



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP2667-2019

Radicación No. 49.509

(Aprobado acta No. 171)

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la defensa de **NELSON SANTA MARÍN**, contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, que, tras revocar la de carácter absolutorio proferida el 11 de julio de 2012 por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santa Rosa de Cabal, lo condenó por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de portar, en calidad de autor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

A eso de las 22:48 horas del 23 de septiembre de 2011, y después de que, al interior del establecimiento público "El Nogal", ubicado en el municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), se suscitara una discusión entre RAFAEL TOBÓN POSADA y **NELSON SANTA MARÍN**, éste último hizo un disparo al aire con el arma de fuego, marca Colt, calibre 32 -con 5 cartuchos- que portaba en su chaqueta, luego de lo cual la tiró al piso, a un lado del mostrador.

Como quiera que dicho evento fue reportado a la central de radio de la Policía, instantes después arribó al lugar una patrulla motorizada que percibió el momento en que un sujeto con las características señaladas por el radioperador - chaqueta negra, *jean* azul, cabello canoso, contextura gruesa, estatura mediana- salía apresuradamente del café, por lo cual fue retenido para una requisa y, una vez fue identificado tanto por el administrador del lugar -ALBERTO TOBÓN POSADA- como por su hermano RAFAEL como el autor del disparo, y el aprehendido manifestó carecer de permiso de autoridad competente para portar el revólver, se procedió a su aprehensión.

2. El 24 de septiembre de dicho año, el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira le impartió legalidad a la captura y a la imputación que el Fiscal Treinta y Uno Seccional de dicha ciudad formuló en contra de **NELSON SANTA MARÍN** por el delito de fabricación,

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de portar, en calidad de autor (artículo 365 del Código Penal).

Ante el retiro de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento por parte del ente persecutor, el juzgador ordenó la libertad inmediata del imputado¹.

3. El 21 de diciembre siguiente se radicó el escrito de acusación² y su verbalización se produjo el 17 de febrero de 2012, bajo la presidencia de la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal³.

4. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 12 de marzo de la misma calenda⁴ y el juicio oral inició el 23 de mayo ulterior⁵ y culminó el 26 de igual mes con anuncio del sentido del fallo absolutorio⁶.

5. Acorde con lo anterior, el 11 de julio de la mencionada anualidad se profirió la sentencia de rigor⁷.

6. Inconforme con la decisión, el representante de la Fiscalía la apeló⁸ y el 10 de marzo de 2016 la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira la revocó para condenar a **NELSON SANTA MARÍN**, como autor del delito por el que fue

¹ Cfr. folio 5 del cuaderno original principal.

² Cfr. folios 2-4 *ibidem*.

³ Cfr. folios 11-13 *ibidem*.

⁴ Cfr. folios 14-16 *ibidem*.

⁵ Cfr. folios 20-25 *ibidem*.

⁶ Cfr. folios 62-65 *ibidem*.

⁷ Cfr. folios 67-74 *ibidem*.

⁸ Cfr. folios 76-79 *ibidem*.

acusado, a la pena principal de nueve (9) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y se advirtió que, contra esta decisión procedía el recurso de apelación en los términos de la sentencia C-792 de 2014⁹.

7. La defensa contractual interpuso y sustentó la alzada correspondiente, pero la Sala de Casación Penal, atendiendo el criterio que para esa época imperaba¹⁰, en auto CSJ AP5850-2016, la rechazó por improcedente y ordenó devolver la actuación al Tribunal de origen para correr el traslado relativo al recurso extraordinario de casación¹¹.

8. Una nueva profesional del derecho designada por la Defensoría del Pueblo lo interpuso oportunamente¹² y otra apoderada presentó, en tiempo, la demanda¹³, la cual fue admitida el 16 de enero de 2017, convocándose a la respectiva audiencia de sustentación oral¹⁴.

LA DEMANDA

Tras identificar a las partes e intervinientes, la libelista reproduce la cuestión fáctica como fue concebida por el *ad quem*, sintetiza la actuación procesal e identifica la sentencia

⁹ Cfr. folios 90-103 *ibidem*.

¹⁰ Se precisa que, dicha postura fue modificada a partir del auto CSJ AP1263-2019, rad. 54215.

¹¹ Cfr. folios 7-18 del cuaderno original 2.

¹² Cfr. folio 60 *ibidem*.

¹³ Cfr. folios 73-83 *ibidem*.

¹⁴ Cfr. folios 6-7 del cuaderno de la Corte.

impugnada, para postular, enseguida, un error de derecho por falso juicio de convicción, al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, defecto que hace recaer en la entrevista rendida por ALBERTO TOBÓN POSADA.

En desarrollo de la censura, una vez transcribe un aparte del fallo de segundo grado, cuestiona el mérito probatorio asignado a dicha declaración, habida cuenta que el citado sujeto rindió su testimonio en el debate oral e hizo manifestaciones contrarias a las que expuso en aquella otra oportunidad.

