



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP729-2021
Radicación 53.057
Acta n° 48

Bogotá, D. C., tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Efectuado el trámite de sustentación del recurso extraordinario de casación en los términos previstos en el art. 3° del Acuerdo 020 de 2020, expedido por la Sala de Casación

Penal de la Corte Suprema de Justicia, se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de NIBEY GÓNGORA CASTRO, contra la sentencia del 18 de abril de 2018, proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

I. HECHOS

Según la acusación, el 28 de julio de 2012 a las 11:20 a.m. aproximadamente, en la vereda La Caimanera de El Espinal (Tolima), NIBEY GÓNGORA CASTRO fue sorprendido y aprehendido portando -sin permiso de autoridad competente- cinco cartuchos tipo común, calibre 38 *Special* (largo), de fabricación industrial, marca INDUMIL, en buen estado de conservación y aptos para ser percutidos.

La munición le fue hallada al señor GÓNGORA CASTRO en el bolsillo derecho de la sudadera que vestía, al ser requisado luego de una persecución policial en un cultivo de arroz en el que aquél quiso esconderse y evadir los requerimientos de los agentes de policía.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Con fundamento en los referidos hechos, el 29 de julio de 2012, ante el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de El Espinal, la Fiscalía formuló imputación a NIBEY GÓNGORA CASTRO como posible autor de *porte de*

municiones (art. 365 C.P.). El imputado, tras no aceptar los cargos, fue detenido preventivamente.

El 13 de febrero de 2013, ante el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de dicho municipio, la Fiscalía acusó a NIBEY GÓNGORA CASTRO como probable autor de dicha conducta punible (art. 365 inc. 1° del C.P.).

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo *absolutorio*, el juez dictó la respectiva sentencia el 19 de septiembre de 2017.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el fiscal, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante la sentencia ya referida, revocó el fallo de primer grado. En su lugar, condenó a NIBEY GÓNGORA CASTRO, como autor de *porte de municiones*, a las penas de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 108 meses¹. Además, negó tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda. Pese a los defectos evidenciados en el planteamiento y la sustentación de los cargos, la Sala admitió el libelo para estudiar de fondo todos los reclamos y, de esta manera, garantizar el derecho a la *doble conformidad*.

¹ Pena mínima para el delito previsto en el art. 365 del C.P., modificado por el art. 19 de la Ley 1453 de 2011, norma declarada exequible mediante la sent. C-121 de 2012.

Efectuado el trámite de sustentación, con pronunciamiento del impugnante, de la Fiscal 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia y el Procurador 2° delegado para la Casación Penal, la Sala procede a dictar el fallo de rigor.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1. Por la vía del art. 181-3 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), el defensor denuncia la violación *directa* de la ley sustancial, por *aplicación indebida* de los arts. 44 y 365 del C.P. y *falta de aplicación* del art. 9° *ídem*. Esas infracciones, puntualiza, derivan de “*error de hecho por falso raciocinio*”, por trasgresión de las “*reglas de la sana crítica*” en la valoración de los testimonios de cargo.

En la sentencia censurada, prosigue, se les otorgó plena credibilidad a las declaraciones rendidas por los miembros de la Policía Nacional, pese a las notables “*contradicciones, incoherencias, imprecisiones, confusiones e inconsistencias*” en las que incurrieron al referirse a la manera como habrían acaecido los hechos. En ese sentido, destaca, el tribunal “*abandonó ostensiblemente la lógica que preside la sana crítica*”, en la medida en que no existió una conexión “*lógica*” entre las declaraciones rendidas por los miembros de la Policía Nacional y la evidencia “*supuestamente recolectada*” en la escena del crimen.

A su modo de ver, es inverosímil el supuesto enfrentamiento a disparos narrado por los agentes de policía. De ser ello cierto, afirma, el acusado no habría fallado, pues por haber sido soldado profesional tenía experiencia en manejo de armas. Incluso, se

encontraba a poca distancia de aquéllos y tenía una despejada visión de disparo.

Tampoco, enfatiza, se aviene a “*las reglas de la experiencia*” que, como fue consignado en el informe de captura en flagrancia, alguien pueda portar un revólver en el cinto de una “*sudadera o pantaloneta*”, pues esas prendas no soportan el peso de un arma. Además, el *ad quem* pasa por alto que, en juicio, los policías manifestaron no haber visto el arma de fuego presuntamente portada por el procesado, como tampoco tenían claro de dónde la sacó ni si se trataba de un revolver o una pistola.

Antes bien, resalta, bajo la óptica de “*la sana crítica y el sentido común*”, resulta coherente que cualquier persona, frente a un comportamiento arbitrario y amenazante, busque salvaguardar su integridad física y su vida, como lo hizo NIBEY GÓNGORA, sin que ello implique que éste se sabía portador de municiones.

En igual sentido, añade, el *ad quem* erró en el análisis probatorio al sostener que, por haber sido miembro del Ejército Nacional, el procesado era conocedor del procedimiento policial y, por ende, no tenía que emprender la huida. En su criterio, este aspecto debió haber sido analizado de manera diversa, a saber, que NIBEY GÓNGORA reaccionó frente a los disparos que sí hicieron los policías, quienes arbitrariamente lo señalaron como presunto autor de una conducta punible (supuestamente reportada por radio). Ello, desde su perspectiva, hace que un ex militar comprenda la situación de riesgo y amenaza en la que se encuentra y decida salvaguardarse.

Lo anterior, dice, aunado a la carencia de prueba que corrobore el dicho de los uniformados, da cuenta de la falsedad

del relato vertido por los agentes captores y demuestra que la escena fue “*montada*” con posterioridad a la aprehensión y traslado del acusado a la estación de policía. Además, llama la atención, La Fiscalía no aportó prueba demostrativa del reporte de la central de radio, como tampoco acreditó los hechos que motivaron la alerta, la existencia de las víctimas del supuesto delito ni los resultados del despliegue policial posterior al hecho.

Lo único que se corroboró con el informe de balística aportado, enfatiza, fue la aptitud de los cartuchos para ser percutidos, mas no el efectivo porte de éstos por el acusado. Asimismo, sostiene, el acta de incautación carece de peso probatorio, como quiera que las circunstancias que rodearon su suscripción hacen que no pueda ser apreciada como prueba de corroboración. En esas condiciones, afirma, no cabe duda de que el señor GÓNGORA CASTRO fue víctima de “*un cargue*”, pues a los proyectiles, hallados en una bolsa, no se les practicó cotejo dactiloscópico.

A su juicio, la condena sólo resultaría legal si se hubiese probado suficientemente que el acusado portaba consigo municiones, si era su costumbre hacerlo, si socialmente se le distinguía por ello y si, con antelación, lo había hecho.

Adicionalmente, alega, se echan de menos otros “*registros probatorios*” que confirmen la hipótesis delictiva. En ese sentido, subraya, es increíble que la Policía Nacional no hubiera dispuesto el desplazamiento de unidades de policía judicial para buscar el arma de fuego que el procesado habría lanzado al cultivo. Un comandante, agrega, no aceptaría una explicación tan simple

como que el arma se sumergió en el fango y fue imposible encontrarla.

Igualmente, puntualiza, brilla por su ausencia la práctica de una prueba científica de absorción atómica al procesado; tampoco se cuenta con otros testimonios que den fe del porte, hallazgo o incautación de la munición y, mucho menos, hubo labores de vecindario para establecer si anteriormente el acusado había portado armas o municiones.

Pese a los denunciados errores de valoración probatoria, finaliza, el tribunal tachó de “*sutiles e imperceptibles las evidentes tergiversaciones de los relatos*” de los policías, a la vez que desconoció el principio lógico de razón suficiente.

