



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

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP7732 - 2017

Radicación 46278

(Aprobado Acta No. 178)

Bogotá D.C., primero (1º) de junio de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación promovido por el defensor de HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA contra la sentencia del 24 de abril de 2015, a través de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta revocó la absolución pronunciada el 9 de diciembre de 2014 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma sede y, en su

lugar, lo condenó como autor responsable del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS:

El 30 de noviembre de 2011 dos efectivos policiales realizaban patrullaje en el sector del “Chircal” situado en el Barrio San Luis de la ciudad de Cúcuta cuando, siendo las 12:00 horas, dieron la orden de pare a los ocupantes de un taxi que pasaba por el lugar. De inmediato éstos arrojaron un objeto por la ventana del copiloto, razón por la cual los uniformados procedieron a recogerlo, evidenciando que se trataba de un revólver y cinco cartuchos, uno de ellos percutido y otro “*encamisado*”.

En el vehículo se desplazaban HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA y Bladimir Antonio Ruiz Gélvez, a quienes las autoridades dieron captura.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 1º de diciembre de 2011 la Fiscalía formuló imputación a HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA y Bladimir Antonio Ruiz Gélvez, por el delito de fabricación y porte de armas de fuego o municiones. Como no aceptaron los cargos, los acusó en audiencia celebrada el 29 de marzo de 2012.

2. Surtido el trámite de rigor, el 19 de diciembre de 2014

el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta los absolvió.

3. La Fiscalía apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de la precitada ciudad, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 24 de abril de 2015, lo revocó y, en su lugar, condenó a los procesados a la pena principal de 108 meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición del porte de armas por el mismo lapso.

LA DEMANDA:

Cargo primero. Nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa.

La vulneración de esas garantías fundamentales ocurrió porque el juez permitió la incorporación al juicio oral, sin testigo de acreditación, del documento del 16 de enero de 2012 suscrito por el Sargento Primero Gerson Giovanny Polentino Ramos perteneciente al Ejército Nacional, en el cual se certificó que los procesados no figuran registrados en el sistema nacional de armas, situación que le impidió a la defensa conocer al declarante que lo recaudó, así como contrainterrogarlo y confrontarlo, desconociéndose los artículos 15, 16, 379, 424, 426, 429 y 431 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior tanto más cuando la Fiscalía en la acusación descubrió el testigo de acreditación, pero en la audiencia preparatoria desistió de su práctica, decisión que la defensa impugnó, pese a lo cual la segunda instancia, en la

providencia del 18 de diciembre de 2012, guardó silencio al respecto, impidiendo que la irregularidad fuese subsanada.

De esa manera, añadió el demandante, el documento fue entregado al juez directamente por la Fiscalía en el juicio oral, proceder al que la defensa se opuso una vez más, pero el funcionario judicial no le permitió la palabra, señalando que esa solicitud podía hacerla en los alegatos finales, por cuya razón la prueba fue valorada en los fallos, lo que dio lugar a que el Tribunal revocara la absolución pronunciada por el juez y condenara al procesado.

Por tanto, le solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria.

Cargo segundo. Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de falso juicio de legalidad.

El actor acudió, en esencia, a los mismos planteamientos expresados en la primera censura, señalando ahora que la incorporación al juicio oral, sin testigo de acreditación, del documento del 16 de enero de 2012 suscrito por el Sargento Primero Gerson Giovanni Polentino Ramos vulneró la formalidades legales para su producción, aducción o práctica, en particular, lo previsto en el inciso segundo del artículo 429 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual *“el documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”*.

El impugnante rechazó puntualmente el argumento del Tribunal, a cuyo tenor la defensa no presentó objeción, controversia u oposición a la decisión del juez de permitir la aportación directa del documento, pues contrariamente – insistió-, la apeló en la audiencia preparatoria, sólo que esa Corporación judicial omitió pronunciarse al respecto. Y luego, en el juicio oral, se opuso nuevamente, pero esta vez el juez se negó a tramitar los recursos, señalando que la oportunidad para controvertir ese aspecto lo era la fase de los alegatos de conclusión.

Le pidió a la Sala, en consecuencia, casar la sentencia impugnada para excluir la mencionada prueba y proferir fallo absolutorio, como quiera que sirvió de fundamento básico para la condena.

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN:

1. El demandante.

Le pidió a la Sala referirse prioritariamente al segundo cargo por tener un mayor contenido sustancial. Y, en ese sentido, consideró que el Tribunal mal interpretó la doctrina de la Corte, porque si bien los documentos se presumen auténticos, lo cierto es que la certificación suscrita por el Sargento Primero Gerson Giovanni Polentino Ramos se aportó directamente por la Fiscalía, cuando debió incorporarse al juicio oral, al menos, a través del investigador que lo recaudó, proceder frente al cual la defensa siempre se opuso, pero el *ad quem* no se pronunció de fondo.

Como, de esa manera, no se demostraron en este caso todos los elementos normativos del tipo penal objeto de acusación, le reiteró a la Sala la solicitud de casar la sentencia impugnada para, en su lugar, dictar absolució.

2. Fiscalía.

Sobre el primer cargo, estimó que si el Tribunal no se pronunció en la sentencia en torno a la aducción de la certificación, es porque el defensor no presentó ninguna controversia u oposición al respecto y, además, por cuanto desconoció el carácter preclusivo de las etapas procesales. Encontró, de otra parte, irrelevante decretar la nulidad por la no incorporación de ese documento a través de un testigo de acreditación, dado que la actuación se pudo adelantar con los demás elementos de convicción que se practicaron en el juicio oral.

De todas maneras, la jurisprudencia es clara en reconocer la libertad probatoria para demostrar lo relativo al porte ilegal de armas y, especialmente, lo que tiene que ver con el elemento “*sin permiso de autoridad competente*”. Y aquí se puede llegar a la misma conclusión del sentenciador de segundo grado.

