



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP105-2018

Radicación No. 43651

(Aprobado acta No.38)

Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación presentado por los defensores de **Diego Fernando Sarria Muñoz** y **Jhonathan Peláez Ramírez**, contra la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2013 por el Tribunal Superior de Cali, con la cual revocó la absolución dispuesta por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esa ciudad y los condenó como autores de hurto calificado agravado en curso homogéneo y sucesivo, y en concurso heterogéneo con utilización ilegal de uniformes e insignias, fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de fuego o municiones; por los cuales le impuso, a cada uno, 178 meses de prisión, 66,66 salarios mínimos legales mensuales de multa, interdicción de derechos y funciones públicas, y la prohibición de derecho a

la tenencia y porte de armas de fuego por igual término al de la prisión.

HECHOS

En horas de la mañana del 13 de enero de 2010, varios hombres provistos de armas de fuego, con uniformes que los identificaban como integrantes de la Policía Nacional y el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, ingresaron el Edificio Santa Mónica Plaza, en el barrio del mismo nombre en la ciudad de Cali, anunciando que adelantarían un allanamiento, con lo cual lograron reducir y desarmar al vigilante del lugar y retener a los residentes que ingresaban o salían de la edificación. De igual modo, penetraron en diversos apartamentos de donde sustrajeron dinero y otros bienes de valor como computadores, celulares, relojes, etc.

Perpetrado el hecho, los asaltantes huyeron en automóviles de servicio público y particular.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Por los hechos anteriores la Fiscalía imputó y acusó a **Diego Fernando Sarria Muñoz, Rony Steven Becerra Ocampo, Jhonathan Peláez Ramírez, Deybis Arturo**

Torres Pérez y Jimmy Navia Garrido, como autores del concurso de delitos referido.

Al término del juicio, el juez de conocimiento dictó sentencia absolutoria el 20 de junio de 2013, revocada con la que dictó el Tribunal Superior de Cali el 16 de diciembre de 2013, en la que les impuso a los acusados las penas consignadas.

Contra de la decisión de segunda instancia los defensores de **Sarria Muñoz y Peláez Ramírez**, interpusieron el recurso extraordinario que ahora se decide.

DEMANDAS DE CASACIÓN

1.- El libelo presentado a nombre de **Diego Fernando Sarria Muñoz** contiene dos cargos, con los cuales la defensora denuncia:

1.1 Con base en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la violación al debido proceso por afectación sustancial de su estructura y de las garantías debidas a las partes, pues considera que los reconocimientos fotográficos de los procesados, debieron complementarse con uno en fila de personas, teniendo en cuenta que se encontraban privados de la libertad, aunque por hechos diferentes.

Según afirma, los funcionarios de Policía Judicial les ocultaron a los implicados la existencia de la actuación y que contaban con los reconocimientos fotográficos realizados por algunas víctimas del Edificio Santa Mónica Plaza, pocos días después de la captura, actuación que desconoce el debido proceso, dado que el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal establece que el reconocimiento fotográfico procede siempre que no exista un indiciado relacionado con el delito o, existiendo, no se encuentre disponible para un reconocimiento en fila, o se negare a participar en esta diligencia. El orden establecido por el legislador, asegura, es la identificación en rueda de personas y de manera subsidiaria, en los eventos mencionados, el reconocimiento fotográfico.

Agrega que la selección de fotografías no fue espontánea, casual, sino encaminada a orientar la investigación en contra de los acusados *“valiéndose de los afectados con el hurto, evitando de paso el mandato legal que ordena el reconocimiento en fila de personas, de quienes precisamente se encontraban a disposición de la administración de justicia”*.

La irregularidad, agrega, es trascendente, toda vez que esa actividad de Policía Judicial condujo a la imputación y posterior acusación de **Diego Fernando Sarria Muñoz**. De igual modo, es claro que la decisión de condena *“se edifica sobre la valoración que erradamente hace el Tribunal de los testimonios de los señores Guillermo Cardona Morales y Reinaldo Uribe Herrera, de manera conjunta con las actas de diligencias de reconocimiento fotográfico, de suerte que si se hiciera abstracción de estas actas por las razones ya expuestas, no habría lugar a decantar el supuesto*

*compromiso del señor **Diego Fernando Sarria Muñoz**, e incluso de los demás acusados, con los hechos que fueron objeto de juzgamiento.”*

Solicita que se anulen las actas de reconocimiento fotográfico suscritas por Guillermo Cardona Morales y Reinaldo Uribe Herrera, se revoque la condena del Tribunal y se ratifique la absolución dictada en primera instancia.

1.2 Con la segunda censura, estructurada sobre la causal tercera de casación, proclama la presencia de errores de identidad en la apreciación de los testimonios de Guillermo Cardona Morales y Reinaldo Uribe Herrera, declaraciones valoradas de manera conjunta con las diligencias de reconocimiento fotográfico, pruebas de las cuales el sentenciador concluyó que provenían de testigos concretos, veraces, con suficiente capacidad para generar certeza en relación con la responsabilidad de los acusados.

El recurrente sostiene que el Tribunal tergiversó a los declarantes, quienes en juicio no reconocieron a los acusados como los autores del hurto, circunstancia que el juzgador atribuyó a factores como el paso del tiempo, el impacto psicológico y la capacidad de intimidación de los acusados sobre los testigos en juicio.

En esas condiciones, como las declaraciones de los testigos indicados, no refrendan el señalamiento que hicieron en la diligencia de reconocimiento fotográfico, se impone casar la sentencia y absolver al acusado **Sarria Muñoz**, con el fin de cumplir en este caso los propósitos del recurso de

casación, relativos a la efectividad del derecho material y el restablecimiento de las garantías conculcadas a las partes e intervinientes.

2.- La demanda presentada a nombre de **Jonathan Peláez Ramírez**, contiene un solo cargo estructurado sobre la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, en el que postula un supuesto falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Guillermo Cardona Morales y Reinaldo Uribe Herrera. Los argumentos de sustentación son idénticos a los de la segunda censura de la demanda anterior, razón que le permite a la Corte abstenerse de realizar un nuevo resumen.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En su intervención, **el defensor de Diego Fernando Sarria Muñoz** y Rony Esteven Becerra Ocampo (no demandante), en términos generales, reiteró los términos de la demanda y la pretensión formulada con cada uno de los cargos.

El defensor de **Jonathan Peláez Ramírez**, vía electrónica, se excusó de asistir, solicitó que se continuara el trámite del recurso y se tuvieran en cuenta los términos de la demanda presentada dentro del término legal.

El **Fiscal Delegado ante esta Corporación**, recordó que los métodos de reconocimiento en fila de personas y fotográfico, no constituyen prueba autónoma y se encuentran integrados a un testimonio. En su criterio, la actuación no presenta vicios de estructura o de garantía, teniendo en cuenta que las víctimas reconocieron a los asaltantes a través de la televisión, luego de haberseles capturado con ocasión de unos hechos diferentes. Lo que ocurre es que en el juicio se contó con 8 testimonios, la mayoría se asumieron como de referencia, pues no concurrieron por temor, abandonaron sus viviendas y no se les pudo ubicar. Dos testigos directos acudieron al juicio y sus testimonios se integraron con las entrevistas que rindieron y con el reconocimiento fotográfico de los acusados.

El debate, entonces, no lo suscitan el falso juicio de identidad o el falso raciocinio, sino el mérito que el Tribunal le confirió a ese conjunto probatorio, emergiendo claro que satisface el estándar requerido, más allá de toda duda, para proferir sentencia condenatoria, teniendo claro que los medios de demostración, no se desquician porque los dos testigos no pudieron o no quisieron reconocer a los acusados como los autores del asalto, pues a esas declaraciones se integran las anteriores al juicio y las de referencia, razón por la cual resulta inviable casar la sentencia.

Para el representante del **Ministerio Público**, el reconocimiento fotográfico, por sí solo, es insuficiente para establecer responsabilidad o derruir la presunción de

inocencia, debe soportarse en una prueba debidamente practicada en el juicio.

Aun cuando procedía en este caso la identificación en fila de personas, por cuanto los implicados estaban privados de libertad, haberla omitido no afecta la legalidad de los reconocimientos fotográficos, pues lo cierto es que las diligencias se cumplieron sin que los testigos que reconocieron declararan que se hizo de manera irregular.

A pesar de lo anterior, considera que la sentencia debe casarse con base en el segundo cargo de la demanda presentada en nombre de **Sarria Muñoz** y el único del libelo elevado por la defensa de **Peláez Ramírez**, ya que de las declaraciones de los testigos que comparecieron al juicio, no surgen las conclusiones que le permitieron al Tribunal proferir la sentencia condenatoria, en la cual, afirma, predomina la especulación, teniendo en cuenta que los testigos no reconocieron a los acusados como autores del crimen, deficiencia probatoria que el juzgador enmendó, sin fundamento, atribuyendo la manifestación de los testigos a los cambios físicos que pudieron sufrir, al impacto psicológico, o a otras circunstancias no consignadas en las declaraciones, las cuales resultan, de esa manera, ciertamente distorsionadas.

En esas condiciones, solicita que se case el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

1.- En relación con el tema propuesto en el primer cargo de la demanda presentada a nombre de **Diego Fernando Sarria Muñoz**, la jurisprudencia de la Corte tiene señalado que los métodos de reconocimiento, de manera particular los relacionados en los artículos 252 y 253 del Código de Procedimiento Penal, tienen como finalidad identificar a los posibles autores o partícipes de la conducta punible y se acude a ellos cuando no se tenga conocimiento o exista duda de la persona o personas en contra de las cuáles debe dirigirse la investigación, de manera que esa labor investigativa, constituye, además, presupuesto para la captura, la imputación, la imposición de la medida de aseguramiento y la acusación del posible autor o partícipe de la ilicitud. (CSJ SP 01 Jul 2009 Rad. 28935).

De esa manera, precisa la jurisprudencia de la Sala, cuando el inciso final del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, prevé que el reconocimiento fotográfico no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado, significa que éste método de identificación será complemento de aquél, sólo en los casos en que no se tenga certeza acerca de la persona frente a quien debe adelantarse la actuación, pues la ley no impone que en todos los eventos de investigación criminal resulte obligatorio practicar dichas diligencias (*el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda de personas*), teniendo en cuenta que

también en ese aspecto operan los criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad de la actividad investigativa, desarrollada conforme con el programa metodológico trazado por el fiscal encargado del caso.

Por consiguiente, reiteró en esa ocasión la Corte, si el autor del comportamiento criminal ha sido sorprendido o aprehendido en situación de flagrancia, o la identificación ha sido suficientemente realizada a través de alguno o varios de los otros métodos autorizados por la ley (art. 251), o si se trata de una persona conocida por la víctima o por un testigo presencial, si el indiciado o imputado ha admitido su responsabilidad en el hecho, o de manera casual o fortuita sea la víctima o sea el testigo presencial quienes se encuentran con el autor o autores del hecho delictivo investigado, y de modo general en los eventos que no dejan duda acerca de la identidad del indiciado, la identificación se entiende cumplida y, por consiguiente, en tales hipótesis la diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas, según el caso, resultan superfluas (Cfr. CSJ SP 28 Ago 2007 Rad. 26276).

En decisión posterior, insistió, con base en las disposiciones referidas, que si bien en los eventos en que no se tiene certeza sobre la identidad del autor de un determinado comportamiento, el reconocimiento fotográfico no resulta suficiente para consolidar ese aspecto de la investigación, y surge necesario adelantar un reconocimiento en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado, de todas formas,

“el alcance que ha de otorgarse a los aludidos preceptos, debe consolidarse en su real dimensión, pues en manera alguna el condicionamiento en cuestión implica que en todas las oportunidades sea obligatorio practicar ambas diligencias, esto es el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda de personas, toda vez que en esta materia también operan los criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad de la actividad investigativa.” (CSJ AP 25 May 2015 Rad. 42666).

Por lo cual, agregó, *“...es del caso indicar que contrario a lo sostenido por el recurrente, no es necesario que cuando se lleve a cabo un reconocimiento fotográfico, entonces siempre se deba dar aplicación al artículo 253 de la Ley 906 de 2004 en donde se regula la diligencia de reconocimiento en fila de personas para que aquel tenga validez, conforme se pudiera desprender de lo previsto en el inciso 2º del artículo 252 ibídem, pues al respecto la Sala ha concluido que ello depende, entre otros criterios, de si en verdad es útil la identificación en rueda de presos.”*

A lo anterior, agréguese que la identificación, además de corresponder a un aspecto básico de la instrucción, en tanto presupuesto de decisiones y actos relevantes en el trámite, es una labor que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación y los funcionarios de Policía Judicial, en la forma como lo ratifica el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, al establecer en el Inciso Tercero que en desarrollo del programa metodológico de la investigación, *“el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y*

evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.”

De manera que, la Fiscalía y sus organismos de investigación, facultativamente determinan los mecanismos de identificación necesarios para concretar ese aspecto de la investigación, a partir del cual serán viables otros de significativa trascendencia enunciados con antelación.

Así las cosas, carece de fundamento el debate propuesto por la demandante en el cargo analizado, edificado sobre la supuesta transgresión del debido proceso por no haberse practicado, adicional al reconocimiento fotográfico, la identificación en fila de personas, teniendo en cuenta que es función de las autoridades que adelantan la investigación, establecer la identidad o individualizar a los posibles autores y partícipes del delito, labor para la cual pueden, si resulta necesario, acudir a los métodos de reconocimiento previstos por la ley. Satisfecho ese aspecto de la instrucción, es decir, individualizada la persona indiciada o verificada su identidad, la actuación se dirige fundamentalmente a establecer la responsabilidad de quien hubiere sido vinculado como autor o partícipe de la infracción, tópico que se debate en el trámite del juicio oral, durante el cual la defensa, en su labor de confrontar la teoría del caso de la Fiscalía, tiene todas las posibilidades de desvirtuar la intervención del acusado en el delito, pues, debe reiterarse, el reconocimiento, fotográfico o en fila de personas, por sí solo, no constituye prueba de responsabilidad con entidad

suficiente para aniquilar el derecho a la presunción de inocencia. Es en el juicio, en donde el acto de reconocimiento necesariamente debe estar vinculado con una prueba testimonial válidamente practicada, pues en la apreciación de ésta, en conjunto con las demás practicadas en la vista pública, es que tal medio de conocimiento puede dotar al juez de los elementos de juicio que posibiliten conferirle o restarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo.

Por consiguiente, el tema propuesto no se resuelve en el marco de la causal segunda de casación, destinada al análisis de las circunstancias que afectan la estructura básica del proceso o las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, sino de la tercera, idónea para examinar el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las cuales se funda la sentencia.

De esa manera, dado que los reconocimientos fotográficos cuestionados por la recurrente, hacen parte de las declaraciones de los testigos Guillermo Cardona Morales y Reinaldo Uribe Herrera, el análisis que corresponde realizar recae en la valoración efectuada por el Tribunal sobre esos medios de persuasión, en conjunto con las restantes pruebas practicadas en el juicio. Examen al que conducen los cargos segundo de la demanda de **Diego Fernando Sarria Muñoz**, y único del libelo presentado a nombre de **Jhonathan Peláez Ramírez**.

En conclusión, el cargo no prospera.

2.- Cargos segundo de la demanda de Diego Fernando Sarria Muñoz y único de la presentada a nombre de Jonathan Peláez Ramírez. Violación indirecta de la ley mediante error de hecho por falso juicio de identidad. Los demandantes aseguran que el Tribunal tergiversó a los declarantes Guillermo Cardona Morales y Reinaldo Uribe Herrera, quienes en juicio no reconocieron a los acusados como los autores del hurto, lo cual atribuyó, según dicen, *al paso del tiempo, al impacto psicológico producido por los acontecimientos, y a la capacidad de intimidación de los acusados sobre los testigos*, sin que en la actuación se demuestren dichos factores.

El falso juicio de identidad se presenta cuando al apreciar el contenido material de una prueba, el sentenciador le atribuye afirmaciones o negaciones que no contiene (*distorsión por adición*), o cercena su literalidad (*distorsión por supresión o cercenamiento*), o hace una lectura equivocada de su texto (*distorsión por trasmutación*), modificando su contenido material y haciendo que diga lo que objetivamente no expresa. Siendo así, la sola exposición del cargo desvirtúa la ocurrencia de ese yerro, el cual concretan los recurrentes en el hecho de que el Tribunal le hubiere atribuido [guiado por lo afirmado por los declarantes en el juicio] a factores como el paso del tiempo, el impacto psicológico y la capacidad de intimidación de los acusados sobre los testigos, que éstos no hubieren reconocido en el juicio a los primeros como los autores de los delitos, pues el reproche no describe la afectación del contenido material de la prueba, sino el mérito que se le confirió, lo cual nos ubica en los

lindes del falso raciocinio, en los que no incursionaron los recurrentes.

Además, el texto de la sentencia informa con claridad que la situación descrita fue analizada por el Tribunal, y devela, entonces, que no mutiló en ese aspecto puntual los testimonios referidos. En efecto, en el fallo se lee que,

“No obstante la contundencia de las pruebas que comprometen sin duda la responsabilidad de los procesados como autores de los hechos, para la Sala no pasa desapercibido el hecho de que los testigos de cargo, en la audiencia de juicio oral, al ser preguntados, tanto por la Fiscalía como por los defensores, si reconocían a los procesados como los autores de los hechos, estos no lograron su identificación, brindándose al respecto dos explicaciones: una, que había transcurrido un tiempo considerable, lo que dificultaba la identificación, de otro lado, que estas personas pudieron presentar cambios físicos que dificultaban su reconocimiento, insistiendo, además, principalmente uno de los testigos, que estos eventos, dado su impacto psicológico, prefieren ser olvidados.

Fundamentos razonables que explicarían el por qué (sic) los testigos no lograron identificar, con la misma certeza que lo hicieron en el reconocimiento fotográfico, a los procesados como los autores de los hechos, pero además, se ha de tener en cuenta que se trata de una banda criminal organizada, que dada la modalidad de su accionar, eleva su capacidad de intimidación, como aparece acreditado que sucedió con las víctimas que en su mayoría acudieron a cambiar de residencia, antes que comparecer a juicio, e incluso los funcionarios de la policía judicial han señalado en juicio que han sido objeto de amenazas, encontrando en ese orden, admisible igualmente, la negativa de los testigos a reconocer frente a frente a los procesados, pese a que estos por obvias razones no lo mencionan”¹

¹ Fols. 19 y 20 de la sentencia (343 y 344 carpeta 1)

De lo transcrito se concluye: i) el Tribunal precisó que en el juicio, los testigos manifestaron que no podían identificar a los procesados como los autores de los delitos; ii) los mismos declarantes informaron [no lo inventó el ad quem como lo expresa el Ministerio Público] que la imposibilidad de identificarlos obedecía al paso del tiempo, a los cambios físicos, o al deseo de olvidar el suceso; iii) por estar igualmente acreditado, el Tribunal aludió a la capacidad de intimidación de la banda criminal conformada por los procesados, aspecto que quedó plenamente demostrado con la declaración de los servidores de Policía Judicial [Gildardo Jhefry Colorado Pérez, Héctor Manuel Sacristán, Franklin Uriel Méndez Delgado, Manuel Ignacio Monroy Rodríguez y John Henry Alfaro Quintero], en cuanto refirieron que las víctimas del Edificio Santa Mónica Plaza, cambiaron de lugar de residencia, circunstancia que le permitió al juzgador concluir que habían sido amenazados, lo que no se ofrece improbable o descabellado, teniendo en cuenta que el funcionario de Policía Judicial Héctor Manuel Sacristán Franco, declaró que con ocasión de las labores realizadas durante este trámite, él y otros investigadores recibieron amenazas, incluso mencionó a Deibys Arturo Torres Pérez², como uno de los autores de las intimidaciones. De manera que los argumentos del Tribunal, no obedecen a especulaciones, sino que consultan los hechos demostrados en la actuación.

En estas condiciones, la discusión recae sobre la valoración de las pruebas que sustentan la decisión de segunda instancia. Así lo corroboran los argumentos que desarrollan los cargos, los cuales aluden no al error de

² Ver sesión del juicio oral del 09-11-11 (1'18")

identidad denunciado, sino al hecho de que el Tribunal hubiere concluido que en la actuación concurren los presupuestos probatorios exigidos para condenar, a pesar de que los testigos que asistieron al juicio, no reconocieron a los acusados como autores de los delitos.

A ese propósito, importa referir que las pruebas practicadas en el juicio son las declaraciones de los testigos directos Guillermo Cardona y Reinaldo Uribe Herrera, los testimonios de los funcionarios de policía judicial Gildardo Jhefry Colorado Pérez, Héctor Manuel Sacristán, Franklin Uriel Méndez Delgado, Manuel Ignacio Monroy Rodríguez y John Henry Alfaro Quintero, y las de referencia admisibles que más adelante se precisarán.

Cabe destacar, además, que con los testigos presenciales, Cardona y Uribe Herrera, se introdujeron las declaraciones previas y los reconocimientos fotográficos que realizaron en la investigación. Las manifestaciones allí contenidas, fueron confrontadas por la defensa en el curso del interrogatorio cruzado al que fueron sometidos los testigos, labor que consulta el debido proceso probatorio y los parámetros jurisprudenciales establecidos para los eventos de contradicción entre lo declarado con antelación a la vista pública y lo que se afirme en ese escenario procesal.

Sobre el punto, recuérdese, la Corte se ha pronunciado al abordar el estudio de los posibles usos de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, en orden a fijar criterios de diferenciación cuando se emplean para **facilitar el**

interrogatorio cruzado de testigos (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como **medio de prueba** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)³, teniendo, claro está, como presupuestos básicos que en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral son actos preparatorios del debate, no son prueba⁴, y sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, en tanto se cumplan ciertas condiciones, comprensibles de aspectos constitucionales y legales de marcada relevancia, como la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.

En ese escenario, la Sala ha señalado 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 testimonial⁵), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que

³ Por todas ver CSJ SP 25 Ene 2017 Rad. 44950

⁴ De conformidad con el artículo 16 del C.P.P., (norma rectora) “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a **confrontación** y contradicción...”

⁵ 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.

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.

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 contrainterrogatorio.

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 contrainterrogar 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.⁶”

⁶ Ib. Sentencia citada

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**⁷ 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 conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia⁸; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte⁹, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones¹⁰, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente.

En el caso analizado, los testigos Guillermo Cardona Morales y Reynaldo Uribe Herrera, declararon en juicio el conocimiento directo que tuvieron de los hechos. El primero, se encontraba en el momento y el lugar de los acontecimientos, a donde llegó para encontrarse con su empleador (residente en ese lugar). El segundo, en su condición de celador del Edificio Santa Mónica Plaza.

Ambos narraron en detalle el accionar de los asaltantes, desde cuando llegaron hasta cuando se retiraron con los objetos hurtados. Describieron las prendas de vestir que

⁷ 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 conainterrogatorio 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.

⁸ Sentencia citada Rad. 44950

⁹ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

¹⁰ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario

llevaban (de uso privativo de los organismos de seguridad), las armas que portaban, los vehículos en que se movilizaban, y los representaron físicamente.

Sin embargo, al preguntárseles si reconocían a los procesados presentes en el juicio como autores de los delitos que se les imputan, dijeron que no. El testigo Cardona Morales, manifestó que al momento del reconocimiento fotográfico, por cuanto tenía fresca la memoria, pudo describirlos, identificarlos y reconocerlos mediante álbum fotográfico, narrando, incluso, la labor de cada uno de los reconocidos. No obstante, por haber pasado casi dos años hasta ese momento, le resultaba imposible reconocer a los acusados presentes en el juicio.

Ante esta circunstancia, se le interrogó acerca de las manifestaciones que hizo a la Policía Judicial, en particular la posibilidad de poder reconocer a los autores de los ilícitos, ante lo cual afirmó que en esa ocasión el reconocimiento lo hizo con certeza¹¹, con apoyo en los álbumes fotográficos que le exhibieron y, por solicitud del interrogador dio lectura a la declaración previa, de la cual se destaca lo siguiente¹²:

“... se exhibe el álbum de reconocimiento No. 06611 donde el testigo reconoce la fotografía No., 1 del álbum de reconocimiento No. 06612 el testigo reconoce la foto No. 5, del álbum de reconocimiento No. 06613 el testigo reconoce la foto No. 6 que corresponde a Diego Fernando Sarria Muñoz cc 10292355 de

¹¹ 1'32” del registro de la sesión de audiencia del audiencia de juicio oral del 15 de diciembre de 2011

¹² Se transcribe la lectura conforme fue consignada en la sentencia recurrida.

Popayán, el testigo lo reconoce porque llegó al Ed. Santa Mónica en un [Mazda] Matsuri, uniformado de DAS, tenía un arma de fuego, ingresó al edificio, salió con dos más ya de civil y se fue en un taxi Sprint con dos más sin nada en la mano.

En otra acta.

Se exhibe el álbum No. 07311 donde el testigo señala la fotografía No. 6, del álbum No. 07312 el testigo señala la fotografía No. 1, del álbum No. 07313 el testigo señala la foto No. 7, que corresponde al señor Rony Stiven Becerra [Ocampo] cc No. 1114813411 de Cali, lo reconoce porque llega como [tripulante] de la moto Honda Blanca uniformado de policía en traje verde oliva, portaba arma de fuego e ingresó al edificio Sta. Mónica y salió con la torre de un computador.

Así mismo:

...se le coloca de presente al testigo el álbum No. 068/1 del cual el testigo reconoce la foto No. 3, del álbum No. 068/2 el testigo reconoce la foto No. 7, del álbum No. 068/3 el testigo reconoce... la fotografía No. 1 que corresponde a Jhonatan Peláez Ramírez, con cc No. 1130625811 del Cali. Lo reconoce porque llega en un carro Matsuri [Mazda] verde y se baja y entra al edificio uniformado de DAS, tiene un arma de fuego, cuando salió tenía una maleta y estaba en traje de civil, se fue en un taxi Sprint.

Igualmente:

...se le coloca de presente el álbum No. 069/1 donde el testigo señala la fotografía No. 6, del álbum No. 069/2 el testigo señala la fotografía No. 1, del álbum 069/3 el testigo señala la fotografía No. 7, que corresponde a Deivys Arturo Torres Pérez cc 72273849 de Barranquilla. Lo reconoce porque llegó de conductor de la moto Honda blanca uniformado de policía, en traje verde oliva, portaba

chapuza y se le veía arma de fuego y entró al edificio y salió de civil ya con una maleta.

Por último:

...se exhibe al testigo el álbum de reconocimiento No. 074/1 donde el testigo reconoce la foto No. 1, del álbum No. 074/2 el testigo reconoce la foto No. 5, del álbum No. 074/3 el testigo reconoce la foto No. 6 que corresponde al señor Yimmy Eduardo Navia Garrido cc. 94432034. El testigo lo reconoce porque llegó al edificio Sta. Mónica, en un carro Matsuri verde uniformado de DAS, tenía arma de fuego, ingresó al edificio y salió de civil, no salió con nada en las manos, se fue con los otros en el taxi Sprint...”

El testigo, en forma adicional, manifestó que en la declaración previa le dijo a los funcionarios de la Policía Judicial *‘que los sujetos reconocidos eran los autores de los hechos, que él los vio y eran ellos’*¹³, según quedó consignado en las actas de reconocimiento y en otros documentos que contienen la descripción de las labores adelantadas por cada uno de los asaltantes, leídos, igualmente, en el curso del interrogatorio cruzado.

Situación similar aconteció con el declarante Reinaldo Uribe Herrera, quien luego de informar que el día de los hechos prestaba turno como celador en el Edificio Santa Mónica y narrar lo acontecido, manifestó que, en las entrevistas que le tomó la Policía Judicial, refirió las características de los asaltantes y los reconoció fotográficamente, pero que por el tiempo transcurrido, en ese

¹³ 1’28” Audiencia del 15-12-11

momento (juicio oral), no estaba en condiciones de hacerlo, incluso negó que los acusados fueron los autores de los delitos.

Se le exhibieron, entonces, los textos de las declaraciones anteriores. De la lectura que hizo de viva voz, en lo fundamental se tiene:

“...siendo aproximadamente las 8:00 am, llegaron dos uniformados de la policía en dril, diciendo que ya venían la Fiscalía y la SIJIN, que llegaba el fiscal a un allanamiento, con la orden, yo avisé a la central OMEGA para que mandaran al supervisor y verificaran la autenticidad del allanamiento, como a los dos minutos salió una empleada y al yo abrir, se me metieron a la fuerza 3 tipos armados más los disfrazados de policía y procedieron a encañonarme, quitándome el arma y el botón de pánico...

...uno de los sujetos era como de 1,65 [de] estatura, cabello negro, con un poco de barba, tez trigueña, este mismo era el que iba sometiendo [a] los que llegaban y salían, con un arma de fuego tipo revólver y era el que coordinaba vía celular y les decía que se afanaran, lo acompañaba otro sujeto de tez trigueña de 22 años, más o menos, era el que se encargaba de no dejarnos salir de la portería, amenazándonos con el revólver. Cuando se fueron yo observé uno de los sujetos que abordó un vehículo taxi de placas VCL-131 parecido a un Chevrolet Spark. Observé que bajaron una maleta pequeña como de niña y se me llevaron el bolso de color gris con negro, el arma de dotación revólver... Colt 38L, con serie 97787 y un radio Motorola.”

En cuanto al reconocimiento, de la lectura que hizo de las actas, se tiene:

“... se le colocó de presente el álbum No. 073/1 donde reconoce la fotografía No. 6, del álbum No. 073/2 donde reconoce la fotografía No. 1, del álbum No. 073/34 reconoce la fotografía No. 7, que corresponde al señor Rony Esteven Becerra Campo, identificado con c.c. No. 1.14.813.411 de Cali, a quien reconoce por sus características morfológicas...”

...se le coloca de presente el álbum 068/1 donde reconoce la fotografía No. 3, del álbum No. 068/2 reconoce la fotografía No. 11 que corresponde a Jhonatan Peláez Ramírez, identificado con c.c. No. 1.130.625.811 de Cali a quien reconoce por sus características morfológicas alto, delgado de nariz larga...”

...se exhiben fotografías del álbum No. 066/1 donde reconoce la fotografía No. 1, del álbum fotográfico 066/2 reconoce la fotografía No. 5, del álbum 066/3 reconoce la fotografía No. 6 que corresponde a Diego Fernando Sarria Muñoz, identificado con c.c. No. 10.292.355 de Popayán, lo reconoce por sus características morfocromáticas de textura gruesa, con apariencia de barba, bajo, cumbambón...”

La contrariedad de las versiones condujo a la Fiscalía, satisfecha la exigencia consustancial al derecho de confrontación, a solicitar la introducción de las declaraciones previas de los testigos Cardona Morales y Uribe Herrera, y, en forma adicional, a que se las considerara parte del arsenal probatorio válido para examinar la responsabilidad de los acusados. Así lo precisó el Tribunal al señalar que, dadas las circunstancias, procedía *‘tener como pruebas directas las declaraciones anteriores, en orden a modular lo atestiguado en juicio con lo precisado en el reconocimiento, para luego proceder a otorgarle el valor probatorio que corresponda’*.

El análisis correspondiente le permitió a juzgador ad quem establecer que en la actuación existe prueba, más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad de los acusados en los delitos de hurto calificado agravado, porte ilegal de armas de fuego y utilización de uniformes e insignias, en relación con los cuales, dicho sea de paso, los apelantes no cuestionaron la materialidad de las conductas.

En criterio de la Sala, el raciocinio del sentenciador resulta acertado, pues a ello conducen, sin duda, las afirmaciones de los testigos de cargo, quienes – *puntualizó el Tribunal* – de manera detallada informaron “*cómo ocurrió el hecho delictivo y los presuntos responsables de la comisión de los mismos, en un primer momento describiéndolos físicamente y precisando el actuar de cada uno, posteriormente, por medio de un reconocimiento fotográfico en el cual aparte de señalar a quién se reconocía, también se precisó qué labor desempeñaron en la ejecución del delito y a qué persona correspondía.*” Por ello, agregó, es claro “*que ha existido un señalamiento directo, el cual merece credibilidad y permite decantar que los [acusados] participaron (sic) en los delitos endilgados, cuando haciéndose pasar por agentes de policía y del DAS, portando uniformes de estas instituciones, ingresaron al Edificio Santa Mónica, [con] armas de fuego, sin autorización administrativa¹⁴, intimidando al portero y a los habitantes de los apartamentos a los que ingresaron de forma violenta hurtando varias pertenencias.*”

Raciocinio que robustecen las declaraciones de los funcionarios de Policía Judicial Gildardo Jhefry Colorado Pérez, Héctor Manuel Sacristán, Franklin Uriel Méndez

¹⁴ Hecho jurídicamente relevante que estipularon las partes, así como la plena identidad de los acusados. Ver acta de audiencia preparatoria del 06-09-11 Fol. 121 carpeta 2.

Delgado, Manuel Ignacio Monroy Rodríguez y Jhon Henry Alfaro Quintero, quienes, además de ratificar que los testigos anteriores rindieron entrevistas y reconocieron de manera precisa a los asaltantes, manifestaron que la misma labor se adelantó con las víctimas del asalto, testigos que también identificaron a los autores del ilícito, de manera particular, a los recurrentes **Diego Fernando Sarria y Jonathan Peláez**.

Sobre el punto, el funcionario Héctor Manuel Sacristán, coordinador de la investigación y Jefe Contra atracos de la Policía Nacional, precisó que, a raíz de la captura de los procesados en la ejecución de otros delitos, las víctimas del Edificio Santa Mónica, luego de observarlos en los noticieros de televisión, le informaron que eran los autores del hurto, dato a partir del cual se ordenaron las entrevistas y los reconocimientos fotográficos.

Sin embargo, estos testigos no comparecieron al juicio. Cambiaron de lugar de residencia y tampoco fue posible ubicarlos en los lugares habituales de trabajo, razón por la cual, con base en lo previsto por el artículo 438-b del Código de Procedimiento Penal, sus declaraciones se tuvieron como prueba de referencia admisible, según lo decidió el juez de conocimiento y lo confirmó el Tribunal en segunda instancia¹⁵, dada la circunstancia referida y en consideración a que la Fiscalía descubrió y formuló la solicitud en los momentos procesales oportunos. Por tal motivo, a través de los investigadores de la Policía Judicial, fueron introducidas

¹⁵ Auto del 14 de mayo de 2012 Fol. 199 carpeta 2

las entrevistas y las actas de reconocimiento realizadas por las siguientes víctimas: Edison Osorno, Yeison Molina Carvajal, Rodrigo Domínguez Urbano, John Jair Oquendo, Mónica Baquero Bolívar, Carlos Enrique Fajardo Restrepo y Mónica Pérez Jarrín; declaraciones en las que se describe el desarrollo de los hechos y se identifica a los autores del asalto al Edificio Santa Mónica.

Este cúmulo demostrativo satisface el nivel de conocimiento requerido en el ordenamiento para dictar sentencia condenatoria, a pesar de las manifestaciones en juicio de los testigos Guillermo Cardona y Reinaldo Uribe Herrera, de no reconocer a los acusados como autores de los delitos, toda vez que sus declaraciones previas, coincidentes en todo con las de las víctimas del asalto, no dejan duda sobre el particular.

Aunque el paso del tiempo o los cambios físicos les impidiera reconocerlos o, incluso, que como reacción psicológica quisieran olvidar el episodio y sus protagonistas, la contundencia de tantas declaraciones juntas y de los reconocimientos efectuados en un momento cercano a los hechos, transmiten seguridad en cuanto a la intervención de los acusados en los delitos que se les imputan.

En este orden de ideas, se descarta la existencia de errores de valoración probatoria por parte del Tribunal, lo cual conduce a la improsperidad de los cargos examinados. Y, como se demuestra en la actuación, más allá de toda duda razonable, la materialidad de los delitos y la responsabilidad

de los acusados, la Corte, conforme con la solicitud del Fiscal Delegado, no casará la sentencia por los cargos de la demanda.

De oficio, sin embargo, por cuanto advierte desproporcionada la sanción accesoria de prohibición del derecho a portar armas de fuego, que el Tribunal impuso a los acusados por el mismo lapso de la pena principal, desconociendo el sistema de cuartos y los criterios que adoptó para dosificar la pena principal, casará parcialmente la decisión con el fin de fijar la pena referida en 14,4 meses, para cada uno de los sentenciados.

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

RESUELVE

1.- **No Casar**, por los cargos formulados en las demandas, la sentencia del Tribunal superior de Cali del 16 de Diciembre de 2013, con la cual condenó a Diego Fernando Sarria Muñoz, Rony Steven Becerra Ocampo, Jonathan Peláez Ramírez, Deibys Arturo Torres Pérez y Jimmy Eduardo Navia Garrido, por las conductas punibles referidas en esta decisión.

2.- **Casar de oficio y parcialmente** la sentencia de origen, fecha y contenido indicados, únicamente para fijar la

pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, en 14,4 meses, para cada uno de los sentenciados.

3.- En todo lo demás, la decisión recurrida permanecerá inmodificable.

4.- Contra la presente sentencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