Enfatiza al respecto que, «[l]as entrevistas no son prueba del juicio, salvo que se incorporen con las formalidades propias contenidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal»¹⁵, esto es, las de la prueba de referencia.

Así mismo, destaca, aquellas pueden ser utilizadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad (cánones 392.2, 347, 393.b y 403 *ejusdem*), de manera que las versiones previas podrían servir para que la Fiscalía prepare el caso, pero «en ningún caso [su contenido] podrá ser valorado como prueba autónoma debido a que dicha entrevista no estuvo sujeta al principio de inmediación ni sobre ella se ejerci[ó] el principio de contradicción»¹⁶.

¹⁵ Cfr. folio 81 *ibidem*.

¹⁶ Cfr. folio 82 *ibidem*.

Según la jurista, el *ad quem* incurrió en «un procedimiento ilegal»¹⁷, al conferirle valor suasorio a la mentada exposición y al hacer «una elección caprichosa y amañada»¹⁸ de la misma, pues, en su criterio, cuando se recauda el testimonio en el juicio se debe descartar su entrevista.

Para la defensora, «estamos ante prueba testimonial y prueba de referencia de manera concomitante, es decir, una especie de monstruo mitológico con dos cabezas y como tal, un mito que no tiene raíces en la normatividad procesal»¹⁹.

Para cerrar, recuerda que la Fiscalía incorporó la citada entrevista como testimonio adjunto, mientras el Tribunal la tuvo como prueba autónoma, siendo que, ni siquiera, es prueba de referencia, yerro relevante en la medida que le significó al procesado una condena de varios años de prisión.

Solicita casar la sentencia demandada y sustituirla por una de carácter absolutorio.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa

Manifestó que no existen adiciones, aclaraciones u observaciones a las presentadas en el escrito de la demanda.

¹⁷ Cfr. folio 82 *ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *ibidem*.

2. La Fiscalía

El Fiscal Primero Delegado ante la Corte solicita no casar la sentencia materia de impugnación por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que es posible tener como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral, cuando las manifestaciones hechas en juicio son inconsistentes con aquellas.

Luego de referirse a los precedentes que han regido en la materia CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, CSJ SP 9 nov. 2006, rad. 25738 y CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950, y de referirse a las vicisitudes que rodearon la práctica del testimonio de ALBERTO TOBÓN POSADA, relacionadas con la retractación que se produjo en el juicio frente a lo narrado ante la policía judicial, en torno a la percepción de la persona que portaba el arma disparada en el establecimiento comercial de su propiedad, considera que se cumplieron los requisitos para ingresar su entrevista como medio de convicción, en tanto se garantizó el principio de contradicción.

Cumplidos los presupuestos de admisibilidad, el *ad quem*, afirma, bien podía analizar las dos versiones, atendiendo a los criterios de la sana crítica, lo cual cumplió ampliamente el Tribunal en la decisión atacada, por cuanto confrontó las diferentes manifestaciones del testigo, con las demás pruebas testimoniales y encontró que la exposición rendida en la entrevista era coherente con la de los policiales

que atendieron el caso, para derivar de este análisis conjunto la responsabilidad de **SANTA MARÍN**, en el delito por el cual fue condenado.

Para el Fiscal, lo que existió fue una disparidad de criterios, en relación con la valoración probatoria del testimonio rendido por ALBERTO TOBÓN POSADA, por cuanto mientras la juez de conocimiento estimó que las manifestaciones inconsistentes del testigo generaban duda sobre la real responsabilidad del procesado en el punible, la colegiatura fue de la idea que merecía credibilidad la primera de las versiones entregadas por el testigo.

3. El Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, por igual, pide no casar la sentencia acusada.

Para el efecto, luego de recapitular la actuación procesal, de cara a las pruebas enunciadas por el ente acusador en la audiencia de formulación de imputación y pedidas en la audiencia preparatoria, recuerda que, en la sesión del juicio oral del 23 de mayo de 2012, la fiscal solicitó que las entrevistas de los hermanos ALBERTO y RAFAEL TOBÓN POSADA fueran introducidas como prueba de referencia, a través de un funcionario de policía judicial, ante su renuencia a comparecer.

No obstante, resalta, el 26 de junio posterior, ALBERTO TOBÓN POSADA rindió testimonio, pero se mostró inseguro, evasivo, confuso y bastante impreciso, razón por la cual, se procedió a impugnar su credibilidad, oportunidad en la que el testigo leyó la entrevista, reconoció al procesado y afirmó que dijo lo que su hermano le había contado sobre los hechos, aunque reconoció que la persona que retuvo la Policía fue la misma que discutió con su hermano, es decir quien llevaba el arma de fuego.

La juez, a petición del órgano persecutor, admitió la mentada entrevista como testimonio adjunto.

Por lo tanto, la inclusión de esa declaración anterior al juicio se hizo observando todas las previsiones del Código de Procedimiento Penal, particularmente del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, por cuanto las partes y el juez tuvieron conocimiento de su contenido y se garantizó la publicidad, la inmediación y la contradicción.

A juicio de la Delegada, el *ad quem* podía darle valor suasorio a la entrevista de ALBERTO TOBÓN POSADA ante la actitud evasiva del testigo durante el juicio.

Según la Procuradora, este testigo tenía motivaciones personales para cambiar y desvirtuar el contenido de sus manifestaciones iniciales (el procesado era cliente habitual del establecimiento de comercio).



Con apoyo en las providencias CSJ SP 21 nov. 2009 rad. 31001 y CSJ AP 27 abr. 2016 rad. 25746, asevera que, la mayor credibilidad concedida a lo consignado en una entrevista sobre lo testificado en el juicio oral y público no conlleva ninguna irregularidad.

CONSIDERACIONES

1. De manera pacífica la Corte se ha ocupado de recordar que una vez admitida la demanda de casación, todas aquellas deficiencias formales y sustanciales que pudieran predicarse del libelo se entienden superadas con el exclusivo propósito de dar alcance a los propósitos descritos en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 (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).

En este caso, son múltiples los yerros argumentativos de la demanda detectados por la Sala; sin embargo, la Corte hará caso omiso a esos defectos para examinar de fondo, de cara al principio de doble conformidad judicial, si hay lugar a casar la sentencia condenatoria.

En ese propósito, reiterará lo concerniente a las reglas que rigen la incorporación y valoración de las declaraciones anteriores a la audiencia pública de juzgamiento cuando el testigo se retracta o cambia su versión, a efecto de establecer si se vulneró o no el principio de confrontación en el caso

1131

concreto y, superado este aspecto, evaluará si el Tribunal incurrió en algún yerro de juicio en el ejercicio de valoración probatoria.

2. Reiteración sobre los presupuestos para la incorporación y valoración de las exposiciones anteriores al juicio oral, en supuestos de retractación

En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004, solo pueden ser consideradas como pruebas y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del principio de inmediación, previsto en el artículo 379, «*el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia*».

Por eso, todo aquel elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida que no sea oportunamente descubierta y no se practique en el debate oral, en las condiciones señaladas, entre aquellos, las exposiciones juradas anteriores de los eventuales testigos, no pueden ser sopesadas por el juzgador, sin incurrir en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, por cuanto el artículo 347 de la Ley 906 de 2004 prohíbe que la información contenida en ellas pueda tomarse como medio de conocimiento por no haber sido incorporado al debate probatorio con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.

Ahora, excepcionalmente, es viable incorporar al debate oral las entrevistas rendidas con anterioridad al juicio oral, en los supuestos de prueba de referencia, esto es, cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas en el artículo 438²⁰, adicionado por el 3° de la Ley 1652 de 2013²¹, igualmente si las declaraciones previas han sido utilizadas por las partes, bajo las previsiones del interrogatorio cruzado, como instrumento para refrescar la memoria o impugnar credibilidad (cánones 392.d y 393.b *ejusdem*, en su orden) y, por último, en aquellos eventos en que el testigo comparece a la audiencia pública de juzgamiento y cambia su versión anterior o se retracta de ella, caso en el cual ingresa como complemento del testimonio (CSJ SP606-2017, rad. 44950).

Sobre el particular, ha dicho la Corte que es necesario diferenciar si las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral se pretenden emplear para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos a través del refrescamiento de memoria o la impugnación de la credibilidad de los testigos o como **medio de conocimiento**, es decir, como prueba de referencia o como testimonio adjunto o complementario, cuando quiera que lo narrado en la entrevista sea inconsistente con lo declarado en el juicio. Al respecto, señaló (CSJ SP105-2018, rad. 43651):

²⁰ 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;* y e) *como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem y en la adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013.*

En ese escenario, la Sala ha precisado que no puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial²²), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como medio de prueba, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.

Ahora bien, para la incorporación y posterior análisis probatorio de las declaraciones anteriores, en casos de retractación o variación de la versión, se requiere satisfacer el principio de confrontación a partir de la habilitación para el ejercicio del contrainterrogatorio. En torno a esa idea, la jurisprudencia de la Sala, consistentemente, ha venido precisando los presupuestos indispensables para su adecuado ingreso y valoración (CSJ SP606-2017, rad. 44950):

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como

²² Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. [lo] cual puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

En similar sentido, sostuvo la Sala (CSJ SP377-2018, 48959):

Esta Corporación se ha referido en múltiples ocasiones a la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, bien para facilitar el interrogatorio cruzado (refrescamiento de memoria e impugnación), ora cuando pueden introducirse como prueba (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio), bajo el entendido de que, por regla general, solo puede valorarse lo que el declarante manifiesta en el juicio oral (CSJ SP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950, entre otras). En el mismo sentido, ha establecido parámetros para la utilización de declaraciones anteriores del testigo con el propósito de impugnar su credibilidad (CSJ SP, 25 Oct. 2017, Rad. 44819) e incluso ha analizado los límites para cuestionar “el carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a su mendacidad”, a que hace alusión el artículo 403, numeral 5, de la Ley 906 de 2004 (CSJ AP, 08 Feb. 2017, Rad. 49405).

A la luz de ese marco teórico, es claro que si un testigo se retracta de su versión inicial (la rendida a los funcionarios de policía judicial), esas declaraciones podrán ser utilizadas para impugnar su credibilidad, en los términos referidos en las decisiones atrás relacionadas, sin perjuicio de que puedan ser aportadas como prueba de referencia (si se demuestra alguna de las causales de no disponibilidad previstas en el artículo 438 ídem), o como prueba, a manera de declaración anterior inconsistente con lo declarado en juicio, si en este escenario cambia su versión o se retracta de la misma.

Y más adelante, reiteró: (CSJ SP105-2018, rad. 43651):

En forma resumida, de acuerdo con lo establecido por la Corte, la admisibilidad de las declaraciones anteriores como medio de prueba, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el conainterrogatorio.

En cuanto a las razones que fundamentan, en tales condiciones, el empleo de las declaraciones previas como prueba, precisa la Corte lo siguiente:

“La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los

derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.²³

*Así las cosas, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté **disponible**²⁴ en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia²⁵; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte²⁶, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones²⁷, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente.*

Entonces, para que los apartados fácticos de las entrevistas que involucren una modificación incompatible con lo declarado en el juicio por el deponente sean incorporados al acervo probatorio y, por ende, puedan ser valorados por el fallador, se requiere que la contraparte tenga la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción en su componente de confrontación, para lo cual debe contar con la posibilidad de formular preguntas sobre las inconsistencias que resultan entre lo narrado en el testimonio y lo consignado en la entrevista, de forma que, si ello no se garantiza, ésta tendrá el carácter de prueba de

²³ Ib. Sentencia citada

²⁴ La disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

²⁵ Sentencia citada Rad. 44950

²⁶ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

²⁷ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario.

referencia, pues se estaría ante un evento de indisponibilidad del testigo (CSJ SP2709-2018, rad. 50637).

3. El caso concreto

3.1. Para empezar, acorde con lo que se viene señalando, es necesario descartar la existencia del error de derecho por falso juicio de convicción postulado, por cuanto, contrario a lo señalado por la demandante, está claro que no obstante la restricción legal general en orden a incorporar y valorar como prueba las declaraciones previas al juicio oral, existen algunas excepciones que permiten su ingreso al plexo probatorio según se trate de prueba de referencia, del uso del interrogatorio cruzado con fines de refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad, o de prueba complementaria o adjunta en eventos de retractación o modificación de la versión inicial, siempre que se cumpla con las previsiones atrás anotadas.

En ese orden, inicialmente corresponde verificar si la exposición rendida por ALBERTO TOBÓN POSADA antes del juicio oral fue incorporada adecuadamente como medio de prueba y, de ser afirmativa la respuesta a ese cuestionamiento, evaluará si el mérito asignado a ella por el *ad quem* como fundamento de la condena, responde a los postulados de la sana crítica, de cara al resto del acervo probatorio.

Frente al primer aspecto, se tiene que ALBERTO TOBÓN POSADA compareció al juicio oral y estuvo disponible para el

interrogatorio y contrainterrogatorio, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2012.

Así mismo, el registro de su testimonio enseña que, durante el interrogatorio directo, dicho deponente negó haber observado al que portaba el arma de fuego y menos los momentos en que éste disparó dentro del establecimiento de comercio de copropiedad del primero.

Adujo al respecto que, cuando se escuchó la detonación, se encontraba en la bodega del lugar y, al salir corriendo de ella, preocupado por su hermano que suele ser problemático cuando ingiere licor, le preguntó a éste «¿qué pasó?, ¿qué pasó?» y él le respondió que un tiro, y que no le había pasado nada, luego de lo cual vio a la gente «apiñada» en el andén y momentos después a las autoridades de policía que arribaron al lugar y preguntaron por lo sucedido, por lo que procedió a mostrarles el sitio en el que había quedado el arma.

De igual modo, aseguró que su hermano le dijo que el responsable había sido un señor que «ahí salió», que los policías le manifestaron que habían «cogido un señor» y que cuando rindió su declaración no sabía quién fue, por lo que esta versó sobre lo que le contó su consanguíneo.

Finalmente, narró que solamente se percató de la discusión en la que se había trezado su hermano RAFAEL con otra persona a la que no «detalló» porque estaba de espaldas,

pero era más o menos bajito y canoso, así como del arma que estaba encima de la barra.

Como quiera que, en declaración anterior, rendida el 23 de septiembre de 2011 a las 23:34 horas, es decir, menos de una hora después de los hechos, ALFONSO TOBÓN POSADA había identificado al sujeto que, previo altercado con RAFAEL, disparó al aire dentro del café, la representante de la Fiscalía acudió al mecanismo de impugnación de credibilidad, para lo cual el testigo leyó, entre explicación y explicación, los siguientes apartes de la entrevista:

(...) RAFAEL TOBÓN, la señora de él y otro señor el cual lo conozco de vista pero no se quién será comenzaron a dialogar y de un momento a otro se colocaron a discutir, mi hermano no le h[ic]o como caso y no se paró de la silla donde se encontraba, en ese momento observ[é] cuando sac[ó] del bolsillo de su chaqueta una (sic) arma de fuego como un revolver pequeño como una clase de chapuza color café y comenzó a intimidar a mi hermano y a los acompañantes, después de esto este señor coloc[ó] el arma de fuego hacia arriba y dispar[ó] dentro del negocio en una ocasión, luego retrocedí dos pasos, mi hermano lo abraz[ó] y este señor tiró el arma de fuego hacia un lado de [él], en esos momentos llego (sic) varias unidades de la policía y lo cogieron, yo les indiqué donde estaba el arma de fuego (...).²⁸

A continuación, el declarante fue requerido por la Fiscal para que explicara las razones por las que en su exposición previa manifestó haber visto cuando la persona que discutía con su hermano sacó de su chaqueta el arma, lo amenazó y después disparó y tiró el revolver hacia un lado, mientras en su declaración en el juicio se desdijo de lo dicho para afirmar

²⁸ Cfr. folio 66 del cuaderno original principal.

que no se percató de nada porque estaba en la bodega del establecimiento comercial.

El deponente, bajo marcado nerviosismo y ansiedad, respondió que lo que narró ante "el cuartel" de Policía se basó en lo que le contó su hermano y que lo expresó así porque estaba tensionado y preocupado por éste, dado su carácter problemático cuando está borracho, además que no estaba acostumbrado a que sucedieran cosas como estas en su negocio.

Así mismo, aclaró que i) sí distinguía al sujeto con el que discutió su familiar debido a que es un cliente del café e incluso se lo ha encontrado, con posterioridad a los hechos, un par de veces, ii) cuando salió de la bodega vio a su hermano discutiendo y forcejeando, ante lo cual le preguntó qué había sucedido y éste le expresó que un tiro, tras lo cual llegaron los policías, iii) le manifestó a los uniformados que ese día estaba en la bodega y iv) después de que le manifestó a los policiales que un señor había hecho un tiro, estos salieron a buscarlo, volviendo con un sujeto bajito, moreno y canoso que es el mismo que estuvo «palabreando», es decir, discutiendo con su hermano.

Por su parte, en el escenario del contrainterrogatorio, el testigo insistió en que no percibió por sí mismo los acontecimientos criminales porque estaba en la bodega, ante lo cual fue interrogado por el defensor acerca de la inconsistencia derivada de haber narrado en su entrevista que



vio cuando un señor hizo un disparo, explicando que lo que expuso en el "cuartel" de policía es porque le preguntó a su hermano qué pasó y éste le dijo *«tal y tal cosa»*²⁹, de manera que lo único que sintió fue la detonación y al salir solo vio el forcejeo, la bulla y el arma encima del mostrador.

Del mismo modo, se advierte que la funcionaria investigadora solicitó la introducción de la referida declaración anterior como testimonio adjunto, petición acogida por la juzgadora y frente a la cual la defensa expresó que no tenía ninguna manifestación que hacer.

Así las cosas, se advierte que la entrevista de ALBERTO TOBÓN POSADA cumplió los protocolos para su introducción como medio de prueba en tanto testimonio complementario, pues fue leída por el testigo -en los apartes atrás transcritos- y el deponente estuvo disponible para el interrogatorio y el contrainterrogatorio en punto de los aspectos contradictorios suscitados entre la exposición previa y la atestación realizada en el debate oral, salvaguardando, entonces, el principio de confrontación; por modo que, el Tribunal tampoco incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad.

3.2. Establecido que, dicho medio probatorio era susceptible de ser justipreciado por los juzgadores, corresponde a la Sala examinar si, como lo definió la segunda instancia merece crédito positivo como fundamento de la condena impuesta contra **NELSON SANTA MARÍN**, en tanto

²⁹ Cfr. folio 38:18-38:20 del audio 6 del Cd del juicio oral.

constituye prueba directa de la comisión del ilícito o, si es la versión entregada en el juicio la que ha debido imponerse al momento de decidir sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, como lo consideró el *a quo*, al absolver por duda probatoria.

Para el efecto, es del caso anotar que, si bien durante su declaración en el debate oral, ALBERTO TOBÓN POSADA fue reiterativo en afirmar que no vio a la persona que disparó dentro de su establecimiento de comercio, por cuanto en ese momento estaba en la bodega del lugar, el juez plural encontró inconsistencias relevantes en su relato que lo llevaron a creer tanto en la versión condensada en la plurimentada entrevista, la cual fue rendida menos de una hora después de acaecidos los sucesos, oportunidad esta en la que, por el contrario, admitió haber observado a la persona que, tras discutir con su hermano, sacó un arma de fuego de su chaqueta, hizo un disparo hacia arriba y luego tiró el revólver hacia un lado, como en la prueba de corroboración consistente en las declaraciones de los policiales captores, quienes al unísono narraron que, en el sitio de los hechos, dicho deponente y su hermano señalaron al investigado como el individuo que accionó dicho artefacto bélico.

En efecto, percibe la Sala que las inconsistencias intrínsecas y extrínsecas del relato examinado, advertidas por la colegiatura y ahora confirmadas por la Corte, no resultan de menor entidad -en tanto se ocupan de aspectos trascendentales- y tampoco, distinto a lo estimado por el *a quo*,



encuentran una justificación válida. Por el contrario, muestran un afán desmedido pero inocuo de excluir de toda incriminación al procesado.

Es así como el deponente se contradijo frente a: i) si vio o no a la persona que discutió con su hermano, ii) el sitio en el que estaba cuando se produjo el disparo y iii) el conocimiento previo o no del acusado; así como respecto del relato de los uniformados en cuanto a: i) el momento de la captura del procesado, ii) la identificación por parte del acusado y su hermano del sujeto que disparó el arma, iii) el sitio en el que fue hallado el revólver y iv) el número de policiales que llegaron a atender el caso.

Ciertamente, en torno a las contradicciones del deponente consigo mismo, advierte la Corte que, ALBERTO TOBÓN POSADA, en principio, negó haber observado al sujeto que se enfrentó a su familiar bajo la prédica de que estaba laborando, pero, ante la insistencia de la Fiscalía, admitió que sí lo vio, aunque luego aclaró que lo miró por la espalda y pudo darse cuenta que era "más o menos bajito" y canoso e incluso que estaba abrazado a su hermano.

Así también, el testigo señaló que, cuando escuchó la detonación **venía** de la bodega y vio cuando su pariente se abrazaba y forcejeaba con la persona que discutía, pero también dijo que **estaba** en la bodega y por eso no se percató de nada.

De igual manera, el deponente afirmó que la persona involucrada en la discusión con su hermano era un cliente de su establecimiento de comercio; no obstante, luego precisó que no era un cliente habitual en su negocio. Además, tampoco fue asertivo al identificarlo como la persona capturada ya que únicamente ante una pregunta de la Fiscalía terminó admitiendo que era la misma persona.

Ahora, mientras el atestante señaló que la aprehensión del acusado se produjo luego de que RAFAEL TOBÓN POSADA lo señaló como el artífice del disparo, que el revólver estaba encima del mostrador del lugar, sitio al que habrían sido conducidos los policías para su incautación y que el operativo contó con 6 o 7 agentes, los uniformados RICHARD ANDRÉS MORALES RAMÍREZ y JOSÉ LUIS QUIJANO BUENO contaron de manera clara, fiel y detallada que i) la retención del acusado ocurrió antes de que les fuera enseñado por ALBERTO y RAFAEL TOBÓN POSADA, pues, al investigado lo retuvieron al divisarlo saliendo del café, debido a que respondía a las características personales entregadas por el radioperador de la central de radio de la Policía, ii) el reconocimiento del ofensor por los hermanos TOBÓN POSADA se produjo con posterioridad a esa circunstancia; iii) el revólver lo encontraron tirado en el suelo al lado del mostrador; iv) al operativo acudió una patrulla motorizada integrada por los señalados policías captores.

Las disparidades en la narración de ALBERTO TOBÓN POSADA, más la forma nerviosa, atropellada y poco asertiva de la exposición suministrada en el juicio por él, aunado a las



diferencias sustanciales con lo vertido, en cambio, de manera uniforme por los policiales, delata que el testigo no se apegó a la verdad en el debate oral y que, como lo concluyó el Tribunal, se impone darle crédito a lo narrado por TOBÓN POSADA en la entrevista rendida cerca de una hora después de los hechos.

A ello se debe sumar lo sinuoso y artificioso de las explicaciones brindadas por aquél para justificar su cambio de versión.

Nótese, al respecto, cómo al ser interrogado por la Fiscal sobre los motivos que lo condujeron a retractarse del señalamiento inicialmente realizado contra el procesado, se limitó a señalar que, para cuando rindió la entrevista se sentía asustado y tensionado por su hermano, quien solía ser problemático en estado de ebriedad, aunque también señaló haber estado preocupado por el negocio porque estaba solo, justificaciones que no solo no explican el cambio de versión en punto de la persona a la que vio portando el arma de fuego, pues ninguna relación tienen con la posibilidad de percibir o no al individuo que portaba el arma de fuego, sino que ignora que, para el instante de la declaración, el testigo sabía perfectamente que su pariente no había sufrido ninguna lesión por cuenta de la discusión en que se trenzó con el procesado y además que el establecimiento de comercio no se encontraba solo porque admitió que había una empleada en él.

De igual manera, producto de una pregunta sugestiva elaborada bajo las reglas del contrainterrogatorio, el testigo le aseguró al defensor que declaró como lo hizo en su entrevista, porque su hermano así se lo contó, explicación que tampoco resulta satisfactoria si se considera que, en dicha ocasión no hizo referencia al conocimiento indirecto de los hechos y, siempre se expresó como el sujeto que realizaba las acciones expresadas por el verbo **observar**, esto es, como la persona que **vio** al sujeto que discutió con su hermano, sacó el arma de su chaqueta para disparar hacia el techo y enseguida la tiró a un lado.

De lo anterior se sigue que, la declaración inicial de TOBÓN POSADA es digna de crédito mientras que su declaración posterior está claramente orientada a tergiversar la verdad con el fin de favorecer al procesado.

Ahora bien, no se puede pasar por alto que, la *a quo* opinó diferente por cuanto consideró que no habían otras pruebas que apuntalaran la incriminación inicialmente realizada por el procesado (*verbi gratia*, testimonio de RAFAEL TOBÓN POSADA, entrevistas de personas presentes en el establecimiento de comercio, pruebas técnicas de dactiloscopia y residuo de disparo en mano) y porque esa exposición anterior no merecía crédito, por cuanto:

i) En el lugar de los hechos no se encontró la chapuza color café de la que habló el testigo en esa ocasión;

ii) La intermediación con la práctica del testimonio permitió observar que él declaró tranquilo.

iii) Es

(...) aceptable que un hermano trate de apoyar al otro en lo que manifiesta y atendiendo los nervios que tenía en ese momento, ya que cuando algo así ocurre es normal que alguien de una versión de lo acontecido y otra persona lo tome como su propia vivencia con el fin que la autoridad tome medidas en el asunto, pero pudiendo luego reflexionar y darse cuenta que no puede seguir con la misma versión porque en realidad no lo presenció y se va a enfrentar en un juicio a las preguntas de la Fiscalía y la defensa pudiéndose establecer que no estaba diciendo la verdad, por lo que es permitido aclarar el por qué hizo tal declaración³⁰.

iv) Si el acusado hubiera sido el propietario del arma habría huido inmediatamente del lugar, *«para lo cual sólo habría requerido 2 minutos sin que hasta ese momento hubiera llegado la policía»³¹*, la cual arribó 5 o 10 minutos después.

v) No es normal que, después de un disparo, una persona desarmada -el hermano del testigo, RAFAEL- se abraza a otra armada -**NELSON SANTA MARÍN**-, pues lo corriente *«es que salgan corriendo por el miedo que ello genera»³²*.

vi) La falta de comparecencia de RAFAEL TOBÓN POSADA y el cambio de declaración de ALBERTO TOBÓN POSADA se debe a que *«no tienen muy claro lo ocurrido»³³*, sobre todo si el primero estaba embriagado para esa fecha.

³⁰ Cfr. folio 73 del cuaderno original principal.

³¹ Cfr. folio 73 *ibidem*.

³² Cfr. folio 73 *ibidem*.

³³ Cfr. folio 73 *ibidem*.

AC

Al respecto, de entrada, se ofrece destacar que la juez de primer nivel pretendió imponer una tarifa probatoria ajena al sistema de enjuiciamiento procesal vigente, en la medida que echa de menos el recaudo y práctica de múltiples medios de prueba -testimonial y pericial- en orden a acreditar la materialidad de la conducta punible investigada y la responsabilidad penal, cuando no solo existe una prueba directa que, con suficiencia, demuestra tales aspectos: entrevista de ALBERTO TOBÓN POSADA incorporada como testimonio adjunto, además de la prueba de corroboración a partir de la cual es posible establecer que dicho testigo mintió cuando se retractó de la incriminación inicial.

Igualmente, es evidente que, tal como lo reseñó el Tribunal, no resulta extraño que no se recaudaran todos los elementos materiales de prueba que pudieren estar presentes en la escena de los acontecimientos, debido a que se recolectó lo esencial: el arma de fuego y las entrevistas de las personas que se reputaban perjudicados con el disparo dentro de su local comercial.

De otra parte, aunque la juez unipersonal asevera que durante su intervención en el juicio oral ALBERTO TOBÓN POSADA declaró de manera tranquila y no nerviosa como lo advirió la delegada del ente de persecución penal en los alegatos de cierre, la auscultación del registro magnetofónico le permitió a la Corte constatar, junto con los delegados de la Procuraduría y la Fiscalía ante esta Corporación, que no se trató de un testimonio reposado, pausado y claro, sino de una

declaración marcada por la confusión, el nerviosismo, la ansiedad y la contradicción, lo cual, a voces del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 permite sospechar que lo narrado en esa ocasión no se atuvo a la realidad.

Así mismo, aunque nadie podría discutir que la solidaridad que surge de los lazos familiares puede conducir a las personas a favorecerse entre sí en distintos ámbitos de la cotidianidad, no resulta atendible la “regla” incorporada por la juzgadora en el sentido que es común que las personas cuenten las vivencias de otras personas como suyas, pues lo usual, por el contrario, es que los individuos narren lo percibido por sí mismos y lo que supieron a través de otros, haciendo expresa salvedad de esta circunstancia.

Así, en la entrevista que nos ocupa, ALBERTO TOBÓN POSADA fue preciso en delimitar o especificar las acciones desarrolladas por él, por su hermano, por sus acompañantes y por el procesado, no dejando ningún margen de duda al respecto, además que, en el juicio, el deponente tampoco mostró el arrepentimiento de que habla la *a quo* por describir una historia que no le pertenecía sino a su consanguíneo.

De otro lado, advierte la Sala que, para haberle conferido valor suasorio a la entrevista rendida por TOBÓN POSADA, la sentenciadora de primer grado reclama del procesado haber huido del lugar en un escaso tiempo tras la perpetración del disparo; sin embargo, desconoce que, precisamente, ese fue el comportamiento del acusado, quien fue retenido por los

policiales saliendo del lugar de manera apresurada, 3 o 4 minutos después de dicho acontecimiento.

Es de destacar que, en aras de desacreditar la mentada declaración anterior del testigo, la juzgadora también estima que no es corriente que, después del disparo, una persona desarmada -el hermano del testigo, RAFAEL- se abraza a otra armada -**NELSON SANTA MARÍN**-, pues lo usual, opina, *«es que salgan corriendo por el miedo que ello genera»*³⁴. No obstante, inadvierte que el deponente hizo referencia a esa reacción de su hermano tanto en la entrevista como en el juicio oral, lo cual descarta que mintiera sobre este específico punto en ambos escenarios, así como también desconoce, de cara a este argumento, que RAFAEL estaba ebrio y de él podrían predicarse comportamientos no convencionales para un sujeto que se encuentre en estado de sobriedad.

Finalmente, resulta del todo especulativo afirmar como lo hizo la falladora que ALBERTO TOBÓN POSADA y su hermano *«no tienen muy claro lo ocurrido»*³⁵, pues esa premisa no se funda en manifestación alguna del primero.

En ese orden, la Corte es del criterio que, el raciocinio del sentenciador plural en el sentido que **NELSON SANTA MARÍN** es responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de portar, a título de autor, es acertado, toda vez que, el testimonio rendido por ALBERTO TOBÓN POSADA -cuya

³⁴ Cfr. folio 73 *ibidem*.

³⁵ Cfr. folio 73 *ibidem*.

base es su declaración anterior- y los dichos de los policiales RICHARD ANDRÉS MORALES RAMÍREZ y JOSÉ LUIS QUIJANO BUENO conducen al convencimiento más allá de toda duda razonable que, el 23 de septiembre de 2011, **SANTA MARÍN** portó un revólver respecto del cual no tenía permiso de autoridad competente³⁶, el cual accionó dentro del Café “El Nogal”, al calor de una discusión con RAFAEL TOBÓN POSADA.

Así las cosas, como el yerro que el demandante le atribuye al fallo de segundo grado no aparece acreditado y la Corte verificó a profundidad la corrección de los fundamentos probatorios del juicio de reproche, garantizando, de este modo, el derecho fundamental a la impugnación de la sentencia que condenó al procesado, por primera vez, en segunda instancia, la Sala no lo casará.

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. No casar la sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira contra **NELSON SANTA MARÍN**.

Segundo. Contra esta decisión no proceden recursos.

³⁶ Lo cual se probó mediante certificación 0319 expedida por el batallón de Artillería N° 8 del Batallón San Mateo, la cual fue estipulada por las partes.

Tercero. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase



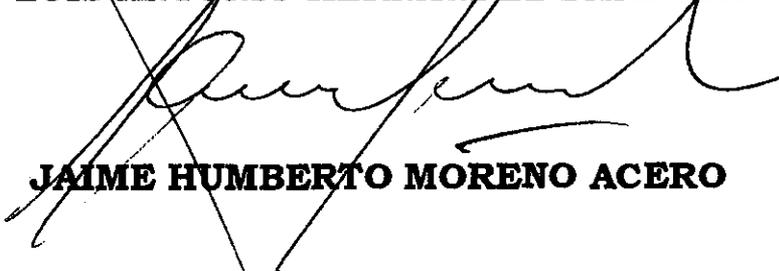
EYDER PATIÑO CABRERA
Presidente

LICENCIA
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

~~**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**~~



~~**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**~~

~~**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**~~



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria