



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

Con ocasión a la orden de publicación de esta providencia, dada en la sesión del 04 de mayo del corriente año por la Sala de Casación Penal, se hace necesaria la anonimización de la misma para que el contenido jurídico pueda ser consultado sin desconocer los derechos fundamentales de la involucrada, que puedan resultar afectados.

SP5798-2016

Radicación N°41667

(Aprobado Acta No.141)

Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Local 22 de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Armenia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de esa ciudad el 6 de mayo de 2013, mediante la cual revocó la proferida el 7 de marzo de 2013 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento, que declaró responsable a la menor **ACSC** por los delitos de homicidio y porte ilegal de

armas de fuego de defensa personal, para absolverla de estos cargos.

Hechos

El 10 de octubre de 2012, al medio día, en el barrio (...) del Municipio de Montenegro (Quindío), dentro de la tienda “(...)”, fue atacado con arma de fuego el señor ARLÉS SOTO LÓPEZ, quien falleció en el lugar. Instantes después se recibió en la central de la policía del Municipio una llamada telefónica anónima que informaba del hecho y agregaba que los agresores habían sido un sujeto robusto, de tez trigueña, 1.67 de estatura aproximadamente, y una mujer joven, de sudadera azul oscura, chanclas rosadas, blusa blanca con rallas moradas, de tez blanca, cabello rubio, ojos verdes, que huía en una bicicleta color verde. La central de la policía retransmitió esta información a sus unidades lográndose minutos más tarde, en el Barrio (...), cerca del lugar de los hechos, la captura de ACSC, de 17 años de edad, quien se movilizaba en una bicicleta color verde y reunía las características suministradas por el informante anónimo. En su poder fue hallado, dentro de un bolso, un revólver con seis cartuchos, dos de ellos percutidos.

Actuación procesal relevante

1. El 21 de noviembre de 2012, la fiscalía presentó escrito de acusación contra ACSC por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y el 29 de los mismos mes y año la acusó formalmente en audiencia por los referidos ilícitos.

2. El 7 de marzo de 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Adolescentes de la ciudad de Armenia dictó fallo sancionatorio en su contra, por los delitos imputados en la acusación, y le impuso la medida de privación de la libertad en un centro de atención especializado, por el término de 42 meses.

3. Apelado este fallo por la defensa, para pedir la absolución de la menor por no existir prueba para sustentar su participación en los hechos, el Tribunal Superior de Armenia, Sala Mixta de Asuntos Penales para Adolescentes, mediante el suyo de 6 de mayo de 2013, lo revocó y la absolvió de los cargos imputados. Inconforme con esta decisión, la fiscal del caso acudió en casación

La demanda

Plantea un cargo al amparo de la causal prevista en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por falta de aplicación de los artículos 103 y 365 del Código Penal, que tipifican los delitos de homicidio y porte ilegal de armas

de fuego de defensa personal, debido a errores de raciocinio en la apreciación de las pruebas.

Afirma que el Tribunal de Armenia absolvió a la menor porque en su criterio no podía condenar con fundamento exclusivamente en los testimonios de los agentes de policía HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ, SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, por ser pruebas de referencia, y porque la fiscalía no había tampoco identificado ni llevado a la audiencia del juicio oral a la persona que realizó la llamada anónima, por lo que era dable colegir que ésta no existía.

Explica que el agente HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ recibió la llamada anónima que informaba que un hombre en compañía de una mujer habían herido con arma de fuego a un señor en una tienda, que el hombre era robusto, trigueño, de aproximadamente 1,67 metros de estatura, y la mujer de tez blanca, cabello rubio, ojos verdes, vestía una sudadera azul, chanclas rosadas y una blusa blanca a rayas moradas, y se movilizaba en una bicicleta todoterreno verde, y que al ser esta información retransmitida fue escuchada por los agentes SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, quienes se dirigieron de inmediato al barrio (...) donde interceptaron a una persona con características similares, en poder de un arma de fuego.

Se refiere a las decisiones de la Sala donde ha estudiado las particularidades de la prueba de referencia, y

agrega que el Tribunal fracciona el conjunto de elementos materiales probatorios, como quiera que olvida analizar los indicios, que continúan vigentes en nuestra legislación, tales como el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la aprehensión, la distancia entre el lugar de los hechos y el sitio de captura (370 metros), las características físicas de la persona que participó en los hechos y las de la persona capturada, su presencia en el lugar de los sucesos, el sorprendimiento en poder de un arma de fuego con evidentes signos de uso, las malas justificaciones, sus contradicciones y las contradicciones de las personas con las que dijo hallarse ese día.

Agrega que otro de los motivos de absolución fue la forma como el juzgador de primer grado, en sentir del tribunal, abordó el estudio de la participación y de la culpabilidad, lo que lo llevó a sostener que al juez le había bastado “enunciar la coautoría y permitir la participación en dicha calidad, sin que de los medios de convicción aportados emergiera lo uno o lo otro”, y que “no bastaba que la menor llevara consigo el arma de fuego..., sino que se requería analizar esta realidad dentro del contexto del comportamiento y ello no fue abordado por el a quo”.

Critica el estudio que el tribunal realizó de la sentencia de la Corte de 14 de diciembre de 2011, sobre la admisibilidad y valoración de la prueba de referencia, y califica de grave el hecho que no hubiera abordado el examen del delito de porte ilegal de armas, y hubiera absuelto también por este ilícito, cuando salta a la vista que

la fiscalía probó más allá de toda duda razonable la materialidad de este hecho y la responsabilidad de la menor en el mismo.

Explica que el sorprendimiento de la menor en poder del arma de fuego no fue motivo de controversia, puesto que así lo informan los agentes SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, quienes le dieron captura en poder de la misma, la que a la postre resultó idónea “y se utilizó para dar muerte al ciudadano. Lo que nos indica una vez más, que el tribunal excluyó dar aplicación al artículo 365 del Código Penal”.

Reitera que el tribunal desconoció manifiestamente las reglas de producción y apreciación de la prueba, al fundamentarse exclusivamente en el artículo 381 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, que establece que la sentencia condenatoria no puede fundarse solamente en prueba de referencia, y concluye solicitando a la Sala casar la sentencia impugnada y condenar a la menor por los delitos imputados.

Intervenciones en la audiencia de sustentación

1. De la fiscalía

La Fiscal Segunda Delegada ante la Corte manifestó que el ataque de la demandante debe prosperar por varias razones:

Primero: Porque el Tribunal incurrió en un falso juicio de convicción al considerar que los relatos de los patrulleros de la Policía Nacional SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR eran prueba de referencia toda vez que no habían sido testigos de los hechos sobre los cuales declaraban, cuando de sus contenidos surgía claro que testificaban sobre hechos que vieron y percibieron, como fue las circunstancias que rodearon la captura de la menor, sus características físicas, las prendas que vestía, el vehículo en que se movilizaba, sus reacciones y el hallazgo en su poder del revólver con cuatro cartuchos y dos vainillas percutidas. Y también al omitir apreciar estos testimonios conjuntamente con el del patrullero HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ, y la minuta de la estación de policía, donde constaba que la llamada telefónica fue recibida a las 11:55 de la mañana.

Segundo: Porque el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia al omitir valorar las estipulaciones probatorias consignadas en el escrito de 21 de febrero de 2013, donde se declararon probados varios hechos, entre ellos, que en el interior de la tienda fue hallado un proyectil, que el cuerpo del occiso presentaba dos heridas, que la bicicleta hallada a la menor era de color verde, que a la menor le fue incautada el arma, la bicicleta y una sim card roja dañada, que el tambor del revólver tenía

cuatro cartuchos calibre .38 especial y dos vainillas percutidas de igual calibre, que el revólver tenía borrados los números de identificación, que el arma había sido disparada anteriormente, que el revólver era apto para disparar, que el proyectil hallado en la escena del crimen era .38, que las dos vainillas halladas en el tambor habían sido percutidas por dicha arma, pruebas todas que fueron dejadas de apreciar por el tribunal.

Tercero: Porque el tribunal incurrió en un error de hecho “por falso juicio de raciocinio”, al otorgar poder suasorio a los testimonios de IDLL y JATO, puesto que esta apreciación contraría las reglas de la sana crítica. Asegura que no es lógico que si alguien se percata de la comisión de un delito, recoja lo que uno de sus autores arroja, porque esto podría involucrarlo, aunque se tratara de dinero.

Precisó que estos errores y su relevancia le impidieron al tribunal concluir que existían una pluralidad de indicios graves que probaban la responsabilidad de la inculpada como coautora del delito de homicidio y coautora del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tales como, (i) de oportunidad, conformado por la presencia de la menor en cercanías del lugar, las coincidencias de sus características físicas con las suministradas a la policía, la existencia de una sola ruta de salida del barrio, (ii) de participación en el homicidio, conformado por el hallazgo en su poder del arma calibre .38 especial, el número de proyectiles disparados, la coincidencia con el número de heridas, el proyectil hallado, la coincidencia del calibre, (iii)

su comportamiento sospechoso, pues estaba nerviosa y agitada, se negó a que le registraran el bolso, destruyó la sim card del celular, y (iv) el borrado y limado del sistema de identificación del arma.

De esto surge que el aporte de la menor fue esencial en el homicidio, y no una simple contribución. Además, si bien no se estableció quién disparó el arma, sí se acreditó que iba en compañía de un hombre, y se debe tener en cuenta que en la coautoría impera el principio de imputación recíproca, todo lo cual condujo a que el tribunal dejara de aplicar las normas sustantivas. Por tanto, solicita a la Corte casar el fallo y proferir en su lugar uno condenatorio.

2. Del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado inició su intervención manifestando que la materialidad del delito, al igual que la responsabilidad del acusado, tienen que ser debidamente acreditadas con medios de prueba reales, y no con simples suposiciones o elementos de convicción ideales, como se pretende en este caso, donde la fiscalía demanda condena sin existir la certeza requerida para ello.

Precisó que en el sistema acusatorio operan los principios de oralidad e inmediación, según los cuales todas las pruebas deben practicarse en audiencia de juicio oral y público, ante el juez competente, con contradicción de las

partes, y que la prueba de referencia solo es admisible en las circunstancias previstas en el artículo 438.

Explicó que una prueba de referencia requiere el concurso de varios elementos, (i) una declaración realizada por persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la oportunidad de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración, y (4) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate.

Agregó que en el caso analizado, si bien los policías transmitieron lo narrado por el interlocutor anónimo que dio telefónicamente cuenta de la perpetración del ilícito, la verdad es que sobre la real presencia de la acusada en el lugar de los acontecimientos y su directa participación en ellos ninguna prueba o elemento de juicio fue aportado por la fiscalía, que nada hizo con el fin de identificar, ubicar y hacer comparecer al referido testigo.

En las anotadas condiciones, si bien es cierto las declaraciones de los uniformados pueden considerarse prueba directa respecto de las situaciones que presenciaron, en lo que tienen que ver con la participación de la menor en el hecho no son más que una prueba de referencia, insuficiente para soportar un fallo de condena, no solo en relación con el homicidio, sino del porte de armas, por cuanto no se logró desvirtuar la tesis de que desconocía el contenido de la maleta y que simplemente la había recogido

pensando que se trataba de dinero. Por tanto, solicita no casar el fallo impugnado.

3. De la defensa

Dijo compartir los planteamientos del Procurador Delegado. Precisó que la fiscalía trajo unos hechos nuevos, no tocados en la demanda, sobre la existencia de errores por falsos juicios de convicción, y que las estipulaciones probatorias en ningún momento fueron puestas en duda por la defensa. Se trata de hechos debidamente probados, en la medida que se demostró más allá de toda duda que el revólver le fue incautado a la menor, que había sido percutido, y que había uniprocedencia entre los proyectiles encontrados y el arma. Esto nunca se puso en tela de juicio.

Lo que pasa es que leyendo la demanda no se encuentra suficiencia en sus planteamientos sobre el falso raciocinio, que es a lo que hace referencia estrictamente el censor, porque cuando se ataca la prueba indiciaria debe precisarse si lo que se cuestiona es el hecho indicador o la inferencia lógica, pero en la demanda no aparece esto, por lo que debe entenderse que tanto la recurrente como la Fiscal Delegada están hablando de la inferencia lógica.

De estos hechos lo único que se acreditó es que la menor fue encontrada con un arma de fuego y que ésta había sido utilizada para ultimar a la víctima, pero debe tenerse en cuenta que una cuestión es el homicidio, y otra el porte de armas, y que si bien es cierto en su poder se

halló el arma, lo cual objetivamente permitiría ubicar la conducta en el artículo 365, en lo que tiene que ver con el homicidio se está frente a prueba de referencia, y una condena no puede sustentarse en esta clase de prueba. Por tanto, pide a la Sala atender sus consideraciones, al igual que las del Agente del Ministerio Público, y no casar la sentencia.

4. La defensora de familia

Manifestó que la menor desde un comienzo asumió con responsabilidad las ofertas que dentro del marco de sus funciones le hizo el Instituto colombiano de Bienestar Familiar, inclusive en su situación de detención, la que cumplió en un centro de atención especializado en la ciudad de Cali, hasta cuando fue declarada no responsable por el Tribunal Superior de Armenia. Es todo lo que puede decir de la menor.

SE CONSIDERA

1- Cuestión previa

Antes de abordar el estudio de la demanda, la Sala se referirá a los cuestionamientos realizados por la defensa en

la audiencia de fundamentación oral del recurso, en el sentido de que los argumentos que sustentaban el cargo no colman los requerimientos de suficiencia y claridad que se exigen para su estudio de fondo, y que las alegaciones de la Fiscal Delegada desbordan los límite de intervención que la normatividad le permite.

1.1. Deficiencias argumentativas de la demanda.

La Sala ha dicho que esta crítica resulta inoportuna en este estadio del proceso casacional, porque el inciso tercero del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, que consagra el principio de limitación, la autoriza para superar los defectos de la demanda cuando advierte que se precisa del fallo para la realización de los fines del recurso, y que ni las partes, ni la propia Sala, pueden después de haberse admitido el libelo, invocar deficiencias argumentativas para solicitar la desestimación de los cargos, o sustentar una decisión adversa a las pretensiones del impugnante.

1.2. Alegaciones de la Fiscal Delegada como parte recurrente.

En la labor de definir las atribuciones y limitaciones de los sujetos procesales en la audiencia de fundamentación oral del recurso, la Sala ha precisado que los recurrentes

deben circunscribir sus alegaciones a los cargos planteados en la demanda, y que los no recurrentes solo pueden presentar alegaciones de oposición o coadyuvancia a los ataques propuestos en ella, sin desbordar los linderos de su contenido.

En el caso que se estudia, la Fiscal Segunda Delegada ante la Corte, en su intervención como sujeto procesal recurrente, en reemplazo de la Fiscal 22 Local de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Armenia, quien interpuso el recurso, no solo se refirió al cargo planteado en la demanda por la fiscal del caso, sino que denunció otros desaciertos no planteados en ella.

Específicamente invocó dos errores nuevos. Uno de raciocinio por inobservancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los testimonios de los menores IDLL y JATO, y otro de existencia por desconocimiento de las estipulaciones probatorias de las partes, sobre los cuales la Sala no hará pronunciamiento alguno por tratarse de adiciones extemporáneas.

2. Estudio de la demanda

La casacionista sostiene, en lo sustancial, que el Tribunal incurrió en un error de raciocinio, (i) al concluir que no era posible condenar con fundamento exclusivo en los testimonios de los patrulleros JUAN CAMILO RIVERA

BETANCUR, SANTIAGO ECHEVERRY GOMEZ y HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ, por tener la condición de pruebas de referencia, y (ii) al omitir tener en cuenta los indicios que complementariamente comprometen la responsabilidad de la procesada en los hechos.

Con el fin de dar adecuada respuesta a los cargos planteados, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones previas sobre, (i) el concepto de prueba de referencia, (ii) sus condiciones de admisibilidad, (iii) su eficacia probatoria y la naturaleza jurídica de la prueba complementaria, (iv) la eficacia probatoria de los anónimos, y (v) la inadmisibilidad de los anónimos como prueba de referencia, aspectos sobre los cuales los funcionarios judiciales y las partes, o guardan silencio, o incurren en inexactitudes.

2.1. Concepto de prueba de referencia.

El artículo 437 de la Ley 906 de 2004 define la prueba de referencia como *toda declaración realizada por fuera del juicio oral*, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrígado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

La Sala, al definir las particularidades de esta modalidad probatoria, ha dicho que debe cumplir las siguientes condiciones (i) que se trate de una declaración, (ii) que esta declaración haya sido realizada por fuera del juicio oral, (iii) que se utilice o pretenda utilizar como medio de prueba, y (iv) que el declarante no esté disponible para testificar en el juicio (CSJ, SP14844-2015, 28 de octubre de 2015, radicación 44056, CSJ AP, 30 de septiembre de 2015, radicación 46153, entre otras).

Es muy importante tener en cuenta, para efectos de la decisión que habrá de tomarse en este asunto, que la prueba de referencia es la declaración anterior, de quien no asiste a declarar en el juicio oral, y no, como erradamente lo entienden los juzgadores de instancia y algunas de las partes, los medios de prueba que se utilizan para probar en el juicio la existencia y el contenido de dicha declaración (de la declaración anterior que se pretende utilizar como prueba de referencia).

Esta precisión es de especial interés porque permite no solo distinguir conceptualmente la prueba de referencia como objeto de prueba, de los medios que se utilizan para acreditar su existencia y contenido, sino porque facilita el estudio particularizado de las condiciones de admisibilidad que deben cumplirse frente a cada categoría probatoria, y de los criterios que deben tenerse en cuenta en su valoración.

Sobre el punto que se viene tratando, pertinentes son las precisiones realizadas por la Sala en decisión CSJ

SP3332-2016, de 16 de marzo de 2016, dentro del radicado número 43866, donde al referirse a la creciente confusión que suele presentarse entre la prueba de referencia y los medios que se utilizan para probar su existencia y contenido en el juicio, y la forma de superar estas dificultades, precisó,

«En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es fundamental preguntarse “quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra -del acusado-”, y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, solo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.

«Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior el juicio oral, asume la carga de demostrar que esa declaración existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en decisión CSJ SP, 28 de octubre de 2015, radicación 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.»

2.2. Condiciones de admisibilidad de la prueba de referencia.

Para que una declaración anterior al juicio oral pueda ser admitida como prueba de referencia debe cumplir las condiciones especiales establecidas en el artículo 438 (adicionado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013) y las generales indicadas en el artículo 441 inciso segundo de la Ley 906 de 2004 (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, radicación 27477, CSJ SP14844-2015, 28 de octubre de 2015, radicación 44056).

La primera de estas normas exige acreditar que el autor de la declaración anterior al juicio oral que se pretende utilizar como medio de prueba, no puede testificar en el juicio porque (i) ha perdido la memoria, (ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, (iii) padece una enfermedad que se lo impide, o (iv) es menor de 18 años y ha sido víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales.

La segunda impone demostrar que la prueba de referencia, o declaración anterior al juicio oral de quien no está disponible para asistir al juicio, cumple los presupuestos establecidos para su admisibilidad por las reglas generales de la prueba, que la Ley 906 de 2004 desarrolla en sus artículos 359, 360, 374, 375 y 376, y que tienen que ver con su licitud, conducencia, pertinencia, utilidad y conveniencia (artículo 376 literales (a) y (b)).

La enumeración que trae el artículo 438 es de carácter alternativo. Esto significa que para llegar a un juicio positivo de admisibilidad basta que se cumpla una cualquiera de las condiciones exceptivas establecidas en la norma. Mientras que las reglas generales, a las que alude el artículo 441 inciso segundo, son acumulativas, pues se exige que todas concurren, tanto las referidas a su conducencia, como las alusivas a su licitud, pertinencia, utilidad y conveniencia.

Esto para destacar que si la declaración anterior al juicio oral, de quien no está disponible para declarar en el juicio, no cumple con las condiciones generales de licitud exigidas para ser admitida como prueba, porque, verbi gracia, se trata de una fuente de información prohibida por el ordenamiento jurídico, o ha sido obtenida mediante amenazas o tortura, no podrá hacer parte del torrente probatorio.

2.3. Eficacia probatoria de la prueba de referencia y naturaleza jurídica de la prueba complementaria.

El inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia, pues prohíbe condenar con fundamento exclusivamente en esta clase de prueba, siendo necesario, por tanto, para poder llegar a una decisión de condena, que existan otros

medios de naturaleza distinta que la complementen, y que su valoración conjunta permita llegar a la convicción racional de que el hecho delictivo ocurrió y que el procesado es responsable.

La prueba que sirve de complemento a la prueba de referencia no está sujeta a condicionamientos especiales en cuanto a su naturaleza, razón por la que se ha entendido que respecto de ella opera el principio de libertad probatoria, pudiendo tratarse, en consecuencia, de cualquier medio de conocimiento, incluida la prueba indiciaria, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades,

«La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado» (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, radicación No.27477).

2.4. Eficacia probatoria de los anónimos.

La legislación nacional ha sido persistente en negar a los anónimos la condición de medio de prueba y en sólo reconocerles el carácter de criterio orientador de las labores de indagación cuando suministran datos específicos sobre

hechos o situaciones que interesan al derecho penal y son susceptibles de verificación.

Así se desprende del contenido de los artículos 27.1 de la Ley 24 de 1992 (Organización y Funcionamiento de la Defensoría del Pueblo), 38 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), 29 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal anterior), 69 inciso cuarto de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal actual) y 81 de la Ley 962 de 2005 (Ley Antitrámites).

Estas normas prohíben de manera general la admisión de quejas anónimas como fundamento de la acción penal y de otra clase de acciones, y solo autorizan reconocerle el carácter de criterio orientador de indagaciones oficiosas cuando aportan evidencias o suministran datos concretos que permitan adelantar gestiones específicas con el fin de verificar su contenido.

Esta prohibición se desprende también del contenido del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, que define el documento anónimo y regula su eficacia probatoria, donde expresamente se proscribe su admisión y utilización con pretensiones probatorias, es decir, como medio de prueba, en atención a su condición de fuente de información de origen desconocido. Dice la norma:

«Documentos anónimos. Los documentos, cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por alguno de los

procedimientos previstos en este capítulo, **se consideran anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio**».¹

Aunque el precepto solo se refiere a los documentos, es evidente que la prohibición aplica para todos los medios o fuentes de información que tengan la condición de anónimos, en aplicación del principio lógico jurídico que enseña que donde existe el mismo supuesto fáctico debe existir la misma consecuencia jurídica, o que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, pues no tendría sentido que siendo la razón de ser la misma (el origen desconocido de la fuente informativa), la prohibición solo operara para los documentos.

Este ha sido por lo demás el entendimiento que la jurisprudencia de la Sala viene haciendo del contenido de los artículos 69 inciso cuarto y 430 citados, como se desprende, entre otras decisiones, del auto AP3479-2014, de 25 de junio de 2014, dictado dentro del radicado 43865, donde se dijo,

«La inteligencia de las disposiciones es clara: el anónimo no puede valorarse como prueba, pero debe utilizarse como criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación y solamente se impone su archivo cuando no suministra datos concretos que permitan encauzar la investigación».

2.5. Inadmisibilidad de los anónimos como prueba de referencia.

¹ Negrillas fuera de texto.

En el apartado 2.2 se dijo que la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba, además de cumplir los requerimientos específicos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013), para su admisión excepcional. Y en el 2.4 se precisó que la normatividad legal prohíbe la utilización de los anónimos como medio de prueba.

De estas premisas se sigue que la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, para que pueda ser utilizada como prueba de referencia, y que si esta condición no se cumple, como acontece con las declaraciones anónimas, no será jurídicamente posible su admisión como medio de prueba.

La exigencia de que la declaración anterior provenga de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia, es compartida por la doctrina comparada, y acogida por la jurisprudencia de la Sala, como se desprende de su decisión CSJ, SP, 6 de marzo de 2008, radicado 27477, donde precisó,

«La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

«También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida».

2.6. El caso concreto

Como ya se dejó consignado, la noticia criminis en el caso que ocupa la atención de la Sala se dio a través de una llamada telefónica anónima a la central de policía del Municipio de Montenegro (Quindío), que informó que en el barrio (...), en la manzana 7, en el interior de una tienda, habían herido una persona con arma de fuego, y que los agresores habían sido dos sujetos, un hombre robusto de tez trigueña, de 1:67 de estatura, y una mujer joven de sudadera azul oscura, chanclas rosadas, blusa color blanca con rayas moradas, de tez blanca, cabello rubio y ojos verdes, que se movilizaba en una bicicleta color verde.

La llamada fue recibida por el comandante de guardia de la estación HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ, a las 11:55 de la mañana del 10 de octubre de 2012, y de inmediato retransmitida a los patrulleros SANTIAGO ECHEVERRY GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, quienes capturaron, a pocas cuerdas del lugar de los hechos, a una mujer de las características indicadas, quien dijo llamarse

ACSC, de 17 años de edad, que se movilizaba en una bicicleta color verde, y que portaba un bolso, dentro del cual hallaron un revólver con seis (6) cartuchos, dos de ellos percutidos.

El contenido de la llamada telefónica anónima quedó registrado en el libro de población de la estación de policía en los siguientes términos: «FECHA: 10-10-12. HORA: 11:55. ASUNTO: Anotación: A la fecha y hora dejo constancia que ingresa una llamada al teléfono fijo de la estación en donde se escucha una persona voz masculina que no se identifica y manifiesta que en el barrio (...), en la manzana 7 en el interior de una tienda habían lesionado a una persona con arma de fuego, así mismo el ciudadano manifiesta las características de los agresores en donde uno de ellos es robusto de tez trigueña aproximadamente de 1:67 de estatura y una mujer joven de sudadera azul oscura, chancas rosadas y una blusa color blanco con rallas (sic) moradas de tez blanca, cabello rubio y ojos verdes la cual huyó en una bicicleta de color verde, de inmediato se le informa a la patrulla...»

Con el fin de acreditar la responsabilidad de la menor en los hechos, la fiscalía solicitó en la audiencia preparatoria, además de otras pruebas, (i) el testimonio del patrullero HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ, para que relatara los pormenores en los que se produjo la llamada anónima, su contenido y la descripción que el informante hizo de los autores del hecho, y (ii) la fotocopia del reporte dejado en el libro de población de la estación, para acreditar los mismos aspectos y para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Ambas pruebas fueron practicadas en el juicio oral y tenidas en cuenta en el fallo de primera instancia como fundamento de la condena, donde se dijo que si bien es

cierto el testimonio del patrullero HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ debía en principio mirarse como una prueba de referencia, ya que no había estado presente en el lugar de los hechos, para el juzgado se convertía en una prueba directa, “toda vez que con éste se acredita la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que sí tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan al interior del proceso”.

El tribunal también valoró este testimonio, pero concluyó que era insuficiente para condenar porque el artículo 381 del código prohibía hacerlo con fundamento exclusivamente en prueba de referencia, y que no existía prueba directa que complementara los señalamientos del informante anónimo, como quiera que los agentes de policía que realizaron la captura no habían tenido conocimiento directo de los hechos, y que la teoría planteada por la defensa, en el sentido de que la menor había recogido el bolso con el arma después de que el autor del hecho lo abandonara, en la creencia de que contenía dinero, no era descartable.

Varias imprecisiones se advierten de entrada en el análisis probatorio realizado por los juzgadores de instancia, (i) tener el testimonio del patrullero HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ como prueba de referencia y a la vez como prueba directa con el argumento de que acreditaba la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que sí tuvo conocimiento personal y directo de los hechos, (ii) confundir la prueba de referencia con los medios de prueba que se utilizan para

probar su existencia y contenido, y (iii) exigir que la prueba que debe complementar la prueba de referencia para llegar a una decisión de condena sea directa.

En apartado 2.1 se dijo que la normatividad legal definía la prueba de referencia como toda declaración realizada por fuera del juicio oral, de quien no está disponible para declarar en el juicio, que es utilizada para probar o desvirtuar aspectos sustanciales del debate, y que ésta no podía confundirse con los medios de conocimiento que se utilizaban en el juicio para probar su existencia y contenido.

Si trasladamos este concepto al caso estudiado, se concluye que los presupuestos requeridos para tener la condición de prueba de referencia, de (i) tratarse de una declaración, (ii) realizada por fuera del juicio oral, (iii) que es utilizada para probar un aspecto sustancial del debate, los cumple la llamada anónima. Y que el testimonio del agente de policía HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ fue solo el medio utilizado por la fiscalía para probar su existencia y contenido (de la llamada anónima).

En este discernimiento conceptual se equivocan los juzgadores de instancia, e inclusive las partes, porque le otorgan al testimonio del patrullero HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ la condición de prueba de referencia, cuando realmente se trata del medio a través del cual la fiscalía probó la existencia y contenido de la declaración anónima,

que para el caso, como ya se indicó, vendría a constituir la prueba de referencia.

El argumento expuesto por el tribunal para absolver a la menor, en el sentido de que no existía prueba directa que complementara la prueba de referencia, es también errado, porque la normatividad legal, como se indicó en el apartado 2.3, no tarifa la prueba complementaria, lo que determina que pueda ser de cualquier clase, incluida la indiciaria, y que lo importante es que una y otra (prueba de referencia y prueba complementaria), articuladas, tengan la solvencia demostrativa requerida para llegar a una decisión de condena.

En síntesis, las autoridades no solo utilizaron la información anónima para adelantar gestiones preliminares de indagación que condujeran a la captura de la menor, lo cual resultaba legítimo, sino que incorporaron su contenido al debate con pretensiones incriminatorias, a través del testimonio del patrullero HENRY ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ, y de la copia del reporte dejado por éste en el libro de población de la estación de policía de Montenegro, y que los juzgadores, incluido el tribunal, terminaron aceptándola y valorándola como medio legítimo de prueba.

En los apartados 2.4 y 2.5 se explicó que la admisión y valoración de los anónimos como medio de prueba está prohibida por el ordenamiento legal, y que una declaración de esta naturaleza, entregada por fuera del juicio oral, no puede aceptarse como prueba de referencia. Siendo así, es evidente que los juzgadores erraron al otorgarle alcances

probatorios a la llamada anónima, y que la recurrente en casación y la Fiscal Delegada incurren en similar desacierto al pretender que se la tenga en cuenta y se la aprecie como una prueba más en el juicio de responsabilidad.

Esto impone, para efectos de la definición del recurso, excluir el contenido de la información anónima como prueba incriminatoria, y examinar la prueba restante con el fin de establecer si cumple los estándares requeridos para llegar a una decisión de condena, o si por el contrario, no los satisface, análisis que la Sala acometerá a continuación, iniciando por la prueba que compromete a la menor en el delito de homicidio.

En relación con este ilícito se cuenta con los siguientes elementos de prueba,, (i) los testimonios de los agentes SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, quienes informan sobre las circunstancias que rodearon la captura de la menor y el hallazgo en su poder de un revólver con seis cartuchos, dos de ellos percutidos, (ii) el protocolo de necropsia que informa de la presencia en el cuerpo de la víctima de dos heridas con arma de fuego, (iii) el formato de inspección técnica al cadáver que informa del hallazgo en el lugar de los hechos de un proyectil de arma de fuego utilizado, (iv) el estudio de balística que concluye que el revólver incautado a la menor es calibre .38 Special, que su estado de funcionamiento es bueno y que registraba huellas de haber sido disparado anteriormente, sin poder determinarse cuándo, (v) el estudio de balística que estableció que el proyectil hallado en escena del crimen

es calibre .38, y (vi) el estudio de balística que indica que el proyectil hallado en la escena del crimen no es apto para realizar estudios de uniprocedencia y que las vainillas incriminadas fueron percutidas por el revólver decomisado.

De estos elementos de prueba se sigue, (i) que la menor fue capturada cerca del lugar de los hechos, (ii) que su aprehensión se produjo minutos después de cometido el crimen, (iii) que en su poder fue hallado un revólver calibre .38 con seis cartuchos, dos de ellos percutidos, (iv) que existe coincidencia entre el número de cartuchos percutidos y el número de impactos recibidos por la víctima, y (v) que también existe correspondencia entre el calibre del arma y el calibre del proyectil recuperado en la escena del crimen.

La captura de la menor a pocas cuadras del lugar del homicidio, minutos después de su ejecución, permite predicar en su contra el indicio de presencia en el sector, pero esta evidencia no la vincula de suyo con el crimen. Lo que realmente la vincula con éste es el hallazgo en su poder del arma de fuego, y el hecho que exista correspondencia entre su calibre y el calibre del proyectil recuperado en el lugar del homicidio, y entre el número de cartuchos percutidos y el número de heridas recibidas por la víctima, porque permite relacionar el arma con las evidencias halladas en el lugar de los hechos y por esta vía a su poseedora con la conducta punible.

Pero este acervo incriminatorio, en criterio de la Sala, resulta insuficiente para dar por establecido que la menor

participó en el hecho, porque los puntos de coincidencia a los que se ha hecho mención (identidad del calibre del arma con el calibre del proyectil recuperado en el lugar de los hechos y correspondencia entre número de cartuchos percutidos y el número de heridas recibidas por la víctima) solo permiten llegar a conclusiones contingentes, y no existe ningún elemento de juicio adicional que permita relacionar a la menor con el mismo.

Importante es recordar que los estudios ordenados para determinar si existía uniprocedencia entre el proyectil recuperado en el lugar del crimen y al arma incautada a la menor no pudieron llevarse a cabo por inidoneidad de la muestra, y que los resultados de la prueba de absorción atómica practicada a la menor con el fin de establecer si existían residuos indicativos de que hubiera disparado el arma no fueron allegados al proceso por la fiscalía, no obstante haber anunciado en la audiencia preparatoria que lo haría, desconociéndose, por tanto, si fueron positivos o negativos.

La verdad, como lo describió el Procurador Delgado en sus alegaciones, es que sobre la real presencia de la acusada en la escena del crimen y su directa participación en los hechos ninguna prueba, distinta del señalamiento anónimo, aportó la fiscalía, y que tampoco se hicieron esfuerzos por determinar siquiera qué sucedió antes, durante o después del homicidio, ni por establecer si la menor conocía a la víctima, si mantenía alguna clase de relaciones con ella, y si tenía motivos para atentar contra su vida.

Estas inconsistencias probatorias conspiran contra las pretensiones de la casacionista, porque muestran que el acervo incriminatorio con el que se cuenta es realmente precario, y que las conclusiones del tribunal, referidas a que la prueba allegada por la fiscalía era insuficiente para sustentar un juicio positivo de responsabilidad por el homicidio, no desconocen la realidad procesal, ni contrarían las reglas de apreciación racional, como lo postula la parte demandante.

La decisión del tribunal de absolver también por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal es, en cambio, infundada, porque las pruebas que acreditan este hecho y comprometen la responsabilidad de la menor en el mismo son de naturaleza diferente, y los testimonios que la defensa adujo para sustentar la tesis de que la menor recogió el bolso por curiosidad, sin saber que contenía un arma, y que minutos después fue capturada, no superan un análisis crítico.

El artículo 365 del código Penal (modificado por el 19 de la Ley 1453 de 2011) exige para la estructuración típica de este delito, (i) que el sujeto agente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga, (ii) armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, y (iii) que lo haga sin permiso de autoridad competente, elementos todos que se hallan debidamente probados en el proceso.

El hallazgo del arma en poder de la menor quedó acreditado con los testimonios de los patrulleros de la policía SANTIAGO ECHEVERRY GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, y con el acta de decomiso, la cual fue objeto de estipulación probatoria. Sus características y buen estado de funcionamiento quedaron establecidas con el informe pericial de balística 125, cuyo contenido fue también estipulado. Y la ausencia de licencia para tenencia o porte se deduce del hecho de tratarse de un arma con número de identificación y número interno borrado, aspecto del que también informa la referida pericia.

La defensa no discute estos hechos, pero sostiene que la menor recogió el bolso sin saber que contenía el arma, después de que el autor del crimen lo abandonara, y aportó, para acreditar su teoría, los testimonios de los menores IDLL y JATO, quienes aseguran que hallándose cerca del lugar del crimen, en compañía de la menor, escucharon los disparos, y que momentos después vieron a un sujeto que abandonó el lugar y se deshizo de un bolso que la menor recogió porque pensó que contenía dinero, siendo capturada en posesión del mismo después de haber ido hasta su casa a sacar la bicicleta.

Esta historia es insostenible. En primer lugar, porque contraría el sentido común aceptar que la menor recogió el bolso, se dirigió a su casa a varias cuadras del lugar de los hechos, sacó la bicicleta, y tomó la ruta hacia el barrio (...), donde fue capturada, sin mirar su contenido.

Pero además, porque los tiempos del recorrido que los testigos describen no coinciden con los que realmente transcurrieron entre los hechos y su captura, y porque los relatos de los menores se ofrecen deshilvanados, fragmentarios, forzados, inseguros y contradictorios en la descripción de detalles, lo que hace que pierdan consistencia.

Es también dicente que la menor se hubiera mostrado renuente a entregar el bolso a los patrulleros de la policía SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR cuando se produjo su captura, y que hubiera manifestado que contenía ropa, porque esta actitud evasiva lo que indica es que sabía que en el bolso llevaba el arma, y que tenía conciencia de que su porte contrariaba el ordenamiento jurídico.

Razón, entonces, le asiste a la casacionista cuando afirma que el sorprendimiento de la menor en poder del arma no fue motivo de controversia en los debates, y que el tribunal se equivocó al dejar de aplicar el artículo 365 del Código Penal, que define y sanciona el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal. Por tanto, se casará parcialmente la sentencia y se declarará responsable a la menor por este delito.

2.7. Selección y dosificación de la sanción

El artículo 177 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia (modificado por el 89 de la Ley 1453 de 2011), prevé como sanciones aplicables a los adolescentes, (i) la amonestación, (ii) la imposición de reglas de conducta, (iii) la prestación de servicios a la comunidad, (iv) la libertad asistida, (v) la internación en medio semicerrado, y (vi) la privación de libertad en centro de atención especializado.

Esta última, de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 ejusdem (modificado por el 90 de la Ley 1453 de 2011), se aplica a los adolescentes mayores de 16 años y menores de 18 años, que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis (6) años de prisión.

El artículo 365 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la ley 1453 de 2011), que tipifica el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal, adscribe como sanción para el autor de la conducta, pena privativa de la libertad de nueve (9) a doce (12) años, es decir, un mínimo superior a seis (6) años.

Esto, sumado al hecho de que la infractora cuando cometió el delito tenía diecisiete (17) años, determina que la sanción aplicable al caso sea la de privación de la libertad en centro de atención especializado, cuya duración el inciso segundo del artículo 187 fija entre uno (1) y cinco (5) años.

Siguiendo los criterios de dosificación previstos en los numerales 1, 2° y 3° del artículo 179 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, y los tenidos en cuenta por el

juzgador de primer grado, sobre la necesidad de que la infractora reciba tratamiento educativo y de reforzamiento adecuados, que le permitan desempeñar un papel productivo en la sociedad, la Sala fija en quince (15) meses el tiempo de duración de la sanción.

2.8 Sustitución de la sanción

El artículo 187 del citado estatuto dispone, en su inciso sexto, que “parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 de este Código, por el tiempo que fije el Juez”.

Aunque la norma pareciera limitar la oportunidad de sustitución de la sanción a la fase de su ejecución, la Sala ha entendido que también procede en la sentencia, cuando los resultados del internamiento y demás elementos de juicio relacionados con las condiciones personales y las circunstancias especiales, conduzcan a un diagnóstico favorable (CSJ SP, 22 de mayo de 2013, radicación número 35431 y CSJ SP3122-2016, 9 de marzo de 2016, radicación 46614).

En el caso estudiado, la menor estuvo recluida en un centro de atención especializado desde su aprehensión (octubre 10 de 2012) hasta cuando el tribunal ordenó su libertad con ocasión del fallo absolutorio (mayo 6 de 2013),

es decir, por espacio de cerca de siete (7) meses, y durante este tiempo respondió adecuadamente a los programas ofrecidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según lo informó la defensora de familia en la audiencia de sustentación del recurso.

Atendidas estas circunstancias, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en inciso sexto del artículo 187 citado, y de los principios acogidos por los instrumentos internacionales que abogan por que la privación de la libertad en casos de menores solo se aplique como último recurso, y que cuando sea posible se opte por acudir a medidas sustitutivas,² reemplazará la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializado por la de libertad asistida o vigilada, por el tiempo que falta para el agotamiento de la primera.

El incumplimiento de la sanción sustitutiva por parte de la menor dará lugar a la aplicación de la sanción privativa de la libertad impuesta en este fallo, por el tiempo pendiente.

En mérito de 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

² Convención sobre los derechos del Niño y reglas de Beijing.

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada.
2. Declarar penalmente responsable a **ACSC**, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal.
3. Sancionar a **ACSC** con privación de la libertad en centro de atención especializado por el término de quince (15) meses.
4. Abonar como parte de la sanción impuesta, el tiempo que la infractora estuvo en reclusión provisional.
5. Sustituir la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializado por la de libertad asistida o vigilada, por el tiempo que resta para el cumplimiento de la primera.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria