niega su procedencia en el caso concreto. Tan inconsistente postulación, conjura en contra de la claridad del libelo.

A ello se suma que, si bien acusa la violación del principio de congruencia, ésta la hace consistir en la falta de consonancia entre el verbo rector deducido por el juez de primera instancia con el empleado en segunda instancia, siendo que dicho postulado se predica de la indispensable coherencia fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia –en sus dos niveles de decisión-.

En efecto, de tiempo atrás, en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley y la jurisprudencia han sido consistentes en establecer que entre la conducta punible definida en

la acusación y la señalada en la sentencia debe existir perfecta armonía personal –en cuanto al sujeto activo-, fáctica –en torno al hecho humano investigado, con todas sus circunstancias y motivos de agravación o atenuación- y jurídica –en punto de las normas transgredidas con la conducta-, de tal suerte que, los cargos concebidos por el órgano persecutor penal correspondan al límite dentro del cual el juez debe verificar si cabe o no atribuir responsabilidad al presunto infractor.

Este postulado emerge como una clara garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción, toda vez que impone el deber de informar al sujeto pasivo de la acción penal el objeto concreto de persecución, a fin de que pueda tener completa claridad acerca de los hechos jurídicamente relevantes que se le endilgan y, de este modo, logre establecer la estrategia defensiva, que durante el juzgamiento, resulte ser más favorable a sus intereses.

En vigencia del sistema de procesamiento penal con tendencia acusatoria, el axioma de consonancia también involucra un juicio de correspondencia entre la sentencia y el acto complejo comprendido por el escrito de acusación y la formulación verbal de la misma, la cual debe guardar estricta coherencia con la cuestión fáctica atribuida en la formulación de la imputación.

En ese orden, la alteración por el juzgador de dicha delimitación típica realizada por la Fiscalía en la acusación y particularmente del aspecto fáctico fijado en ese acto procesal, quebranta la estructura del proceso e impide el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, en cuanto contrae la configuración de un nuevo e inoportuno motivo de incriminación, respecto del cual el enjuiciado no podría ejercer adecuadamente su contradicción.

Lo anterior, salvo que, siendo de menor entidad la conducta punible atribuida, guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (CSJ SP6354-2015).

En el caso de la especie, se advierte que, contrario a lo adverado por el demandante, no es verdad que en el fallo de primera instancia se aludiera al verbo rector almacenar y en el de segundo nivel al de portar, pues la verificación de dichas providencias permite establecer que, la primera de ellas descartó específicamente que cualquiera de los habitantes del inmueble llevara o tuviera consigo el arma de fuego y en cambio, precisó que fue encontrada en una de las gavetas del tocador de la segunda habitación del inmueble allanado, tenencia que se le atribuyó al procesado en tanto así lo admitió al ser cuestionado por los funcionarios de policía judicial al respecto, y el segundo proveído, en cambio, fue el que se refirió a la conducta de almacenar, misma que, en todo caso, se edificó sobre la base de haber guardado el acusado la pistola en el mencionado mueble de madera.

Ahora bien, de cara a los términos de la acusación, la Sala detecta cierta incongruencia jurídica no alegada por el procesado, en torno al verbo rector atribuido en las sentencias al acusado, en la medida que en aquella se le achacó al procesado la tenencia del arma de fuego en un lugar de su residencia y en la sentencia de segundo grado se aludió a la modalidad de almacenar. No obstante, dicha inconsonancia es apenas aparente, habida cuenta que, como recién se reseñó, en los fallos de instancias se especificó que el arma de fuego no fue incautada en poder físico de ninguna persona, sino en un compartimiento de un mueble, lo cual se corresponde con la acción de guardar o tener en un lugar.

De esta manera, la impropiedad en que pudo incurrir el Tribunal aparece del todo intrascendente frente al sentido de la decisión confutada.

En efecto, la Sala observa que, en esencia, la cuestión fáctica, e incluso la jurídica -con sus matices-, en uno y otro escenario es la misma, esto es en el escrito de acusación y su consecuente verbalización y las sentencias.

Ciertamente, tanto en la imputación como en la acusación y los fallos se mantiene idéntico el núcleo fáctico de la imputación, en la medida que al enjuiciado se le endilga tener

guardado dentro de un mueble de madera una pistola para cuyo porte el procesado no tenía el permiso de autoridad competente.

En verdad, cada una de las circunstancias relevantes a los efectos de la adecuación típica, como la acción de tener en un lugar, desplegada por el procesado, el objeto del ilícito (arma de fuego) y la ausencia del mencionado permiso se conservaron intactos en las referidas piezas procesales.

Finalmente, el libelista no se ocupa de acreditar la trascendencia del presunto error, toda vez que en modo alguno muestra que la alusión del ad quem a la acción de almacenar limitara el ejercicio del derecho de defensa. Y es que, desde un inicio el procesado y su defensor fueron enterados de los hechos que particularizaban la atribución jurídica por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de que trata el artículo 365 del Estatuto Sustantivo Penal.

Por manera que, no hay lugar a admitir esta censura.

3. Es indispensable recordar que al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, radicación 24.322 y precisadas recientemente en auto CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42.597.

4. Agréguese que no se observan flagrantes violaciones de derechos fundamentales, causales de nulidad, ni motivos distintos al que enseguida se mencionará que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Jaime Rafael Salazar Quintero contra la sentencia dictada el 6 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

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

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

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 Cfr. folios 21-22 del cuaderno del Tribunal.

2 Los motivos fundados argüidos por la Fiscalía para emitir la orden de allanamiento al inmueble del acusado resultaron de un informe de policía judicial que dio cuenta de una llamada telefónica realizada a la línea 147 del Gaula de la Policía Nacional por una fuente humana no formal, en la que se reportó que un sujeto que vivía en la residencia allanada solía exhibirse con un arma de fuego en la pretina y recibía visitas de personas sospechosas, información que fue verificada a través de labores de vecindario.

3 Cfr. folios 3-4 del cuaderno principal.

4 Se precisa que en el acta respectiva se señala que el delito le fue imputado a título de coautor, pero el registro audiovisual enseña que lo fue en grado de autor. Cfr. minutos 19:48 y 21:32 del audio 1 del Cd de las audiencias preliminares.

5 Cfr. folios 5-6 del cuaderno principal.

6 Cfr. folios 59-63 ibidem.

7 Se precisa que el Fiscal ratificó que la modalidad del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones lo era en la de tenencia en un lugar, concretamente el sitio del allanamiento. Cfr minutos 11:56-12:08 del audio 2 del CD de la audiencia de formulación de acusación.

8 Cfr. folio 66 ibidem.

9 Cfr. folio 83 ibidem.

10 Cfr. folio 103 ibidem.

- 11 Cfr. folio 123 ibidem.
- 12 Cfr. folio 133 ibidem.
- 13 Cfr. folio 138 ibidem.
- 14 Cfr. folio 157 ibidem.
- 15 Cfr. folios 194 ibidem.
- 16 Cfr. folios 239-251 ibidem.
- 17 Cfr. folios 252-265; 266-270 ibidem.
- 18 Cfr. folios 21-43 del cuaderno del Tribunal.
- 19 Cfr. folio 13 ibidem.
- 20 Cfr. folios 45-52; 61-75 ibidem.
- 21 Cfr. folio 66 ibidem.
- 22 Ibidem.
- 23 Ibidem.
- 24 Ibidem.
- 25 Cfr. folio 71 ibidem.
- 26 Cfr. folio 72 ibidem.
- 27 Ibidem.

28 Aunque el acusado cuenta con la representación judicial de su defensor, la Corte procederá a resumir su demanda, teniendo en cuenta que éste ostenta la condición de abogado y su libelo es complementario del presentado por aquél, en tanto no se contradicen.

29 Cfr. folio 49 del cuaderno del Tribunal.

30 Cfr. folio 50 ibidem.

31 Cfr. folio 50 ibidem.

32 Cfr. folio 50 ibidem.

33 Cfr. folio 50 ibidem.

34 Cfr. folio 51 ibidem.

35 Cfr. folio 51 ibidem.

36 Cfr. folio 66 ibidem.

37 Cfr. folio 66 ibidem.

38 ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.
Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

39 En este punto, es pertinente precisar que si la prueba de referencia admisible constituye el único fundamento de la condena, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción.

40 A pesar de que varios componentes del derecho a la confrontación ya habían sido desarrollados en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

41 Es el caso de lo establecido en la Ley 1098 de 2006 sobre interrogatorio a testigos y víctimas menores de edad.

42 Tratado de Derecho Probatorio, Tomo II, Ed. Publicaciones JTS. 2005, páginas 588 y 589.