En ese sentido, refiriéndose ya al segundo cargo, dijo ser del criterio que si bien existe una irregularidad, porque el documento no cumplió las formalidades exigidas por la ley para su incorporación al juicio oral, lo cierto es que esa no es la única prueba considerada en el fallo. Se tuvo también en cuenta la declaración de José Jerez Mesa, quien dio cuenta de la captura en flagrancia de los procesados, señalando que

pese a los requerimientos de las autoridades, continuaron su recorrido y momentos antes de ser interceptados arrojaron el arma a un antejardín, tratando de deshacerse de ella.

Además, con el testimonio de José de Jesús Chaústre y el estudio balístico presentado por éste, se determinó que el arma corresponde a un revólver calibre 38, sin marca y modelo.

Esos elementos de juicio permiten adecuar el comportamiento de los acusados en el tipo penal previsto en el artículo 365 del Código Penal. Por tal razón, solicitó no casar la sentencia impugnada.

3. Ministerio Público.

Se refirió, en conjunto, a los dos cargos. Señaló que aun cuando el certificado en cuestión es un documento público, de manera que se presume su autenticidad, ello no significa que pueda llegar al proceso por una aportación directa del fiscal, de modo que si la Fiscalía pretendía demostrar el elemento normativo del tipo penal atribuido requería el testigo de acreditación para incorporar al juicio oral la referida prueba.

De todas maneras, la exclusión que procede respecto de ese elemento material de prueba no puede dar como consecuencia la nulidad. Existe libertad probatoria para acreditar dicho aspecto y, en el presente caso, surgen otras pruebas para ese efecto. En concreto, el informe de balística aludido por la Fiscalía, el cual da cuenta que el arma

incautada no tiene número de identificación, ni otro dato que permita establecer su origen.

Según las normas que reglamentan la materia, las armas que tienen alterados sus sistemas de identificación no pueden ser lícitamente portadas.

Como, en esas condiciones, el yerro no resulta trascendente, le solicitó a la Corte no casar la sentencia impugnada.

4. Defensor no recurrente.

En esencia, le solicitó a la Sala casar la sentencia, como lo pidió el demandante, y hacer extensiva esa decisión a su representado, en todo lo que le resulte favorable.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Dado que los dos cargos formulados tienen como sustento similares fundamentos, la Sala los examinará en forma conjunta.

Sobre el tema planteado por el demandante, la Sala se ha pronunciado de diversa manera. Así, en CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920 sostuvo que la forma de introducir documentos al juicio oral “*se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que*” un “*documento es lo que la parte que lo aporta dice que es*”.

Ese criterio lo matizó la Sala en CSJ AP, 26 ene. 2009, rad. 31049, al señalar que los documentos que, de conformidad con el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, gozan de la presunción de autenticidad, particularmente, los de carácter público, no requieren testigo de acreditación para su incorporación al juicio oral. Al respecto, se expresó:

“En consecuencia, el carácter documental público y auténtico de una sentencia judicial válidamente emitida es evidente y para su aducción en el juicio oral no es necesario que el funcionario que la profirió u otro testigo de acreditación, comparezca a declarar acerca de su contenido o de la forma como fue obtenida”.

Sin embargo, en CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 31001, la Sala nuevamente consideró que la introducción de los documentos al juicio oral debe hacerse a través de un testigo de acreditación. Es así como tras citar el literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual con el escrito de acusación se presentará un documento anexo que deberá contener, entre otros, *“los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”*, concluyó:

“Salta a la vista, pues, la obligación de introducir al juicio los medios de conocimiento distintos a entrevistas o declaraciones juradas, a través de testigos de acreditación. De lo contrario, en el literal g) transcrito se habría impuesto igual condición a la prevista en el d), donde sí resulta necesaria pues respecto de los

elementos materiales allí relacionados es indispensable la refrendación de su procedencia.

En el mismo sentido se pronunció en CSJ SP, 19 oct. 2011, rad. 36844 cuando dijo:

“Es que, la introducción de los documentos, objetos u otros elementos al juicio oral se cumple a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de corroborar que el elemento, objeto o documento es lo que la parte dijo que era y no otra cosa”.

No obstante, en CSJ SP, 24 jul. 2012, rad. 38187, la Sala retomó lo expuesto en la decisión del 26 de enero de 2009 para precisar otra vez que los documentos que gozan de la presunción de autenticidad no requieren testigo de acreditación. Para ese momento, es de advertir, ya se encontraba vigente la Ley 1453 de 2011, cuyo artículo 63 adicionó al artículo 429 de la Ley 906 de 2004 el siguiente párrafo:

“El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”.

A pesar de ello, la Corte estimó que como la norma utilizó la expresión “*podrá*”, significaba ello que no consagró un imperativo legal sino una facultad discrecional para las partes. Obsérvese:

“... téngase en cuenta que al emplear el legislador el vocablo “podrá”, está significando que no es imperativo, sino una facultad, posibilidad que tendrá no solo la fiscalía, sino igualmente la defensa, para un tal cometido. Disposición que habrá de armonizarse con el contenido del artículo 337 numeral 5° literal “d” Ley 906 de 2004, alusivo al documento anexo contentivo del descubrimiento probatorio que establece: “los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”.

La anterior postura la dejó de lado la Sala una vez más en CSJ AP, 17 sept. 2012, rad. 36784, cuando de nuevo expresó que todo documento, para que adquiriera la condición de prueba, debe ingresar al juicio oral a través de un testigo de acreditación, en orden a validar y corroborar su origen, procedencia y obtención y garantizar, consecuentemente, su publicidad y debida confrontación. Esa es la jurisprudencia que actualmente predomina en la Corte y ha sido reiterada en CSJ AP1644-2014, SP13709-2014, AP5233-2014, SP1850-2014, AP7666-2014, AP767-2015, AP1092-2015, AP3967-2015, AP444-2015, AP3426-2016, SP14339-2016 y en SP4129-2016. En el último de esos pronunciamientos se señaló:

“... la única vía idónea para introducir documentos a la audiencia del juicio oral es a través de un testigo de

acreditación¹, para que así adquirieran la condición de prueba (artículos 16, 377 de la Ley 906 de 2004), como se infiere del artículo 337, numeral 5°, *ibídem*, que prevé: “El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...) d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, **junto con los respectivos testigos de acreditación**” (resalta la Sala).

Con la modificación introducida al artículo 429 del Estatuto Penal Adjetivo por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que regula la presentación en juicio de documentos, al disponer que éstos podrán ser ingresados “por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”, no queda duda de la necesidad de que el documento que se pretende hacer valer en el juicio debe ser aportado a través de un testigo de acreditación.

Empero, para aducir un documento al debate público no basta con solicitarlo en la respectiva oportunidad y ofrecer el testigo con el cual va a ser incorporado, sino que es necesario, además, que éste declare sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribió, si es original o copia, así como sobre los datos generales referentes a su contenido, debiendo absolver todas las inquietudes que sobre la materia le puedan surgir al oponente de la prueba, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia, como se

¹ En CSJ SP7856, 15 jun. 2016, rad. 47666 la Corte autorizó el ingreso de documentos al juicio a través de estipulaciones entre las partes.

infiere del artículo 431 del ordenamiento en cita, titulado: “Empleo de los documentos en juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido” (SP, 6 abr. 2016, rad. 43007).

La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada.

Ese es el lógico y justo alcance que debe atribuirse tanto al literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, como al artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, porque si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacerlo cuando el mismo goza de esa presunción. Ésta tiene como implicación que se invierta la carga de la prueba, de modo que será a la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa total o parcialmente.

Desde luego, no se discute que para poder ejercer en esos términos la debida confrontación es necesario que la contraparte conozca a cabalidad el contenido del documento. Pero, para la Sala, ese derecho se garantiza plenamente con el descubrimiento de la prueba en las oportunidades que la

ley prevé para el efecto y con su solicitud y decreto en la audiencia preparatoria.

No es, por tanto, que el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, al emplear el vocablo “*podrá*”, establezca una facultad discrecional para la parte, pues frente a los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad sí se requiere obligatoriamente el testigo de acreditación. Respecto de ellos quien los introduce al juicio oral tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién los suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido, es decir, conforme se señaló en CSJ SP, 21 febr. 2007, rad. 25920, le corresponderá “*afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es*”, todo en orden a demostrar su genuinidad.

Esa obligación, se insiste, no opera en relación con los documentos enlistados en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, entre los cuales se encuentran los públicos, pues ellos gozan de presunción de autenticidad, de manera que los mismos, como se dijo en precedencia, pueden ser ingresados directamente en el juicio oral por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria. Deberá sí, previamente a ser entregados al juez, dársele traslado a la contraparte para que ésta verifique que se trata de los mismos documentos descubiertos y cuya práctica se ordenó en su momento.

La anterior regla aplica, inclusive, para los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, así el artículo 62 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 427 de la Ley 906 de 2004, establezca que pueden ser ingresados al juicio oral por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que lo recolectó o recibió, pues a ellos también los cobija la presunción de autenticidad, conforme lo señala tanto el artículo 425 como el propio artículo 427 precitados. En ese sentido, necesario resulta entender que la expresión “*podrá*” contenida en esa última disposición sí consagra una facultad discrecional para la parte, en la medida en que cuenta, a su elección, con la posibilidad de introducirlo directamente o a través de un testigo de acreditación, sin que el empleo del primero de esos mecanismos torne ilegal la prueba.

En apoyo de lo expuesto ahora por la Sala, importa citar aquí la regla de evidencia 79 del sistema procesal de Puerto Rico denominada “*autenticación prima facie*”, sobre la cual la doctrina ha comentado lo siguiente:

“Es importante señalar que al tenor con lo establecido en la Regla 79 sobre evidencia autenticada prima facie, existe prueba para la cual no es necesaria la presentación de evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a su admisibilidad en los tribunales. La regla 79 sobre Autenticación Prima Facie, nos habla de documentos que no requieren de evidencia extrínseca de autenticación. En otras palabras son documentos que con su mera presentación quedan autenticados. Es decir, que cuentan

con una presunción de autenticación. Ahora bien, la parte que se opone a la admisibilidad de dicha evidencia podrá presentar prueba para refutar la autenticidad de la misma.

“La regla enumera los documentos autenticados prima facie, los cuales se resumen a continuación: En resumen son los siguientes: (1) documentos reconocidos por funcionarios que faculta la ley para ello (ej.:Notario Público); (2) documentos públicos expedidos bajo sello oficial; (3) documentos públicos suscritos por funcionarios; (4) documentos públicos extranjeros; (5) copias certificadas de récords de documentos públicos; (6) publicaciones oficiales; (7) periódicos y revistas y; (8) etiquetas comerciales.

“Esta regla responde a la realidad de que es improbable la falta de autenticidad de este tipo de documentos. Se presume que es sumamente difícil falsificar este tipo de documentos, por lo que se exime a quien lo presenta en evidencia tener que autenticarlos. En vista que se presumen auténticos, correspondería a la parte que se opone a la misma presentar prueba que refute esta presunción de autenticidad. El efecto de esta presunción es que se aligeran los procedimientos y se evitan controversias colaterales en los pleitos”².

² DÍAZ DÍAZ, Rafael Ángel. Evidencia criminal para el oficial de orden público, reimpresión a la primera edición 2002. Caguas, Puerto Rico, pág. 85.

Es de precisar que la tesis aquí prolijada opera respecto de documentos cuyo origen no suscita discusión y se presentan, además, para acreditar un hecho relacionado con las actividades o funciones de la entidad o persona que lo expidió. Así, por ejemplo, la existencia y representación de las personas jurídicas en el caso de las Cámaras de Comercio, la tradición de bienes inmuebles en lo concerniente a certificaciones expedidas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o el contrato público en casos de delitos asociados a su celebración indebida.

La situación es distinta si se trata de un documento que, de acuerdo con la teoría de la parte que pretende introducirlo en el juicio, fue hallado casualmente, como por ejemplo en el bolsillo del occiso durante la inspección del lugar de los hechos, pues en ese evento la autenticación debe seguir las reglas de la evidencia, según los términos del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, es decir, demostrándose la sujeción a las normas de cadena de custodia que, conforme lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala, garantizan el principio de mismidad, al tenor del cual la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores (CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598).

Y en caso de no someterse a cadena de custodia, la autenticación podrá hacerse, de acuerdo con el inciso segundo de la misma disposición, mediante cualquier medio probatorio, incluyendo testigos que tengan conocimiento

“*personal y directo*” de los hechos, conforme lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, con la posibilidad de ser sujetos a contrainterrogatorio. La Corte se ha pronunciado en ese sentido:

“... si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento “personal y directo” de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004” (CSJ SP160, 18 ene. 2017, rad. 44741).

En el presente caso, se tiene que en el escrito de acusación la Fiscalía relacionó como documentos el oficio 008 del 16 de enero de 2012 proveniente de la Sección Comercio de Armas – Trigésima Brigada, en el cual se certificó que los procesados no aparecen con registro en el sistema nacional de armas. Ahora bien, en la audiencia preparatoria la defensa

expresó su conformidad frente al descubrimiento de esa prueba, luego obligado resulta concluir que ese procedimiento se cumplió debidamente.

Por su parte, en la misma audiencia preparatoria el fiscal delegado solicitó su práctica y el juez de conocimiento la ordenó. Finalmente, en el curso del juicio oral entregó el referido documento al funcionario judicial de manera directa, siendo ciertamente valorado en la sentencia.

Pues bien, no se remite a discusión que el oficio 008 del 16 de enero de 2012 expedido por la Sección Comercio de Armas – Trigésima Brigada del Ejército Nacional es un documento público, de manera que el mismo goza de la presunción de autenticidad. Tampoco hay duda acerca del origen de esa certificación. Finalmente, con ésta se buscaba acreditar un hecho relacionado con las funciones de dicha entidad. Por tanto, para su introducción al juicio oral no se requería testigo de acreditación sino que su entrega directa al juez era suficiente para adquirir la connotación de prueba.

Lo anterior resultaría suficiente para despachar desfavorablemente la pretensión del casacionista.

De todas maneras, aun aplicando la tesis jurídica que en esta sentencia se recoge, tampoco sería dable casar la sentencia impugnada. Ante todo, es necesario anotar que en ese supuesto la anomalía no constituiría nulidad, como lo argumentó el censor en el primer cargo, pues el vicio no habría afectado las demás pruebas ni el trámite del proceso.

Lo que correspondería sería excluir el documento y proceder a verificar si con los restantes medios de convicción se sostiene o no la condena.

Ahora bien, la Fiscalía buscaba acreditar con ese documento la falta de autorización para portar el arma de fuego por parte de los acusados. No obstante, la Sala tiene dicho que en virtud del principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2003, es dable demostrar ese aspecto con cualquier medio de convicción (CSJ SP, 1º feb. 2015, rad. 44364). Se ha señalado, incluso, que ello puede hacerse a través de inferencias (CSJ SP, 1º feb. 2015, rad. 44364).

En ese sentido, asiste razón a la Fiscalía y al Ministerio Público cuando en la audiencia pública de sustentación del recurso de casación sostuvieron que el elemento normativo del tipo previsto en el artículo 365 del Código Penal, referente a obrar “*sin permiso de autoridad competente*”, aparece comprobado en el caso materia de análisis a través de otros medios probatorios.

Así, se tiene que en el juicio oral se recepcionó el testimonio del agente Ricardo José Jerez Mesa, quien manifestó que cuando realizaban patrullaje en el sector del “*Chircal*” situado en el Barrio San Luis de la ciudad de Cúcuta requirieron a los ocupantes de un taxi que pasaba por allí, quienes hicieron caso omiso a la orden de pare y, en vez de ello, arrojaron un paquete por la ventana derecha, parte delantera, evidenciando al recogerlo que se trataba de

un revólver. Previamente -añadió el declarante- fueron tras el vehículo y al interceptarlo verificaron que en el mismo se desplazaban HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA y Bladimir Antonio Ruiz Gélvez.

De lo dicho por el uniformado es perfectamente viable inferir que si los procesados arrojaron el arma de fuego para evitar su hallazgo, es porque no contaban con permiso para su porte. De tenerlo, sin duda, no habrían procedido en ese sentido.

De otra parte, José de Jesús Chaústre, experto balístico, en su testimonio y en el informe técnico que presentó al respecto, dictaminó que el arma no presentaba marca ni modelo. Es decir, carecía de características esenciales para su identificación, falencias que tornaban improcedente -ello es evidente- la obtención de permiso para su porte, conforme se deduce de lo señalado en la resolución 142 del 2 de agosto de 2010 expedida por el Comando General de las Fuerzas Militares, a cuyo tenor para la expedición de esa clase de autorizaciones es imprescindible que el arma cuente *“con todas las condiciones de seguridad necesarias que permitan su identificación plena ante las autoridades de control”*.

De modo que aun prescindiendo de la certificación en cuestión, en el presente caso obran elementos de juicio que de suyo demuestran a cabalidad que los acusados HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA y Bladimir Antonio Ruiz Gélvez portaban el arma incautada sin contar con permiso de

autoridad competente para ese efecto, incurriendo así en la conducta punible prevista en el artículo 365 del Código Penal.

No prosperan los cargos. En consecuencia, la Corte no casará la sentencia impugnada con ocasión de la demanda presentada por el defensor de HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA.

Casación oficiosa.

Advierte la Corte, de otra parte, que el Tribunal impuso a los acusados la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en el mismo monto determinado para la privativa de la libertad, sin sujetarse en su tasación al sistema de cuartos regulado en el artículo 61 del Código Penal.

Ciertamente, el citado precepto establece que una vez fijados los extremos mínimo y máximo de la pena, el juez procederá a dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos. Esa tarea debe hacerse tanto frente a las sanciones principales como a las accesorias, pues la ley no introduce distinción al respecto.

En este caso, el juez de segundo grado acudió al sistema de cuartos para tasar la pena principal de prisión. En esas condiciones, no evidenciando circunstancias de mayor punibilidad, se ubicó en el segmento mínimo para aplicar, finalmente, la sanción inferior, que corresponde a 108 meses.

En el mismo término, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 52 del estatuto punitivo, señaló la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Aun cuando el sentenciador también impuso a los procesados la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, decidió determinarla en idéntico lapso al señalado para la privativa de la libertad, pasando por alto que para esa accesoria el artículo 51 establece los extremos punitivos dentro de los cuales procede dosificar la pena, que van de uno (1) a quince (15) años, por cuya razón era deber para el juzgador dividir esos límites en cuartos y, luego, siguiendo los mismos criterios que aplicó para tasar la sanción principal, fijar el monto respectivo.

Desconoció de esa manera el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley.

Al restablecimiento de la referida garantía deberá, por consiguiente, concurrir la Sala conforme se lo impone el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 al estatuir como uno de los fines de la casación, precisamente, el respeto de las garantías de los intervinientes.

Así las cosas, habrá la Corte de determinar la accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas con sujeción a los criterios aplicados por el Tribunal, para fijarla entonces en **un (1) año**, sentido en el cual y de manera exclusiva la Corte casará de oficio y parcialmente la sentencia impugnada.

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:

Primero.- **NO CASAR** la sentencia impugnada con ocasión de la demanda presentada por el defensor de HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA.

Segundo.- De oficio, **CASAR** parcialmente la sentencia impugnada, para fijar en **un (1) año la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas** allí impuesta a HÉBER HERNANDO MERCHÁN ORTEGA y BLADIMIR ANTONIO RUIZ GÉLVEZ.

Contra esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con el criterio disímil que el suscrito ha mantenido, me permito reiterar la razones por las que me separo en parte de la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado, con fundamento en la vulneración del principio de legalidad, como consecuencia de que los falladores de instancia no hubieran aplicado el sistema de cuartos en la determinación concreta de la pena accesoria de «*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*».

Las razones de disenso, son en esencia las siguientes:

1. La decisión que se adoptó por la mayoría tiene como argumento central que el juzgador debe atender las directrices legalmente establecidas para la determinación de la pena, esto es, acudir al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, del cual no se exceptúan las sanciones accesorias, como que la norma en cita ninguna distinción hace al respecto, y dado que la restricción del derecho a la tenencia y porte de armas se establece entre

dos extremos que van de uno (1) a quince (15) años, según el artículo 51 *ibídem*.

2. Sin embargo, en la providencia de la que respetuosamente me aparto -solo en lo referente al ajuste de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma- se dejan de lado los temas relativos (i) a la naturaleza y fines de las penas accesorias y (ii) a razones de justicia material, concretadas en el principio de proporcionalidad de la sanción penal. En este último aspecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 61 del CP, se ofrece adecuado inaplicar el sistema de cuartos en la dosificación de las penas accesorias, habida cuenta que tal labor ha de entenderse como un *ejercicio de ponderación motivada*, delimitado por lo dispuesto en el art. 51 *ídem*.

2.1 En cuanto al primer aspecto, cabe anotar que las penas restrictivas de otros derechos (art. 43 C.P.) son aquellas que privan o restringen a su titular del ejercicio de facultades o prerrogativas distintas a la libertad personal o a su peculio. Dichas sanciones pueden ser principales cuando así se consagren en el respectivo tipo penal (art. 35 *ídem*) o accesorias, cuando no obren como tales (art. 34 *eiusdem*).

Del artículo 52 de la codificación citada se extrae que la aludida clase de pena solo puede ser aplicada por el juez (i) con ocasión de la imposición de una pena principal y (ii) siempre que entre la realización del delito y el contenido de

la pena accesoria exista una «**relación directa**», valga decir, se verifique un vínculo estrecho entre su contenido y la conducta punible cometida.

De otro lado, si bien originalmente el legislador consideró que en quien recaía una condena de prisión era indigno y, por tanto, estableció la restricción para el ejercicio de algunos de sus derechos políticos y, principalmente, para desempeñar cargos públicos, lo cual explica la existencia de ciertas penas accesorias denominadas obligatorias o «*automáticas*»³, aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo⁴, cuyo propósito es conjurar el riesgo de reiteración de delitos que de forma directa tengan relación con determinadas actividades o derechos, finalidad que sustenta la aplicación de las llamadas penas accesorias discrecionales o «*facultativas*»⁵.

Sobre cómo se determinan cuantitativamente las penas accesorias, cabe destacar que dos aspectos permiten concluir que en ese ejercicio no tiene cabida el sistema de cuartos –art. 61 C.P.–, el cual está previsto para la individualización de las penas principales, ellos son: (i) la función primordial que cumplen las penas accesorias difiere de la que tienen asignada las penas principales; y, (ii) el margen de apreciación *reglado* del que goza el sentenciador, según se extracta de los arts. 52 inc. 1º y 59 ídem, lo faculta para imponer o no en cada caso las penas accesorias que estime

³ Art. 52, inc. 3º, C.P.; art. 16 C. Co.; art. 163 de la Ley 685 de 2001 y art. 24 Ley 1257 de 2008.

⁴ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

⁵ Art. 52, inc. 1º, C.P.

necesarias, así como para fijar el término de duración de las mismas.

2.1.1 En relación con el primer punto, cabe destacar que, en términos generales, en la concepción dogmática del Código Penal de 2000, la pena en sentido amplio cumple varias funciones, tales como, «*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*»⁶, por lo que puede afirmarse que no se adscribe a una tesis en particular, valga decir, ni a las teorías absolutas que propenden porque el fin de la pena es únicamente la retribución o compensación en razón de la comisión del delito, ni a aquellas denominadas relativas que consideran a la pena como un medio para conseguir un fin, es decir, que tienen propósitos exclusivamente preventivos orientados a evitar que se cometan delitos en el futuro, sino que se ubica dentro de las concepciones mixtas, que son aquellas que buscan conciliar las dos anteriores, aceptando la idea retributiva, pero sin desligarla del cumplimiento de fines preventivos, bien sea generales o especiales⁷.

Ahora, como se señaló párrafos atrás, las penas accesorias, en cuya imposición e individualización el juez goza de un margen de apreciación motivado, no hay una determinación legislativa absoluta del aspecto cualitativo. Éste es flexible, al punto que corresponde al juzgador determinar en qué casos resulta necesaria su imposición, atendiendo a las particularidades del asunto concreto,

⁶ Art. 4º Código Penal.

⁷ Morrillas Cueva Lorenzo, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1991, pág. 18.

obviamente respetando las pautas establecidas en la ley –art. 52, inc. 1º C.P.– y considerando que aquéllas tienen una marcada **finalidad preventiva**⁸, en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de un derecho o prerrogativa, distintas a las que resultan limitadas con la aplicación de la sanción principal –con injerencia en la libertad personal y el patrimonio económico–.

En otras palabras, si bien las penas en general, principales y accesorias, obedecen a unos específicos fines consagrados en el artículo 4º del CP, dada la particular naturaleza y función que aquéllas cumplen, itérese, fundamentalmente utilitarista mediante la prevención del delito, demandan en su determinación la existencia de un estrecho nexo entre el injusto penal y el derecho que se busca restringir, de donde se sigue que su afectación emergerá necesaria solo en la medida en que surja patente que la restricción de los derechos que conlleva la imposición de las penas principales, resulta insuficiente para prevenir, en el caso particular, el comportamiento delictivo⁹.

Por tanto, sin desconocer que las penas principales de prisión y multa, así como las restrictivas de otros derechos cuando están previstas como tales, amén de la función de retribución justa que apareja la realización del delito, también cumplen fines preventivos –generales y especiales–, bien puede suceder en determinados casos que la limitación de la

⁸ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

⁹ Ídem, pág. 337.

libertad y el patrimonio, producto de la sanción principal, no sean medidas suficientes para proteger ciertos bienes jurídicos de ulteriores conductas desviadas por parte del condenado. En tal virtud, la concreta armonización de las finalidades preventivas de la pena con el principio de proporcionalidad (arts. 3º inc. 1º y 4º del CP), impone la necesidad de ampliar esa cobertura con la aplicación de sanciones adicionales.

Al respecto la doctrina ha considerado que:

[E]s imprescindible que el hecho cometido por el autor permita justificar la necesidad de agregar medidas que cubran la mayor gravedad o exigibilidad del comportamiento inicialmente sancionado, a través de efectos diferentes a los que producen las penas principales, y que no sean contemplados por ellas, para precisar una adecuada proporción entre la sanción y el delito, y, en todo caso, para brindar una mayor protección a los bienes jurídicos vulnerados no protegidos directamente por la norma penal.¹⁰

En esa medida, resulta coherente con las finalidades de la pena principal, mencionadas *ut supra*, que en su individualización se acuda al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, puesto que la determinación concreta de aquella obedece primordialmente a factores objetivos que tienen relación con el injusto típico, siendo su límite el grado de culpabilidad, lo que explica que en la fijación del marco de punibilidad se deban tener en cuenta

¹⁰ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 337.

circunstancias modificadoras de los extremos mínimo y máximo de la sanción prevista para el respectivo tipo básico o especial, tales como las causales específicas de agravación y atenuación punitiva, la tentativa, la complicidad, la ira o intenso dolor, entre otras, que no resultan aplicables a los límites que fijan la duración de las penas accesorias, pues nada tienen que ver con el propósito que éstas persiguen.

En efecto, la finalidad **preventivo-especial** de las penas accesorias, se relaciona directamente con el abuso del derecho que se pretende restringir para evitar futuras afectaciones del bien jurídico protegido, lo cual exige un análisis diverso en el que no tienen cabida factores objetivos como los atrás enunciados respecto de la individualización de la pena principal, sino primordialmente subjetivos, relativos a la persona del autor, pero no desde la óptica de su peligrosidad, concepto abiertamente contrario a los principios que orientan el derecho penal y su consecuencia jurídica en un Estado Social y Democrático de Derecho, sino a partir de los fines de la pena, particularmente el de prevención, según se desprende del artículo 4° del Código Penal.

En tal sentido, la doctrina considera primordial que en el proceso de individualización judicial de la pena, el sentenciador tenga como norte de su actividad, en general, los fines de la pena y, en particular, un propósito específico, que en el caso de las sanciones facultativas que afectan otros derechos es marcadamente preventivo-especial, según quedó visto, y a partir de tal entendimiento, fije la sanción.

Sobre el punto, el tratadista Eduardo Demetrio Crespo, en su obra «*Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*»¹¹, sostiene:

*Aunque ello sea bastante obvio a tenor de lo ya dicho hasta ahora, sobre todo en el análisis del concepto de «factor final de la I.J.P.¹²», no es recurrente señalar que los fines de la pena son el presupuesto fundamental de la I.J.P. La determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada momento de la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales que concurren en la I.P.J., como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer¹³. Creo que no es exagerado decir que la racionalización de la I.J.P. debe empezar por clarificar la cuestión de los factores finales de la I.J.P., **ya que dependiendo de qué fin de la pena se tome como punto de referencia, la individualización de la pena por el juez en el caso concreto puede conducir a resultados muy diferentes.**¹⁴ (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

Siendo ello así, emerge razonable que el juzgador disponga de cierta discrecionalidad –siempre motivada– en la determinación cuantitativa de las penas accesorias, en orden a materializar su fin primordial de naturaleza preventivo-especial, sin estar sometido a factores puramente objetivos que en no pocas ocasiones tornan inane la restricción de otros derechos, en tanto su propósito es proteger un interés jurídico específico de futuras afectaciones mediante efectos distintos a los que produce la pena principal y que ésta no

¹¹ Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª Edición: mayo de 1999.

¹² Individualización Judicial de la Pena.

¹³ «Hirsch, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit.*, p. 9; Gribbohm, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit.*, p. 103».

¹⁴ Página 73.

alcanza a cobijar; no de otra manera se explica que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (art. 43-1 C.P.) esté prevista en algunos tipos penales como sanción principal y en otros acceda a ésta, o que a la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 43-8 ejusdem) el legislador no le haya fijado duración.

2.1.2 En cuanto a la segunda cuestión, valga decir, la atinente al ejercicio de ponderación aplicable por el juzgador en orden a establecer la procedibilidad de la pena accesoria en el asunto particular –factor cualitativo–, lo que se advierte es una armonización del principio de legalidad de la pena con el de proporcionalidad –el cual también ostenta la categoría de principio rector y garantía fundamental¹⁵–, habida cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las penas principales, las cuales han sido reguladas de manera absoluta por el legislador en la parte especial para cada delito, frente a las primeras hay un margen de apreciación judicial reglado que, atendiendo a los factores generales previstos en el inciso primero del artículo 52 de la Ley 599 de 2000¹⁶, determina en qué casos resulta necesaria la imposición de una restricción o prohibición de derechos, adicional a la que comportan las penas principales.

¹⁵ Cfr., C.S.J. SP. 27/02/13, rad. 33254 y 24/06/15, rad. 40.382, entre otras.

¹⁶ «Art. 52. Las Penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena».

Ahora, la limitación del principio de estricta legalidad de la pena en punto de la elegibilidad de la sanción accesoria facultativa, se explica en que *«no en todos los casos es justificado, desde el punto de vista de la prevención, la proporcionalidad y la necesidad de la pena, preestablecer efectos agregados a los contemplados por las penas principales frente a un determinado hecho punible, sin considerar las circunstancias y características concretas de su realización»*¹⁷.

En esa medida, si la ley atribuye al juez la facultad reglada de imponer o no cierta pena accesoria, cuando la restricción de otros derechos se ofrezca necesaria para cumplir sus fines preventivo-especiales de protección del interés jurídico, también emerge razonable que en su determinación cuantitativa aquel tenga la posibilidad, atendidas las particularidades del caso, de fijar la cantidad de sanción que, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se requiera para que se obtenga el propósito perseguido, sin que en esa labor deba acudir al sistema de cuartos.

En efecto, tal como se indicó párrafos atrás, las reglas contenidas en los artículos 60 y 61 del Código Penal para la determinación del marco de punibilidad y la individualización de la pena, responden principalmente a factores objetivos relacionados con el injusto típico, que no son aplicables a las

¹⁷ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 339.

penas accesorias, pues no cabe duda que los extremos mínimo y máximo de estas últimas no se modifican porque concurra una causal específica de agravación o atenuación punitiva, que se predicen del tipo básico o especial, tampoco cuando el delito es tentado, ni frente a ellas se pueden considerar circunstancias tales como la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas –art. 56 C.P.–, o la ira e intenso dolor –art. 57 ídem–, entre otras, lo cual se explica en que el fin preventivo–especial de las sanciones accesorias obedece a factores subjetivos de la conducta, que corresponde al juez valorar para fijar el monto de la pena atendiendo, *verbi gratia*, el criterio legal de la intensidad del abuso del derecho en la realización del delito, contenido en el art. 52 inc. 1º del CP.

Lo anterior no significa que la cantidad de sanción accesoria quede librada al capricho o arbitrariedad del juzgador, pues éste, en todos los casos, deberá exponer en la sentencia «*la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*», como lo ordena el inciso segundo del artículo 52 del Código Penal, en concordancia con el artículo 59 íbidem, labor en la cual tendrá especial cuidado en velar porque se cumplan los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que orientan la imposición de las sanciones penales, según el artículo 3º íbidem, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular.

De esa manera se garantizan el debido proceso sancionatorio y el principio de estricta jurisdiccionalidad¹⁸, según el cual la actividad judicial debe ser comprobable y verificable, aspectos que se reflejan en la motivación de la sentencia y que obviamente comprenden la determinación de la pena en sentido general.

Consecuente con lo anterior, consideramos que en la aplicación cualitativa y cuantitativa de las penas accesorias de que trata el artículo 52 del Estatuto Punitivo, debe primar el fin **preventivo especial**, así que no tiene cabida el sistema de cuartos que, según quedó visto, está diseñado para fijar las penas principales, en tanto éstas sí tienen una regulación absoluta en cada tipo penal, dado los efectos que de antemano le señaló el legislador a la sanción de la conducta punible, fundado en razones de política criminal.

3. Por último, pero no menos importante, cabe destacar que la decisión mayoritaria de la cual nos apartamos desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, desde la perspectiva del mandato de protección suficiente, el cual está relacionado con el

¹⁸ En SCC C-272 de 1999, sobre dicho principio y el de estricta legalidad, el Tribunal Constitucional refirió que «ciertamente, la Corte estima que el proceso penal, en cuanto manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad», y en cita de pie de página añadió que «mientras que el primero de estos principios determina que los delitos se encuentren inequívocamente consagrados en una ley que exista previamente a la conducta humana que, conforme a esa ley, se considera delictuosa, el segundo requiere que las acusaciones en contra del acusado sean sometidas a una estricta verificación judicial y puedan ser ampliamente controvertidas por el imputado. Sobre la significación y alcance de estos principios en el Estado democrático de derecho contemporáneo, véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34-38, 94-97, 373-385, 603-623».

postulado de vigencia de un orden justo¹⁹ y, por ende, con el imperativo del Estado de promover ese orden y el deber de investigar y sancionar las infracciones a la ley penal, *imponiendo penas condignas con el grado del injusto* y de culpabilidad, pero sin dejar de lado la función que aquellas han de cumplir en cada caso.

De tal forma que si como lo ha reconocido esta Corporación, «*los fallos de la judicatura están inspirados en un principio de justicia, como lo ha dejado entrever la doctrina constitucional, por ejemplo en la sentencia C-366 de 2000*»²⁰, dicho postulado se quebranta en casos como el presente, donde la función de **prevención especial** que orienta primordialmente la imposición de las penas accesorias queda fuertemente menguada.

En efecto, el fin preventivo especial de las sanciones accesorias facultativas queda comprometido porque si a quien es declarado penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego (art. 365 C.P.), se le impone la pena mínima privativa de la libertad prevista en la ley –9 años–, en ese orden, siguiendo el sistema de cuartos, termina por aplicársele el extremo ídem de la pena accesoria, valga decir, un año de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, sin detenerse a examinar las particularidades del caso que, en

¹⁹ SCC T-429 de 1994 y SCC C-306 de 2012, entre otras.

²⁰ CSJ SP, 29 jul. 2009, rad. 28725.

determinados eventos, *verbi gratia*, cuando el arma que se porta ilegalmente se usa para cometer otro delito, aconseja restringir el respectivo derecho en un *quantum* superior al mínimo que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 61 del Código Penal, en orden a precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos.

Con todo comedimiento,

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

SP7732-2017

CASACIÓN 46278

Con el debido respeto me permito manifestar que comparto las decisiones adoptadas por la Sala en la parte resolutive de fallo, pero no la de retomar el criterio, expuesto aisladamente por la jurisprudencia de la corporación en otras oportunidades, de que la introducción al juicio de los documentos que gozan de presunción de autenticidad no requieren testigo de acreditación.

Como lo dejé expuesto en el curso de los debates, considero que la tesis que la Sala mayoritaria acoge, no solo desconoce la teleología del sistema, sino la normatividad legal que regula de manera general la forma como debe cumplirse la introducción de los elementos probatorios al juicio, y la que específicamente disciplina la incorporación de la prueba documental, cualquiera sea su naturaleza.

En el sistema acusatorio, la figura del testigo de acreditación cumple dos funciones básicas, (i) saber quién recolectó el elemento material probatorio o la evidencia física que se pretende ingresar al juicio, y (ii) dar fe de la forma como fue obtenido, con el fin de que la contraparte y el juez conozcan su origen y puedan evaluar su genuinidad y aptitud probatoria.

Esto determina que el testigo de acreditación deba ser,

por regla, el investigador que recogió o recibió el elemento material probatorio o la evidencia física que se pretende incorporar al juicio, y por excepción, un investigador distinto, que pueda dar fe de lo ocurrido, cuando quien debe concurrir no está disponible, pero jamás la parte (fiscal o defensa), porque esto los convertiría en potenciales testigos de acreditación.

Fiel a estas directrices conceptuales, la Ley 906 de 2004, en su artículo 337.5.d., al regular el contenido del escrito de acusación, ordena a la fiscalía que al descubrir las pruebas presente un documento anexo que debe contener, (d) *los **documentos**, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.*

Y el artículo 429 ejusdem (modificado por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011), al reglamentar la introducción de los documentos al juicio (inciso segundo), establece que podrá hacerse por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que lo recolectó o recibió.

La misma regla contiene el artículo 427 inciso segundo (modificado por el artículo 62 de la Ley 1453 de 2011), al regular la introducción de los documentos procedentes del extranjero, pues indica que puede hacerse por uno de los investigadores que participaron en el caso, o por el investigador que lo recolectó o recibió.

En ningún caso, como puede verse, la normatividad permite que la introducción de los elementos materiales o de la

evidencia física pueda hacerse sin testigo de acreditación, ni mucho menos que este requisito procedimental pueda cumplirse directamente por el fiscal o la defensa, sin dar a la contraparte ni al juez la posibilidad de conocer el origen y la forma como el documento se obtuvo.

Con el fin de dar sustento a la tesis de que los documentos que se presumen auténticos no requieren testigo de acreditación, la ponencia sostiene, en lo fundamental, que en estos casos su presencia resulta innecesaria, porque lo que se busca con su declaración es establecer la **autenticidad** del documento, y que la autenticidad, en estos eventos, se da por establecida.

Este argumento parte de una premisa equivocada, puesto que equipara el concepto de **autenticidad** con el de **mismidad**, que es el que direcciona y justifica la figura del testigo de acreditación, de contenido mucho más amplio, en cuanto busca obtener no solo certeza sobre la persona que lo elaboró, escribió o firmó el documento, sino saber quién lo obtuvo, dónde lo obtuvo, cómo lo obtuvo, y si el que se incorpora al juicio es el mismo que fue objeto de recolección.

Esto explica por qué la normatividad procesal no distingue entre documentos que se presumen auténticos y documentos que no gozan de esta presunción, para efectos de exigir la presencia del testigo de acreditación en el acto de su incorporación, y por qué el artículo 427 inciso segundo del estatuto (modificado por el artículo 62 de la Ley 1453 de 2011), exige que los documentos debidamente apostillados, que se presumen

auténticos por mandato expreso del artículo 425, deban también incorporarse con testigo de acreditación.

Con el fin de esquivar estos imperativos legales, la ponencia explica que la expresión “podrá” que contiene el inciso segundo del artículo 427, consagra una facultad discrecional para la parte, en cuanto indica que puede, a su elección, introducir el documento con testigo de acreditación, o hacerlo directamente, mientras que la expresión “podrá” del inciso segundo del artículo 429, no consagra esta facultad discrecional.

Esta forzada interpretación, devela más aún la inconsistencia de la tesis, pues no es razonable afirmar, frente al estudio de dos textos normativos idénticos (artículo 427 inciso segundo y 429 inciso segundo), donde se utiliza la misma expresión “podrá”, que para un caso esta expresión debe interpretarse de una manera, y para el otro de manera distinta. Esto no es coherente, ni lógicamente consecuente.

Además, desconoce el claro sentido del precepto, del que inequívocamente se establece que la expresión “podrá”, utilizada en ambos casos, se refiere a la posibilidad de que la parte escoja entre llevar como testigo de acreditación al investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio, o a uno cualquiera de los investigadores que participaron en el caso, más no, como lo entiende la ponencia, que pueda prescindir del testigo para dichos efectos.

La regla 79 del sistema procesal de Puerto Rico, que la ponencia cita con pretensiones vinculantes, además de no hacer parte del bloque de constitucionalidad, ni del ordenamiento interno, no sirve para los propósitos que se cita, porque los comentarios que se traen no aluden a la forma como los documentos que se reputan auténticos deben ser incorporados al juicio, que es lo que aquí se debate, sino a la exoneración que tiene la parte que los aporta de probar su autenticidad, y la obligación de quien los rebate de presentar prueba que desvirtúe la presunción, lo cual no admite discusiones.

Las razones pragmáticas que se expusieron en el curso de los debates para justificar el cambio de criterio, tampoco vienen al caso, porque las complejidades que apareja la incorporación y lectura de los macro documentos no se soluciona eliminando caprichosamente el testigo de acreditación, ni desnaturalizando el sistema, sino modulando con reglas estos actos procesales, para que su cumplimiento se torne eficaz y expedito.

Atentamente,

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

Fecha ut supra.