En esos términos, solicita a la Corte que case la sentencia y, en su lugar, ratifique la absolución dictada en primera instancia. Dentro del traslado para sustentación, el demandante se ratificó en dicha pretensión, efecto para el cual reiteró los argumentos expuestos en el libelo.

3.2. Para **la fiscal**, la censura no ha de prosperar, pues los argumentos del demandante pasan por alto que las estipulaciones probatorias, junto con las pruebas documentales y testimoniales, dan cuenta de que el 28 de julio de 2012, luego de una persecución en zona rural del municipio de El Espinal, NIBEY GÓNGORA CASTRO fue aprehendido por miembros de la Policía Nacional llevando consigo 5 cartuchos calibre 38 -aptos para ser disparados-, sin permiso de la autoridad competente.

Aunado a lo anterior, resalta, la hipótesis defensiva se basa en el mero dicho del procesado, careciendo de respaldo probatorio. De ahí que, en su criterio, no se pueda dar por probado el supuesto complot de los agentes captores para perjudicar al señor GÓNGORA CASTRO. Menos cuando no se evidenció ninguna enemistad o animadversión de aquéllos hacia el acusado. Por el contrario, enfatiza, se estableció que los servidores públicos actuaron conforme a la ley y fue el hallazgo de la munición en poder de NIBEY GÓNGORA lo que motivó su aprehensión y traslado a la estación de policía.

Con fundamento en tales argumentos, solicita a la Corte abstenerse de casar la sentencia impugnada.

En similares términos, el **procurador para la casación penal** conceptúa que el fallo impugnado no debe casarse. En su entender, el tribunal valoró las pruebas -de cargo y descargo- de conformidad con el ordenamiento jurídico, determinando correctamente que el procesado es responsable por la comisión del delito de fabricación, tráfico, *porte o tenencia* de armas de fuego, accesorios, partes o *municiones*.

En suma, considera que el censor, desconociendo los fundamentos en que se sustenta la condena y sin acreditar ningún supuesto de violación indirecta de la ley, pretende que las pruebas se valoren conforme a sus propios criterios, desconociendo la realidad procesal y trayendo a colación infundados “*argumentos que enlodan la actuación de los policiales*”.

De suerte que, concluye, siendo increíble que los policías hubieran hecho un montaje para perjudicar a NIBEY GÓNGORA CASTRO, no existe duda acerca de la materialidad de la conducta a él atribuida.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. Pese a los errores de planteamiento y sustentación de los cargos formulados en la demanda, la Sala superó los defectos para emitir un pronunciamiento de fondo, desde la óptica de verificación del cumplimiento de los estándares probatorios necesarios para dictar sentencia condenatoria, en orden a satisfacer el derecho a la doble conformidad.

Como la censura centra su refutación en errores de valoración probatoria, la Sala procederá, en primer lugar, a reconstruir la estructura argumentativa del fallo impugnado (num. 4.2.1.). En segundo término, determinará si el *ad quem* cometió alguna infracción que invalide el escrutinio probatorio aplicado (num. 4.2.2.). Con esa base, en tercer orden, habrá de establecerse si las declaraciones de hechos que integran el fallo deben modificarse o si, en ausencia de yerros en su construcción, han de permanecer inmodificables (num. 4.3.).

4.2.1. Pues bien, según se extracta de la sentencia de segunda instancia, por vía de estipulaciones se acreditó, por una parte, que NIBEY GÓNGORA CASTRO no aparece registrado como poseedor legal de armas de fuego, así como que “*la munición es idónea para ser percutida y disparada y que corresponde a un calibre 38 Special*”; por otra, que el acusado fue capturado en la arrocera ubicada en la vereda La Caimanera, lugar de características registradas en el informe topográfico y el acta de

inspección a lugares, elaborados por los investigadores Ancizar Cruz Arias y Ramiro Eduardo Gómez Becerra.

Que el señor GÓNGORA CASTRO portaba la referida munición, *en criterio del tribunal*, “*está probado documentalmente con el acta de incautación*” suscrita por el patrullero Milton Soto Ávila, con quien en juicio se “*incorporó el documento*”. “*En el acta*”, se lee en la sentencia, existe constancia de que los cartuchos fueron hallados en poder del procesado, motivo por el cual se le dio captura en flagrancia en la vereda La Caimanera.

Para el *ad quem*, “**la anuencia expresada por el procesado a que fue sorprendido llevando consigo los cinco cartuchos calibre 38, se documentó debidamente y es evidencia de que sí portaba la munición, pese a carecer de la autorización de rigor**”. Y si bien el acusado declaró en juicio que firmó el acta de incautación inducido en error por los policías, tal explicación es inverosímil.

En efecto, según el tribunal, no es creíble sostener que el procesado firmó el acta de incautación bajo la creencia que ese era el mecanismo mediante el cual recobraría su libertad, según lo prometieron los agentes de policía. Esa hipótesis, planteada por NIBEY GÓNGORA como testigo en su causa, carece de solidez para el juzgador, pues aquél no es analfabeto y, además, es un exsoldado profesional que cuenta con la formación básica para entender un procedimiento de incautación, así como los efectos derivados de signar el acta.

Sobre el particular, en la sentencia impugnada se lee:

*Así mismo, no es creíble lo expuesto por el acusado en el sentido que firmó los documentos porque en el comando “le dijeron que lo hiciera y que en la tarde lo dejaban libre”, ya que **si no tenía la munición cuando fue capturado, lo normal era que se hubiera abstenido de firmar el acta de incautación**, en la que claramente **se indica que en su poder fueron hallados cinco cartuchos calibre 38 Special** marca Indumil, firma que coincide con la que aparece estampada en el acta de derechos del capturado.*

No debe dejarse de lado que el acusado terminó estudios de secundaria y que, según lo expuesto por él mismo, estuvo seis años en el Ejército Nacional, dos de ellos prestando servicio militar y el tiempo restante como soldado profesional, habiéndose retirado de la milicia un año antes de los hechos, lo cual indica que tenía conocimiento de que, cuando se incautan armas o municiones, se elabora un acta y se firma por la persona a la que se le halló, lo que hace menos creíble que, de no haberse encontrado los cartuchos en su poder, en forma libre y voluntaria hubiera optado por suscribir un documento aceptando que los llevaba consigo.

Por otra parte, según el fallo impugnado, los agentes de policía que participaron en el procedimiento de captura de NIBEY GÓNGORA dan cuenta de las circunstancias y los motivos por los cuales aquél fue aprehendido. En criterio del *ad quem*, la versión inculpativa de los policías de vigilancia es digna de credibilidad, por cuanto i) sus relatos en juicio se ofrecen verosímiles a la luz de las reglas de la experiencia; ii) no se evidencian motivos plausibles para explicar una falsa inculpativa y, iii) *en lo esencial*, los testigos de descargo corroboran la secuencia de hechos expuesta por los policías.

Para el tribunal, en síntesis, el patrullero John Elkin Rojas declaró que, en horas de la mañana del 28 de julio de 2012, al acudir a la vía a La Caimanera en respuesta a un reporte de central de radio, observaron a un sujeto que, al notar su presencia, emprendió huida hacia un lote sin siembra. Su compañero inició la persecución y, después, él salió en su apoyo. El hombre, según el testigo, ingresó a un cultivo de arroz de aproximadamente 1.30 o 1.40 metros de altura, pero finalmente fue capturado por él y su compañero lo requisó, hallándole en el bolsillo de la pantaloneta una bolsa con unos cartuchos calibre 38 -sin que recuerde cuántos-. Sostiene que en el curso de la persecución escuchó detonaciones y observó cuando el perseguido arrojó un objeto similar a un arma de fuego a la plantación, el cual no pudo ser hallado en la maleza y el lodo.

En punto de credibilidad, el tribunal expuso:

El policía Rojas, de forma clara, coherente e inequívoca, sindicó al procesado de ser la persona que capturó en horas de la mañana en La Caimanera, a quien se le incautaron cinco cartuchos, habiendo ilustrado en detalle no sólo el momento de la aprehensión, sino aspectos previos y posteriores al mismo, el sitio donde ocurrió, la hora aproximada, el motivo de su presencia en el lugar y demás circunstancias, únicamente susceptibles de ser advertidas por quien en realidad vivió los acontecimientos.

Adicionalmente, no se observa que el testigo tenga interés diferente al de relatar lo que realmente ocurrió, pues carece de motivo para querer perjudicar al acusado con falsas sindicaciones, ya que nunca habían tenido diferencias o problemas; ni siquiera lo conocía. Además, la presencia del testigo en el sector obedeció a las instrucciones impartidas

por la central de radio de la Policía Nacional y la captura en flagrancia del acusado se dio por la actitud que este desplegó al notar la presencia de la fuerza pública.

Si bien el prenombrado testigo, resalta, incurrió en imprecisiones sobre el número de detonaciones que escuchó cuando iban en persecución del acusado -pues en la investigación había indicado que fueron dos y en juicio habló de tres-, mientras que, en punto del arma, en juicio aclaró que no tenía claridad sobre si el procesado llevaba un artefacto de esa naturaleza, tales aspectos son insuficientes para restarle credibilidad, pues en el “*aspecto central*”, esto es, el hallazgo de *la munición* en poder de NIBEY GÓNGORA -hecho por el que se formuló acusación-, su versión es contundente. Además, la falta de precisión en detalles es atribuible a que, entre la declaración anterior y el testimonio en el juicio, transcurrieron más de tres años.

A su turno, prosigue la sentencia, el agente Milton Soto Ávila hizo un recuento similar sobre el operativo. Aquél indicó que la central de radio les reportó un caso de acto sexual abusivo en el sector de La Caimanera, por lo que se dirigió allí con su compañero John Elkin Rojas. Luego les reportaron la ocurrencia de un hurto a un camión de gas en dicho lugar. Al arribar observaron a un sujeto que, al percatarse de la presencia policial, inmediatamente emprendió la huida. Iniciaron su persecución -durante la que hubo detonaciones- y finalmente sometieron al señor GÓNGORA CASTRO en un cultivo de arroz. Al requisarlo, le encontró unos cartuchos calibre 38, por lo que se procedió a capturarlo.

Si bien, subraya el tribunal, al confrontar lo que el testigo dijo en el juicio con lo declarado en entrevistas se observan

algunas diferencias, respecto a la vestimenta del aprehendido, el número de detonaciones y el estado del clima, esas imprecisiones en manera alguna les restan credibilidad a sus dichos, pues en el “*aspecto toral*” -la incautación de las *municiones* en poder del procesado- su relato fue reiterativo y consistente.

Tampoco, puntualiza el *ad quem*, se pusieron de manifiesto situaciones que denotaran interés del testigo para perjudicar al procesado con una falsa incriminación, de donde se colige que no tenía motivos para relatar nada distinto a lo realmente ocurrido. Si bien los agentes se vieron obligados a entrar en el fango para capturar al acusado, por lo que embarraron su vestimenta e, incluso, perdieron sus zapatos en la persecución, tal eventualidad, en su criterio, es insuficiente para explicar una falsa incriminación, que a su vez comportaría la incursión en delitos por los policías testigos.

Adicionalmente, se enfatiza en la sentencia, es cierto que los agentes, durante el contrainterrogatorio, reconocieron que, en curso de la investigación, habían afirmado que el procesado lanzó un arma de fuego al fango durante la persecución, mientras que, en el juicio, aseveraron no estar seguros de qué objeto fue el que aquél arrojó. Empero, tal aspecto, en criterio del tribunal, carece de relevancia de cara a la hipótesis delictiva, pues al señor GÓNGORA CASTRO no se le acusó por porte de armas, sino por porte *de municiones*.

Con todo, destaca, es creíble que el objeto lanzado por el procesado no hubiera sido encontrado por los policías, como quiera que el lote donde estaba sembrado el arroz permanecía totalmente enlagueado y enfangado.

Aunado a lo anterior, continúa, el testimonio de descargo de John Jairo Góngora Cardozo ratifica que, en efecto, hubo una persecución policial en la que los patrulleros seguían a NIBEY GÓNGORA, durante la cual se escucharon detonaciones. Además, para el *ad quem*, el comportamiento del acusado, al huir de los policías tan pronto los vio, es compatible con que aquél estaba involucrado en conductas delictivas, pues si no estaba haciendo nada ilegal no tenía por qué escapar y esconderse.

Según su juicio, es increíble la explicación dada por el procesado -como testigo en su propia causa- sobre los motivos que tuvo para huir de los agentes. Aquél indicó que los policías le apuntaban con armas de fuego e informaron por radio “*que tenían al muchacho moreno con sudadera negra y peluqueado de cresta*”, por lo que él se asustó y huyó hacia un lote de arroz donde fue capturado. En el trayecto, destacó, los agentes hicieron tres o cuatro disparos para que se detuviera, pero siguió corriendo y se escondió. Así mismo, sostuvo que los agentes dieron positivo de haber capturado a una banda en “*el Distrito de Policía*”, donde aparecieron los cartuchos y los patrulleros le dijeron “*a usted se le va barato, firme acá y ya por la tarde lo soltamos, y uno asustado ahí con la ley, les firma*”.

Sobre este último particular, el *ad quem* puso de presente que esa hipótesis es manifiestamente infundada, pues no se probaron razones para que los agentes procedieran de esa ilegal manera, la formación militar del procesado hace improbable que hubiera firmado el acta de incautación de una munición que no portaba y el dicho de aquél carece de respaldo.

Por último, puntualiza, por la forma en que fue hallada la munición y el buen estado de la misma, “*no se puede considerar que el imputado la tenía para coleccionarla o con un ideal noble... Aquél manifestó ser agricultor, actividad que nada tiene que ver con el porte de municiones, lo que permite colegir que la tenía para otros fines, como entregarla a otra persona o como carga alterna de un revólver, del que muy seguramente se descargó antes de ser capturado por los uniformados*”.

A la luz de tales razonamientos probatorios, concluye, se acredita en un grado de conocimiento más allá de duda razonable que el acusado es responsable como autor de porte *de municiones*, contrario a lo considerado por el *a quo*, que sustentó la absolución en la falta de prueba sobre el porte de un *arma de fuego* por el procesado. Mas ello, subraya, es desatinado, pues los hechos jurídicamente relevantes por los cuales el señor GÓNGORA CASTRO fue convocado a juicio tienen que ver con llevar consigo *los cartuchos*, no un revólver. Y esa munición, teniendo plena aptitud para ser disparada, amenaza efectivamente la seguridad pública, al tiempo que la conducta de porte fue desplegada por el procesado en condiciones que le permitían conocer la ilicitud de su conducta, estando en posibilidad de actuar de manera diferente.

4.2.2. Pues bien, reconstruida la argumentación probatoria que soporta la declaratoria de responsabilidad penal, la Sala advierte de entrada que el fallo de segunda instancia tiene entre sus principales fundamentos el acta de incautación elaborada por los policiales que capturaron al procesado, la que, además fue suscrita por este. La postura del Tribunal frente a este documento es inadmisibile por las razones que se exponen a continuación.

4.2.2.1. *El valor probatorio de las actas de incautación*

En primer término, debe recordarse que el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 diferencia las fases de investigación y de juzgamiento, las que, a su vez, se dividen en etapas, a saber, la de indagación e investigación, para la primera, y la de acusación, preparatoria y juicio, para la segunda.

Tras más de 15 años de vigencia de este modelo procesal, es pacífico que la sentencia solo puede tener como sustento las pruebas que hayan sido practicadas en el juicio oral, con inmediación, concentración, contradicción, confrontación, etcétera, tal y como lo dispone expresamente la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior, sin perjuicio de algunos casos excepcionales de admisión de prueba de referencia.

Sobre esa base, el legislador reguló aspectos trascendentes del sistema penal, que resultan novedosos si se compara el modelo previsto en la Ley 906 de 2004 con los que le preceden (*Ley 600 de 2000, Decreto ley 2700 de 1991, entre otros*), caracterizados por la permanencia de la prueba y por la mínima consagración de reglas de evidencia, lo que facilitaba el ingreso de mucha más información, sin mayores miramientos a su confiabilidad y a la materialización de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, se trata de un cambio considerable, cuya asimilación puede dificultarse, principalmente si las nuevas

reglas de evidencia se abordan a la luz de la tradición procesal en la que se insertan la Ley 600 de 2000 y los otros regímenes procesales que han tenido vigencia en el país. En efecto, ello puede dar lugar a que la nueva reglamentación se considere como un obstáculo innecesario o como un culto irreflexivo a las formas, que afecta gravemente la eficacia de la administración de justicia.

Para enfrentar esa situación, la Sala ha realizado un proceso paulatino de explicación de dichas reglas, en orden a desarrollar sus dos principales dimensiones: (i) la materialización de las garantías debidas al procesado, tanto las consagradas en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, como las previstas en el ordenamiento interno; y (ii) el objetivo de que los jueces cuenten con la mejor evidencia posible para tomar sus decisiones.

En materia de prueba testimonial, se ha resaltado que la Ley 906 de 2004 regula ampliamente el derecho a la confrontación, erigido en **garantía judicial mínima** del procesado en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 8 y 14, respectivamente (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Igualmente, ha resaltado que este derecho está expresamente consagrado en las normas rectoras 8 y 16 del ordenamiento procesal penal, y encuentra un desarrollo específico en la reglamentación del interrogatorio cruzado de testigos (ídem).

En la misma línea, la Sala ha analizado los elementos estructurales de esa garantía judicial mínima, entre los que se destacan: (i) el control del interrogatorio, (ii) la posibilidad real de

interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas dispuestas para el contrainterrogatorio y, en general, para la impugnación de la credibilidad; y (iii) la posibilidad de lograr la comparecencia forzosa de los testigos.

Sobre esta base conceptual, la Sala ha decantado que las declaraciones rendidas por los testigos antes del juicio oral pueden ser utilizadas de dos formas diferentes en este escenario, a saber: (i) para facilitar el interrogatorio cruzado, a través del refrescamiento de memoria o la impugnación de la credibilidad; y (ii) como prueba, en los casos excepcionales de admisión de prueba de referencia y de testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia la versión. Todos esos eventos están sometidos a reglas precisas, orientadas a garantizar el debido proceso (CSJSP, 17 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Sobre el concepto de prueba de referencia, se tiene claro que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) que se llevan al juicio oral, (iv) como medio de prueba, esto es, para demostrar uno o varios de los aspectos que integran el tema de prueba; y (v) cuando no es posible su práctica en el juicio (Art. 437, analizado en CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

También está claro que la aceptación de prueba de referencia conlleva las siguientes cargas para la parte que pretende utilizar este tipo de declaraciones para fundamentar su teoría del caso: (i) explicar la pertinencia de la declaración, (ii) demostrar la existencia de una causal excepcional de admisión de prueba de referencia; (iii) hacer la solicitud oportunamente; (iv)

precisar cuál es el medio a través del cual se incorporará la declaración anterior –*testimonio, documento, etcétera*); y (v) realizar la incorporación en el momento procesal adecuado (CSJSP, 28 oct. 2015, Rad. 44056, entre muchas otras).

La Sala ha precisado que el carácter testimonial de una evidencia recaudada antes del juicio no depende de que la misma esté documentada o no. Así, por ejemplo, si una entrevista queda vertida en un documento (*escrito, audio, video, etcétera*), por ello no pierde su carácter testimonial. En el mismo sentido, aunque los informes de policía son en estricto sentido documentos públicos, ello no afecta su carácter declarativo, como cuando en ellos el policía de vigilancia narra las circunstancias bajo las cuales capturó al procesado o el policía judicial describe lo que observó al llegar a la escena del crimen o al allanar un inmueble (CSJAP, 30 mar 2015, Rad. 46153; CSJAP, 8 mar 2018, Rad. 52882, entre otras).

Si la Fiscalía pretende servirse de esa información para soportar su teoría del caso, resulta imperioso: (i) presentar al testigo en juicio; (ii) para que la defensa tenga la oportunidad de interrogarlo y de impugnar su credibilidad; (iii) salvo que el testigo se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y el acusador realice los procedimientos y cumpla las cargas argumentativas inherentes a la solicitud de prueba de referencia; (iv) o el testigo se retracte o cambie su versión en el juicio oral, y la parte interesada agote los trámites previstos para la admisión del testimonio adjunto; y (v) sin perjuicio de la utilización de esa información para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del testigo.

De lo contrario, el mandato previsto en la norma rectora 16 de la Ley 906 de 2004 se tornaría inoperante, porque, por regla general, las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral están documentadas de alguna manera. Por esa misma vía, la garantía judicial mínima prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) no podría ser materializada, ya que buena parte de las sentencias estarían basadas en declaraciones frente a las cuales el acusado no pudo ejercer el derecho a la confrontación.

Aunque la materialización de los derechos del procesado constituye razón suficiente para acatar las reglas previstas para la prueba testimonial, no puede perderse de vista que las mismas también están orientadas a desarrollar el concepto de mejor evidencia, bajo el entendido de que lo será una declaración cuando: (i) es posible controlar que no se formulen preguntas sugestivas, capciosas, etcétera; (ii) el testigo puede ser interrogado a la luz de las diversas teorías factuales propuestas por la partes; (iii) se garantiza el conainterrogatorio y, en general, la posibilidad de impugnar su credibilidad; (iv) el juez puede realizar preguntas aclaratorias; y (iv) la prueba se practica con inmediación, concentración y publicidad.

Lo anterior se ve claramente reflejado en el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en las declaraciones anteriores al juicio oral los policiales dijeron haber visto cuando el procesado se deshizo de un arma de fuego, mientras que en el juicio aclararon que ello no es cierto. Así, de haberse contado únicamente con la versión rendida antes del juicio oral, la Judicatura hubiera basado su decisión en información imprecisa,

lo que, por obvias razones, puede afectar gravemente el acierto de la misma.

A la luz del anterior desarrollo jurisprudencial, la Sala analizará lo concerniente a las actas de incautación.

En primer término, debe aclararse que este tipo de documentación debe ser diligenciada en diversas actuaciones de la policía (*de vigilancia o judicial*), principalmente las que implican la afectación de derechos fundamentales: allanamiento y registro, captura, incautación, entre otras.

Esas actas contienen información perfectamente diferenciable, a saber: (i) el relato o descripción que hace el servidor público sobre el procedimiento, los hallazgos y demás aspectos de interés, y (ii) en ocasiones, se requiere que la persona afectada suscriba el documento.

Lo primero, esto es, el relato o descripción que hace el servidor público, constituye una declaración rendida por fuera del juicio oral, con un claro carácter incriminatorio, pues allí se hace alusión a los motivos de la captura (*cuando se trata de la privación de la libertad*), las evidencias encontradas en el inmueble (*en casos de allanamiento y registro*), el tipo de evidencias y el lugar donde supuestamente eran portadas por el aprehendido (*en los eventos de incautación*), etcétera.

Como se trata de una declaración claramente incriminatoria, o, visto de otra manera, de un testigo de cargo, se activan para el procesado todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, entre las que se destacan el ejercicio del

derecho a la confrontación, lo que tiene aparejada la obligación de que el testigo comparezca al juicio oral, salvo los eventos excepcionales de admisión de prueba de referencia.

De otro lado, la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no puede tomarse como una especie de confesión o aceptación de los hechos narrados por el servidor público encargado de elaborar la respectiva acta, por las siguientes razones:

Primero, porque el acta no contiene una declaración del afectado. En estos casos, la firma (como en el acta de derechos del capturado, en el acta de allanamiento y, cuando sea el caso, en el acta de incautación) constituye un mecanismo de control a la actuación estatal, orientado a que la afectación de derechos fundamentales no desborde los límites constitucionales y legales.

Al margen de que la firma no entraña una descripción de hechos, es claro que el ordenamiento jurídico tiene dispuesto el mecanismo para obtener información de parte del indiciado, imputado o acusado, a saber, el interrogatorio regulado en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004, que consagra entre sus requisitos la comunicación del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política y la presencia de un abogado defensor.

A propósito del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, la Sala ha precisado que, por expresa disposición legal, el mismo se activa: (i) cuando el Estado tiene información suficiente para considerar que un ciudadano en particular puede ser autor o partícipe del delito objeto de investigación (Art. 282); (ii) con la captura (Arts. 126 y 301 y

siguientes); y (iii) con la formulación de la imputación (Arts. 126 y 286 y siguientes) (CSJSP, 23 nov 2017, Rad. 45899, entre muchas otras.

Concluir lo contrario, implicaría aceptar que en los casos de captura, allanamiento y registro, incautación, etcétera, las actas elaboradas por el policial o el investigador, y la firma que estampe la persona afectada con el procedimiento –*cuando haya lugar a ello*–, prácticamente constituyen prueba irrefutable de la ocurrencia de la conducta punible, bien porque en el documento se describe la relación del ciudadano con un delito en particular (*porte de armas, de narcóticos, las razones de la captura en flagrancia, entre otras*), y porque existe una firma del afectado con el procedimiento, que implica, según esa forma de ver las cosas, la convalidación de la información y, por esa vía, la aceptación de responsabilidad.

Esa postura es equivocada, principalmente porque implica la negación del proceso como escenario legítimo para la determinación de los hechos penalmente relevantes y, consecuentemente, la abolición de las garantías debidas al sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, que encuentran un verdadero desarrollo en las reglas de evidencia, como sucede con la regulación de la prueba testimonial.

En síntesis, el acta de incautación y, en general, las actas que deben elaborarse en procedimientos que implican la afectación de derechos: (i) no constituye una actuación estatal orientada a obtener evidencia testimonial sobre los hechos; (ii) su finalidad principal se orienta al control de las actuaciones estatales que entrañan la afectación de derechos; (iii) en lo que

concierno al funcionario público, el acta contiene su versión de los hechos que rodearon la incautación, la captura o el registro; (iv) como dicha declaración suele estar íntimamente ligada a la responsabilidad penal del procesado, el funcionario adquiere el carácter de testigo de cargo; (v) si la Fiscalía pretende servirse de esa declaración para soportar su teoría del caso, debe presentar al testigo en el juicio oral, para que sea sometido a interrogatorio cruzado, sin perjuicio del eventual debate sobre la admisión de esa declaración a título de prueba de referencia, o de su utilización para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad; (vi) la eventual incorporación de esas declaraciones a título de prueba de referencia está sometida a las puntuales cargas relacionadas en precedencia; (vii) en lo que concierne a la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento, la misma no constituye una declaración, ni, mucho menos, la aceptación de su participación en un delito; y (viii) cuando la persona suscribe ese tipo de documentos en calidad de indiciado, capturado o imputado –*que es lo que ocurre con mayor frecuencia*–, emerge una razón adicional que impide tener la suscripción del acta como una suerte de confesión o aceptación de algún dato que le comprometa penalmente, porque bajo cualquiera de esas circunstancias se ha activado el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política (*a no declarar en su contra ni en contra de sus familiares en los grados previstos en la ley*), así como el derecho a contar con un abogado.

En el presente caso se tiene que: (i) se incorporó el acta de incautación, sin tener en cuenta que los policiales que participaron en el operativo comparecieron al juicio oral; (ii) no se avizoran razones para la admisión de esa declaración a título de prueba de referencia ni, mucho menos, se agotó el respectivo

trámite legal; (iii) tampoco se presentaron los presupuestos para la incorporación de esa declaración a manera de testimonio adjunto; (iv) no obstante, el Tribunal valoró lo expuesto por los policiales en el acta, con la creencia errada de que por tratarse de un documento no era necesario verificar el contenido declarativo del mismo y, por tanto, aplicar las reglas de la prueba testimonial; (v) aunque la firma plasmada por el procesado en el acta de incautación no constituye en sí misma una declaración, el Tribunal asumió que se trataba de una especie de confesión o aceptación de los hechos referidos por los policiales; (vi) lo anterior, sin tener en cuenta, además, que el procesado estaba capturado, por lo que se habían activado los derechos a no declarar en su contra y a contar con la asesoría de un defensor, lo que constituye una razón adicional *–y en sí misma suficiente–* para que dicha rúbrica no pudiera ser valorada como evidencia inculpativa; y (vii) lo anterior, por la creencia errada de que la acción de solicitarle al capturado la firma en el acta de incautación constituye una forma de obtener información inculpativa y no un control a esta actuación estatal, que también opera frente a otras formas de afectación de derechos, como la captura, el allanamiento y registro, etcétera.

En síntesis, la inferencia cifrada en que, por haber firmado el acta de incautación, el acusado aceptó que portaba municiones sin permiso, debe ser removida de la estructura probatoria que soporta la condena. Tampoco puede ser valorada la declaración de los policiales, contenida en el acta en mención.

4.2.2.2. Clarificados los yerros cometidos en la apreciación y valoración del acta de incautación, la condena queda soportada únicamente en los testimonios de los agentes de policía que ejecutaron la captura.

Sin embargo, para la Sala, la valoración probatoria aplicada por el *ad quem* a la versión inculpativa de aquéllos es equivocada. Como se verá, la multiplicidad de inconsistencias y contradicciones detectadas en sus testimonios para nada son irrelevantes, como ligeramente lo estimó el tribunal al calificarlas como “*insustanciales*”. A la luz del art. 404 del C.P.P., la descripción de los hechos efectuada en juicio por los patrulleros Rojas y Soto no es clara ni consistente, tanto así que el fiscal, incluso, les *impugnó credibilidad*, cuestionándolos fuertemente con sus declaraciones anteriores, pero en lugar de lograr clarificaciones, lo que hizo fue agravar el estado de confusión generado por los testigos.

Contrario a lo considerado por el tribunal, como pasa a exponerse, los testimonios rendidos por los patrulleros son del todo incoherentes, confusos, contradictorios e inexplicables en varios aspectos trascendentales. Ya el *a quo* había puesto de presente esas desarmonías, para nada accesorias.

En la sentencia de primera instancia, a la hora de escrutar los testimonios rendidos por los patrulleros, se lee:

Una vez escuchados cada uno de los testimonios, al analizarlos en conjunto se vislumbran diferentes narraciones de lo sucedido, pues, desde el inicio, [el agente Milton Soto Ávila] reportó “*un aparente acto sexual abusivo con menor de 14 años*”; después, se conoció que fue por “*un hurto al camión del gas*” y, finalmente, indicó que [acudió al lugar] “*por ser sospechoso de portar arma de fuego*”. Lo mismo sucedió con la descripción que dio el testigo John Elkin Rojas del sospechoso, al indicar que reportaron “*una persona de*

estatura baja, morena, que vestía buzo y una pantaloneta". Luego el patrullero Milton Soto lo describió como *"sujeto de tez trigueña, sudadera negra, buzo gris, que estaba descalzo"*. Por su parte, el fiscal manifestó que el capturado *"portaba sudadera negra, sin buzo y sin zapatos"* y el procesado señaló que él tenía *"sudadera negra, buzo negro y zapatillas negras con verde"*, aunque reconoce que a la estación de policía sólo lo llevaron con la sudadera negra.

Continuando con lo narrado por los testigos y tomando lo manifestado por John Elkin Rojas, quien *primigeniamente* hace un relato fluido y coherente de lo sucedido, pero luego de que la Fiscalía nota algunas discrepancias frente a lo relatado con anterioridad, lo indaga respecto a si ya había rendido alguna entrevista o declaración frente a esos hechos, a lo que el testigo contestó negativamente, refiriendo que era la primera vez que lo llamaban para rendir declaración. No obstante, se demostró que no sólo rindió una declaración ante el CTI el 28 de julio de 2012, fecha en la cual ocurrieron los hechos, sino que el 14 de mayo de 2013 fue llamado a entrevista ante la Policía Nacional, lo que resulta extraño que no recuerde, toda vez que fue requerido dos veces para que relatara lo sucedido, lo que debió reafirmar su conocimiento frente al caso, al ser repetitiva su declaración sobre esa situación, pero extrañamente en este evento no sucedió.

Fue así que el fiscal demostró la existencia de varias contradicciones en lo manifestado por el testigo en dichas declaraciones previas, frente a lo narrado en juicio. Como se indicó con anterioridad, respecto de las prendas de vestir del sospechoso y las detonaciones que escuchó: si fueron dos, tres o más, porque finalmente no lo precisó; también respecto de si vio el arma de fuego, dado que, con anterioridad, manifestó: *"ya cuando observo que esta persona lanzó el arma*

a la maleza, me aproximó a él interceptándolo”, pero en juicio fue enfático en afirmar que no vio el arma y, a pesar de que vio que arrojó algo, al buscar la misma no fue hallada.

Finalmente, el deponente indicó que tampoco estaba seguro de que NIBEY fuera quien realizó las detonaciones, porque no disparó hacia ellos, sino que iba corriendo dándoles la espada, por cuanto sólo veía los movimientos que realizaba, aunque también presentó dudas al indicar qué tan alto era el cultivo en el que ingresó el enjuiciado, si le daba a la cintura o al pecho, para así tener claridad sobre si pudo observar efectivamente que llevara algo en su mano. Otra contradicción que presentó el testigo fue respecto al estado del clima: inicialmente indicó que estaba lluvioso y por eso el terreno estaba lodoso, pero ya en juicio indicó que era un día soleado.

Pasando a la apreciación de lo expuesto por el agente Soto, prosigue el *a quo*:

En el caso del patrullero Milton Soto Ávila, quien participó de la captura, inició su declaración en juicio resaltando unos hechos de manera muy generalizada y contradictoria en algunos aspectos con lo plasmado en el informe de policía de vigilancia [con el que el fiscal lo confrontó]...cuál fue el motivo por el cual acudieron al lugar de los hechos. Inicialmente indicó que se les reportó por la central de radio un caso por un presunto delito de “*actos sexuales abusivos con menor de 14 años*” y que, de camino, les reportaron el “*hurto al carro del gas*”, pero al ponerle de presente el informe aclaró que acudieron al lugar porque “*había un sujeto que, al parecer, estaba armado*”. Refirió igualmente que el sospechoso realizó unos disparos, presuntamente de un arma calibre 38, afirmación que hace teniendo en cuenta

el conocimiento empírico que tiene de las armas de fuego, dado que el sonido es más agudo que el de una pistola y que, luego de realizar los disparos, entró al lote de arroz y arrojó el arma, pero al realizar el barrido por el sector no fue posible hallar dicho artefacto.

Este despacho prevé que los testimonios de los dos patrulleros que participaron de la captura no concuerdan con las prendas de vestir que portaba el sospechoso, ni el tiempo de persecución, toda vez que uno dice que fueron tres minutos y el otro nueve; tampoco en lo referido a la distancia que les llevaba el sujeto, al afirmar que eran 15 metros y, el otro, 100 metros. No obstante, en lo que sí coincidieron fue que, una vez realizada la captura y practicada una requisa, le hallaron cinco cartuchos para arma calibre 38, que a pesar de que vieron cuando desfundó, al parecer, un arma de la pretina, y escucharon unas detonaciones, la misma fue arrojada por el sospechoso, pero que, al hacer un barrido al lugar, la misma no fue encontrada y que al menos por parte de ellos no se realizó ningún examen o prueba para determinar si NIBEY GÓNGORA disparó un arma de fuego.

Con ese trasfondo, el juez arribó a las siguientes conclusiones, en punto de valoración probatoria:

De lo relatado y el análisis realizado a cada una de las pruebas aportadas, se tiene como probado que, efectivamente, los policiales acudieron al sector de La Caimanera por la vía que conduce a la vereda Hato Viejo, en donde se encontraba NIBEY GÓNGORA CASTRO, quien al ver que era requerido por la autoridad emprendió la huida, siendo perseguido por los uniformados, quienes una

vez lo aprehendieron, procedieron a conducirlo a la estación de policía, donde tramitaron su captura.

A pesar de que se arguyó que el procesado portaba un arma de fuego, dicho hecho no tuvo sustento probatorio, dado que los policías afirmaron que no vieron el arma y que, pese a observar cuando él la arrojó, no fue hallada y tampoco hay prueba de que esa supuesta arma haya sido accionada por el acusado, dado que se le realizó ninguna prueba científica que determinara residuos de pólvora o evidencia de que él la haya disparado.

Aunque se probó la existencia de cinco cartuchos calibre 38 y que el acusado no tenía permiso para portar armas de fuego, hechos que fueron estipulados, no existe prueba directa que conduzca a determinar que estos eran portados por NIBEY GÓNGORA, dado que no se encontró el arma de fuego ni hay evidencia de los disparos. Además, los mismos policiales no tuvieron la contundencia necesaria para afirmar que vieron el arma ni que los disparos escuchados fueron realizados por el acusado, por cuanto sólo se limitaron a decir que lanzó un objeto, sin saber si era un arma, y que escucharon disparos, pero no vieron que fuera el procesado quien los realizara, dado que él les daba la espalda cuando corría y nunca les apuntó ni dirigió dichos disparos contra ellos.

Ahora, de la descripción dada de las prendas que vestía el acusado, sudadera o pantaloneta, es difícil pensar, de acuerdo a las reglas de la experiencia, que su pretina tenga la firmeza suficiente para soportar el peso de un arma, más si se está corriendo, tal como lo ilustró el policía Soto Ávila.

Surge también la pregunta, si el acusado optó por arrojar el arma, ¿por qué no arrojaba también los cartuchos? y, en el caso de que realizara unos disparos estando a campo abierto, ¿esto no genera cierto grado de incertidumbre, que hace que cualquier ser humano reaccione (policía o civil) tratando de salvaguardar su integridad? Pero en este caso parece que los policiales no tuvieron ninguna reacción, sino continuaron con la persecución sin importar qué sucediera con sus vidas.

Si bien el delito endilgado no se hizo por el porte de un arma ni por los disparos realizados, sino debido al porte de cinco cartuchos calibre 38...es importante que sí se mencionen los hechos que rodearon tal acontecer. Así, lo ideal es tratar de demostrar que los mismos ocurrieron como se plasmaron, lo cual no quiere decir que los testigos traídos a juicio deban coincidir literalmente en todo lo que dicen, porque puede haber aspectos que se olvidan por el transcurso del tiempo. Empero, hay circunstancias que son trascendentales, como la existencia misma de la conducta punible, pero en este caso no hay claridad en el real motivo que generó la presencia de los policiales en el sector donde se produjo la captura, la descripción del sospechoso ni en si el acusado portaba un arma de fuego y, menos, si disparó la misma, porque los policiales no fueron contundentes en afianzar y ratificar sus anteriores afirmaciones.

Entretanto, si NIBEY GÓNGORA estaba en ese sector es porque allí reside, como se puede extraer de la tarjeta decadactilar y del acta de derechos del capturado, como también del testimonio de John Jairo Góngora Cardozo, quien si bien confirmó que los uniformados llegaron al sector y se presentó una persecución, difiere de las

manifestaciones de estos últimos al señalar que quienes realizaron los disparos fueron ellos y no el acusado.

Pues bien, bajo esas consideraciones fue que el juez de primera instancia, con motivos plausibles, sólidos, suficientes y admisibles legalmente, arribó a un estado de duda sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, sin que se alcanzara el estado de conocimiento necesario para condenar (art. 381 inc. 1° C.P.P.).

Ninguna de esas razones, en verdad, fue derruida por el Tribunal. El relato de los policiales sobre la forma en que se desarrollaron los hechos, desde el mismo motivo para que acudieran al lugar, la manera y actitud como abordaron al acusado, los detalles que dicen haber percibido, el interregno de la persecución, así como las circunstancias temporo-espaciales a que hicieron alusión, de ninguna manera aportan claridad. Innegablemente son confusos, incoherentes, contradictorios y, en algunos segmentos, inexplicables. Además, son tantas las imprecisiones y de un carácter tan relevante, de cara a la hipótesis fáctica planteada por la Fiscalía, que para nada pueden estimarse como detalles menores que dejan indemne el “*aspecto toral*” de la hipótesis delictiva.

La Sala de manera reiterada ha sostenido que, al analizar el testimonio, lo que destruye su valor y credibilidad es la verdadera *contradicción*, interna o externa, sobre aspectos *esenciales relevantes*, cuya depreciación será mayor cuando sea menos explicable la inconsistencia (CSJ SP 17 jun. 2010, rad. 33.734, reiterada en CSJ SP 22 may. 2013, rad. 40.555).

Y en el presente caso, la versión incriminatoria de los policías carece de la solidez necesaria para condenar, dado el estado de duda en que necesariamente queda sumido el fallador al encontrarse con múltiples imprecisiones que, en lugar de explicarse en aspectos razonables, muestran una falta de consistencia tal que impide tener seguridad sobre qué fue lo sucedió para que los agentes dieran captura al señor GÓNGORA CASTRO.

El *ad quem* restó solidez a la valoración aplicada por el *a quo*, bajo un entendido erróneo, a saber, que era desatinada cualquier valoración concerniente al porte de un arma de fuego, por no haberse imputado la realización del delito con referencia a dicho artefacto, sino únicamente en relación con la munición. Ello sería cierto si el análisis versara sobre aspectos de valoración jurídica atinentes a la congruencia, pero, como lo preceptúa el art. 404 del C.P.P., para apreciar el testimonio, el juez, entre otros aspectos, ha de tener en cuenta *las circunstancias de tiempo, modo y lugar* en que se percibió.

No se puede, sin más, mutilar una secuencia de hechos antecedentes al supuesto hallazgo de la munición para apreciar, insularmente, que los agentes coinciden en ese punto, desconociendo todo el contexto fáctico. Los detalles son los que permiten al juez establecer si un suceso ocurrió como se afirma que fue, pues no de otra manera podrá valorar las proposiciones fácticas de cara a las reglas de la sana crítica.

Aquí, la única coincidencia en la versión de los patrulleros es que el procesado tenía los cartuchos en *un bolsillo*, nada más. Empezando desde este aspecto, no quedó claro si el acusado tenía

puesta una pantaloneta o una sudadera, aspecto para nada baladí si se tiene en cuenta que la pretina de un pantalón ha de tener una consistencia firme para poder retener un revólver, artefacto de un peso considerable.

Tampoco hay claridad sobre la razón por la cual acudieron los agentes a la vereda en la que residía NIBEY GÓNGORA, algo que en manera alguna es intrascendente, como quiera que ello puede determinar la forma en la que unos policías arribarían al lugar y las precauciones que tomarían al enfrentar la situación. No es lo mismo reaccionar a un llamado de auxilio por una pelea doméstica que llegar a un sitio para encontrar a una persona armada. En esta última hipótesis, desde luego, lo mínimo que la razonabilidad dictaría es que el agente del orden arribe con precaución y pre-dispuesto a usar su arma de dotación, pues alguien armado representa un peligro para él y la comunidad.

Pero pese a que, *según dijeron*, llegaron a buscar a un sujeto *armado* que, al verlos no sólo huyó, sino que *hizo disparos*, es inexplicable que los patrulleros ni siquiera hubieran desenfundado sus armas como reacción a un peligro tal, como lo afirmaron en juicio. Ello realmente genera dudas, máxime que el acusado y otro testigo de descargo afirmaron que los agentes sí dispararon. Entonces, no se sabe a ciencia cierta quién o quiénes activaron las armas de fuego.

Además, si se aceptare ese motivo de concurrencia al sector, a saber, que se informó de la presencia de un sujeto armado, ello corroboraría la versión del procesado, en el sentido de que los policías llegaron exhibiendo sus armas y que, por radio, escuchó

una descripción coincidente con sus características morfológicas, lo cual podría explicar el temor que sintió y la reacción de huida.

Pero lo cierto es que la explicación sobre el motivo de arribo de los policías a La Caimanera se diluye aun más si se tiene en cuenta la alusión a otros motivos, para nada corroborados, que supuestamente vincularían al procesado con hechos de abuso sexual o hurto.

Tampoco son menores las imprecisiones sobre el estado del clima y del terreno cuando se dio la persecución. Tales factores serían determinantes para justificar que no haya sido hallada el arma que supuestamente llevaba el procesado. En el juicio, los agentes aludieron a un terrero lodoso y enlagueado, pero en las entrevistas y declaraciones con las que fueron confrontados en juicio aseguraron que el lugar estaba seco y soleado, condiciones en las que difícilmente se hubiera perdido el arma.

La duración de la persecución y la distancia a la que habrían encarado al acusado son otros motivos de discordancia e imprecisión. Lo primero, porque seis minutos de diferencia en la prolongación del procedimiento es trascendente frente al debate sobre las circunstancias que rodearon la aprehensión. Lo segundo, porque una cosa es que el procesado hubiera estado a 10 o 15 metros de distancia, y otra muy distinta que lo hayan visto correr aproximadamente a 100 metros, máxime si se tiene en cuenta que en una u otra circunstancia fue que los policiales supuestamente lo vieron en poder de un arma de fuego y le atribuyeron la realización de varios disparos.

Esos vacíos y contradicciones obligaron al fiscal a utilizar las declaraciones anteriores de los testigos de cargo, no con el propósito de refrescar su memoria, sino para realizar una suerte de impugnación de su credibilidad, lo que finalmente produjo el efecto de restarle verosimilitud a dichos relatos.

Sumado a lo anterior, los agentes también difieren en quién llevó la delantera en la persecución, pues ambos dijeron que su compañero quedó rezagado y, en punto del avistamiento del arma, no quedó claro si podían ver las manos del perseguido debido a la altura de la maleza. En todo caso, aunque en la investigación siempre dijeron que el capturado llevaba un arma de fuego, en el juicio lo pusieron en duda.

Que los policías hubieran mostrado tantas imprecisiones y contradicciones no puede atribuirse al simple paso del tiempo como factor debilitante de la memoria. Lo que salta a la vista es una confusión tal que impide tener seguridad en la manera en que, según su perspectiva, ocurrieron los hechos.

Tampoco es intrascendente que uno de los agentes, incluso, haya negado que rindió declaraciones anteriores al juicio oral, pese a que ambos lo habían hecho en varias oportunidades ante la Fiscalía y la policía judicial.

Por otra parte, no sobra resaltar, como lo hizo el juez, que si la intención del acusado era deshacerse de evidencia incriminatoria, igualmente pudo haber botado las municiones en el cultivo de arroz, algo que no sucedió pese a que los policías aseguran que aquél fue perdido de vista por un momento en el que se escondió en la maleza.

Sin perder de vista que la acusación se reduce al porte de la munición, ello no implica desconocer, según se anotó, que los policiales mencionaron que el procesado portaba un arma de fuego, de la que se deshizo al notar su presencia. Ante esa realidad, la Fiscalía tenía la carga de diseñar un programa metodológico que permitiera establecer si realmente ese artefacto existió y si el mismo estuvo en poder de GÓNGORA CASTRO, como en algún momento los expresaron los uniformados.

Lo anterior, además de ser trascendente para delimitar la conducta atribuida al procesado y establecer si se generó un riesgo relevante para la seguridad pública, se erige en factor ineludible para decidir sobre la credibilidad de los testigos de cargo. En efecto, si estos en algún momento mencionaron hechos que no pudieron percibir, con lo que claramente se afectaba la situación del procesado, era obligatorio analizar con especial cuidado el resto de su relato.

Ello, bajo el entendido de que en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 son las partes quienes deben suministrar la información atinente a la credibilidad de los testigos, lo que opera en dos sentidos claramente diferenciados: (i) la parte que presenta el testimonio, debe suministrarle al juez la mayor información posible sobre su verosimilitud, lo que pasa por explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la percepción de los hechos (Art. 402), e incluye la explicación o aclaración de las inconsistencias o cualquier otro aspecto que comprometa su credibilidad; y (ii) la parte contra la que se presenta el testigo, encuentra en el contrainterrogatorio, la utilización de declaraciones anteriores y la prueba de refutación,

herramientas suficientes para lograr el efecto contrario, esto es, para demostrar que el testimonio no es digno de crédito.

En este caso, la Fiscalía al parecer no tuvo en cuenta las circunstancias analizadas en este acápite, y simplemente optó por cambiar la hipótesis inicial (porte de un arma de fuego y de su respectiva munición), por la que finalmente sometió a conocimiento de la Judicatura (el porte de los proyectiles), sin tener en cuenta las inconsistencias de los relatos de los policiales, las dudas que existen acerca de la existencia del arma y sobre las razones por las que no pudo ser incautada, así como los demás aspectos atrás relacionados.

Quizás por una excesiva confianza en los testimonios de quienes representan la institucionalidad, y confundiendo los alcances del principio de libertad probatoria con el poder demostrativo o mérito suasorio de una prueba en particular, el fiscal perdió de vista que la mayor solidez de su teoría del caso dependía de la práctica de actos de investigación orientados a corroborar que, en efecto, el procesado llevaba la munición o, incluso, que a pesar de no habersele hallado, portaba un arma de fuego poco antes de producirse su captura.

La libertad probatoria, como lo ha destacado la jurisprudencia (CSJ SP1038-2020, rad. 52.768), de ninguna manera puede ser un pretexto para declarar probados hechos cuando la información que la prueba practicada suministra es *insuficiente para acreditarlos o aquélla carece de confiabilidad*, como sucedió en el asunto bajo examen.

Solo a manera de ilustración, una simple exploración dactiloscópica de las municiones, halladas supuestamente dentro de una bolsa, probablemente habría permitido confirmar o descartar si el acusado las tuvo en su poder. De igual manera, pericialmente pudo explorarse si en las manos del procesado había residuos de pólvora que permitieran saber si aquél pudo efectuar disparos o no.

Igualmente, al preparar y practicar la prueba testimonial, el fiscal debió aclarar los aspectos analizados en los párrafos anteriores, para que los uniformados pudieran explicar satisfactoriamente, si es que estaban en capacidad de hacerlo, por qué no fue posible hallar el arma de fuego que supuestamente portaba el procesado, a qué se deben sus cambios de versión sobre ese aspecto y, en general, los temas referidos a lo largo de este proveído.

No obstante, el fiscal optó por reducir la hipótesis delictiva al porte de los cartuchos y confiar en los testimonios “*de la autoridad*”, pasando por alto que no era una prueba exenta de críticas, así como que en el actual esquema adversarial, las mayores oportunidades de controversia probatoria en el juicio implican que, si la pretensión punitiva quiere salir adelante, su actividad probatoria ha de ser más profusa y sólida.

Ahora, si bien el tribunal aludió a una prueba indiciaria, cifrada en la huida del procesado, habiéndose establecido que una de las opciones que pudo haber generado esa reacción fue el arribo agresivo e intimidante por parte de los policías, exhibiendo sus armas en busca de alguien con las características de NIBEY

GÓNGORA, decae la univocidad requerida para efectuar una inferencia incriminatoria.

En conclusión, las dudas derivadas de la valoración de los testimonios de los policías, impiden arribar a un grado de conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, máxime si se tiene en cuenta que son las únicas pruebas directas de la infracción penal, y, al tiempo, constituyen el soporte de los hechos indicadores a partir de los cuales el Tribunal hizo las inferencias atrás analizadas.

La Sala debe aclarar que lo expuesto hasta ahora no implica dar por probada la hipótesis defensiva, porque tampoco existen pruebas concluyentes de que los policiales faltaron a la verdad al narrar los hechos que justificaron la captura de GÓNGORA CASTRO.

Como se ha señalado en otras oportunidades, la presunción de inocencia que ampara al procesado implica que la carga probatoria de la Fiscalía no se cumple con la demostración de que la hipótesis acusatoria es posible o probable, pues el ordenamiento jurídico consagra un estándar más elevado (convencimiento más allá de duda razonable), que no puede tenerse por cumplido cuando las pruebas practicadas en el juicio oral le brindan soporte a otras hipótesis alternativas, al punto que puedan ser catalogadas como verdaderamente plausibles. Ello, bajo el entendido de que las hipótesis defensivas no están sometidas al mismo estándar previsto para el acusador, porque ello vaciaría de contenido el concepto de duda razonable (CSJSP,

12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 4 dic 2019, Rad. 55651, entre otras.

4.3. En conclusión, habiendo decaído los fundamentos probatorios de la condena, ha de casarse la sentencia y -por haberse aplicado un examen amplio de la decisión para amparar la garantía de la doble conformidad- revocarse la condena dictada por el tribunal, a fin de ratificar la absolución proferida en primera instancia.

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

CASAR la sentencia impugnada. En consecuencia, confirmar la absolución de NIBEY GÓNGORA CASTRO por el delicto de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

De haberse materializado la captura dispuesta por el tribunal, **ORDENAR LA LIBERTAD INMEDIATA** de NIBEY GÓNGORA CASTRO, la cual habrá de hacerse efectiva a condición de que no sea requerido por otra autoridad. Si no se hubiere emitido dicha orden, habrá de efectuarse su cancelación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Sala Casación Penal 2021

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ
Secretaria