



SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00206-2019-10995
Procesado: Omar Yesid Arias Berrío
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 052

Medellín, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa en contra de la sentencia proferida, el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado 24° Penal del Circuito de Medellín, que condenó a *Omar Yesid Arias Berrío* como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

1. ANTECEDENTES

1.1. El Hecho

Fue narrado en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“El 9 de mayo de 2019 a eso de las 12:50 horas, estando en labores de patrullaje funcionarios de la Policía Nacional en la calle 65 con carrera 154 A en el Barrio Palenque de Medellín, observan un sujeto caminando por el sector quien al percatarse de la presencia de los uniformados se torna nervioso y emprende la huida y le dan alcance a unos 15 metros, le practican un registro y le piden que enseñe el bolso que tiene en la espalda y hace

entrega de un arma de fuego tipo revólver calibre 38, marca Scorpion, pavonado, con cachas plásticas blancas con negro y numeración en la cacha IN8296I y 06 cartuchos calibre 38 para el mismo, le piden permiso para portar el arma de fuego manifestando no tenerlo, por lo que le leen los derechos como persona capturada, por tráfico, fabricación y porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones a OMAR YESID ARIAS BERRÍO, dejan constancia que no hay cámaras en el lugar, y procedieron a ponerlo a disposición de la Fiscalía en la URI Centro.

El arma y las municiones al estudio técnico resultaron aptas para cumplir el cometido para el que fueron fabricados y las municiones, además, sirven para ser empleadas en el arma incautada o en armas compatibles con su calibre”.

1.2. De la actuación procesal

La Fiscalía, en la audiencia preliminar celebrada el 10 de mayo de 2019 ante el Juzgado 22 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, le imputó a *Omar Yesid Arias Berrío* el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, como autor, en la modalidad de “portar” al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del Código Penal, cargo al que no se allanó. Así mismo, se impuso de medida de aseguramiento no privativa de la libertad al imputado consistente en presentación periódica al Centro de Servicios y la obligación de observar buena conducta y abstenerse de reiterar la comisión del delito por el que es investigado.

El 10 de diciembre de 2019, la Fiscalía formuló acusación ante el Juzgado 24° Penal del Circuito de Medellín, en los mismos términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se realizó el día 16 de junio de 2020 y en ella se presentó como estipulación probatoria la plena identidad del procesado y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. El juicio oral se efectuó en las sesiones del 28 de julio, 6

de agosto y 20 de noviembre de 2020, y del 2 de febrero, 21 de abril, 24 de junio y 27 de julio de 2021, fecha última en que se presentaron los alegatos de cierre, se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y se realizó la audiencia de individualización de la pena.

La audiencia de lectura de fallo se llevó a cabo el 21 de octubre de 2021 y en ella el defensor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez consideró reunidos los requisitos para proferir sentencia condenatoria con base en las versiones de los testigos presenciales de los hechos, esto es, los agentes captores Yenilson Alejandro Vásquez Gil y Jhon Elver Gamboa Valencia, pudiendo constatar, más allá de duda razonable, que Omar Yesid Arias Berrio es responsable de la conducta atribuida.

Sostuvo que en el sistema acusatorio rige el principio de libertad probatoria, por lo que las partes no tienen que regirse por una especie de tarifa legal, como ocurría en el pasado; razón por la cual, el ingrediente normativo del tipo penal imputado denominado “sin permiso de autoridad competente”, puede ser probado por la parte con interés a través de cualquier medio, no exclusivamente el documental, esto es, la constancia de la Cuarta Brigada que echó de menos el defensor en los alegatos conclusivos.

Señaló que el mismo procesado aceptó ante los agentes captores que no poseía permiso para portar el arma de fuego hallada en su poder, lo cual motivó fundadamente su captura; además que la carencia de permiso fue constatada con la atestación del testigo Diego Restán Ruendes, funcionario de Policía Judicial, con el cual se ingresó como prueba documental la

constancia suscrita el 9 de mayo de 2019 por el patrullero de la SIJIN – MEVAL, Andrés Camilo Gómez Toro, en la que indica que se comunicó con el sargento viceprimero Martín Alonso Valencia del Centro de Información Personal de Armas (CINAR), quien certificó que el señor Omar Yesid Arias Berrío no cuenta con permiso para porte o tenencia del arma de fuego incautada; así como el informe sobre la cadena de custodia, fechado 9 de mayo de 2019, cuya recolección y embalaje correspondió a Yenilson Alejandro Vásquez Gil; situación que no fue controvertida por la defensa al no haber traído al juicio oral prueba alguna que demostrara lo contrario, quedando acreditada la cadena de custodia sobre el arma incautada con el testigo Diego Restán Ruendes y, por ende, su autenticidad.

Precisó que en nuestro sistema penal solo de manera excepcional se exige la tarifa probatoria, es decir, que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley y, específicamente, la carencia de permiso de una persona para portar armas de fuego, elemento normativo del tipo consagrado en el artículo 365 del Código Penal, no exige por expresa consagración legal un determinado medio probatorio, lo que conlleva a que el juez pueda formar su opinión recurriendo a diversos elementos de juicio.

Igualmente, tuvo en cuenta el testimonio del subintendente de la policía y balístico Jhon Smith San Juan Chávez con el que quedó plenamente demostrado que el arma incautada se encontraba apta para producir disparos.

En conclusión, juzgó que quedó demostrado, más allá de toda duda razonable, que el procesado fue capturado en flagrancia con un arma de fuego en su poder, apta para producir disparos y sin permiso de autoridad competente, por lo que la conducta es típica, toda vez que se adecúa perfectamente a la definición contenida en

el artículo 365 del Código Penal, bajo la denominación jurídica de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, delito por el que profirió condena en contra del procesado.

Para la dosificación punitiva, se movió dentro del primer cuarto de movilidad que estimó entre 108 a 117 meses de prisión y, atendiendo a la carencia de antecedentes y a que no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, impuso la pena mínima de 108 meses (9 años) de prisión, en tanto no se emitiría un juicio de reproche más gravoso al impuesto por el legislador, siendo suficiente esa sanción como retribución justa; por el mismo lapso de la pena principal impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ordenando el comiso del arma de fuego. Además, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no cumplirse el requisito objetivo atinente al quantum de la pena impuesta y el mínimo a imponer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 38 del Código Penal, respectivamente, por lo que ordenó librar orden de captura.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTE

3.1. La defensa interpuso el recurso de apelación solicitando inicialmente la nulidad de lo actuado desde la acusación por falta de defensa técnica, conforme con lo establecido en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior por cuanto el defensor que representó al procesado en la audiencia de acusación no solicitó aclaración de los cargos, a pesar de que en la narración de los hechos imputados se dijo que la captura se hizo en vía pública, cuando lo cierto es que fue en una casa de habitación, como lo precisó el acusado; además, que en el traslado del artículo 339

ídem, pudo haber solicitado la nulidad de la imputación por no estar acorde a la realidad procesal.

Así mismo, considera ilícita la prueba relacionada con el arma de fuego porque, en su sentir, se afectó la cadena de custodia en tanto solo se inició en la estación de policía. Igualmente, estima que en la audiencia preparatoria la Fiscalía no sustentó en debida forma la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas, además que el informe de la Cuarta Brigada no se autenticó por la persona que lo expidió, violando así el contenido del artículo 426 ibídem sobre los métodos de autenticación e identificación. Se queja porque el defensor anterior no llevó nada al proceso y solo se limitó a ejercer el contra interrogatorio, cumpliendo un papel meramente formal, sin que existiera algún tipo de estrategia jurídica o procesal. Para sustentar lo anterior cita la sentencia de la T-395 de 2010 de la Corte Constitucional, referente a la falta de defensa técnica.

Como segunda petición especial, el apelante solicita se revoque la condena impuesta a su representado y, en su lugar, sea absuelto de los cargos atribuidos. Sustenta su solicitud indicando que se desconoció el contenido del artículo 360 de la Ley 906 ante la existencia de una prueba ilegal referente al arma incautada porque, de acuerdo a los dichos de los policías que realizaron la aprehensión, no se legalizó ni se sujetó a la cadena de custodia en el preciso momento de su incautación, por lo que este procedimiento anula la prueba porque en su aducción y producción se desconocieron las reglas establecidas en la ley para tal efecto, esto es, el artículo 208 ídem sobre actividades de policía judicial, por tanto, el juez le da valor a un elemento de convicción en cuyo recaudo se desatendieron las reglas para su validez, declarando legal una prueba que no tenía autenticidad y que quien la recaudó no la autenticó, violando lo dispuesto en el artículo 426 ibídem referente a los métodos de autenticación.

Agrega que se introdujo un documento sobre la ausencia de permiso del acusado para portar el arma de fuego, sin que fuera introducido con la persona que lo suscribió y firmó, pues el agente Diego Restan expresó que el documento de CINAR es una constancia que da la URI, mas no es la certificación de la entidad y el funcionario competente, violando así lo establecido en la Ley 1453 de 2011. Por tanto, considera que no se probó plenamente que Omar Yesid tuviera o no tuviera permiso para portar armas de fuego, lo que no puede deducirse con un simple dicho del policía captor, faltando así un elemento del tipo penal como lo es la antijuridicidad.

Refiere además el apelante que a los testigos captores se les impugnó credibilidad al establecerse que expusieron argumentos contrarios a la realidad toda vez que, al momento que llegan al lugar descrito en los hechos, el procesado sale corriendo y se refugia en una casa de habitación llevando consigo un bolso en la espalda con ropa en su interior.

3.2. El delegado de la Procuraduría General de la Nación, como no recurrente, solicita se desestime de plano la solicitud de nulidad planteada por el apelante teniendo en cuenta que tanto la acusación como la imputación son actos de parte y en este caso los hechos propuestos por la Fiscalía son los que consideró que podía demostrar en el juicio oral, por lo que las observaciones que la defensa e intervinientes puedan realizar, se refieren a los requisitos del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, sin que la Constitución, la ley, la lógica procesal o el sentido común exijan que el fiscal aclare la acusación conforme con la versión de los hechos que dé el defensor, como lo pretende el recurrente, al alegar falta de defensa por este motivo, pues si tiene una versión distinta de los hechos, está llamada a demostrarla en el juicio oral.

Estima que carece de fundamento la crítica al defensor en la audiencia preparatoria por cuanto la Fiscalía no habría acreditado la pertinencia, conducencia y necesidad de los testimonios solicitados, en tanto mal haría el defensor en oponerse a la solicitud probatoria porque sí o confiando en la versión de los hechos que le diera su prohijado. De igual forma no le es de recibo la afirmación sobre falta de defensa técnica en el juicio oral por cuanto, como el mismo apelante lo indica, el defensor contravirtió con ocasión de los conainterrogatorios todos los testimonios de la Fiscalía y debe tenerse como un acto de lealtad el hecho de que el defensor hubiere desistido de los ordenados a su favor porque tendría sus razones, mientras que el apelante no propone un motivo o fundamento para tener como irregular el obrar del defensor.

Considera que la defensa no logró demostrar que los policías que intervinieron en la captura del procesado mintieron en su testificación, toda vez que coincidieron en un todo en las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con el procedimiento de captura. Con relación a que hubo una prueba documental ilegal referente a la constancia sobre la carencia de permiso del acusado para portar armas de fuego que fue introducida con el policía judicial Diego Restán Ruendes y que el apelante exige un documento suscrito por la Cuarta Brigada para demostrar esta circunstancia, advierte el Procurador que en nuestra legislación está proscrita la tarifa legal y resultan suficientes los testimonios de los policías y la constancia en mención para dar por satisfechos los elementos de tipicidad y antijuricidad como lo concluyó el juez de primer grado.

Advierte que la norma sobre el procedimiento de la cadena de custodia hace referencia a la policía judicial cuando se trate de diligencias investigativas y no de capturas en situación de flagrancia. Refiere que, si bien el arma no fue llevada a juicio, el

apelante desconoce que testificó el perito balístico IT John Esmitt Sanjuan Chávez, quien dio cuenta de la forma en que recibió el arma de fuego y las municiones, así como de las características e idoneidad de estos elementos para los fines para los que fueron fabricados.

En síntesis, considera que la decisión recurrida debe ser confirmada y negarse la nulidad propuesta.

4. LAS CONSIDERACIONES

La Sala emprenderá el estudio de las censuras planteadas por el apelante, empezando por los motivos de nulidad por falta de defensa técnica y, una vez superado el examen de los mismos, sentada la conclusión de que la actuación procesal conserva validez, nos ocuparemos de los aspectos de fondo que se relacionan con el cuestionamiento de la suficiencia de la prueba para soportar la sentencia condenatoria.

4.1. Para resolver el cuestionamiento sobre la validez del proceso, la Sala, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, delineará un marco teórico de resolución del asunto sobre las nulidades, para luego descender al examen del caso objeto de juzgamiento y extraer la conclusión que sea pertinente.

Se ha precisado que para que se configure una nulidad debe concurrir inexorablemente una irregularidad, que por lo general configura un error en el procedimiento, esto es, debe actuarse por fuera de la ortodoxia del rito señalado por el legislador. Pero, además, la irregularidad de la que se trate debe trascender en la afectación de la estructura del proceso, de modo que se trastoquen las formas propias de los juicios, o se lesionen garantías sustanciales de las partes o intervinientes. Así lo tiene entendido la

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Auto del 27 de febrero del 2013, Rd. 37.228, M.P. Javier Zapata Ortiz¹.

El carácter de remedio extremo de la nulidad ha conducido a que se admita la posibilidad de restarle fuerza invalidante a la irregularidad conforme a los principios que informan las nulidades, los que de buena manera resume la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 26 de febrero de 2014, rad. 34.767.

“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción —dado que las formas no son un fin en sí mismo—, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).”

¹ “...la nulidad es un remedio extremo que busca revertir el derecho quebrantado y dejar incólume la estructura del proceso; entonces, es compromiso del abogado demandante argumentarlo en ilación con las pautas expuestas y demostrar objetivamente la existencia material de la infracción junto con la correspondiente consecuencia, pues no cualquier falencia que se alegue rompe el equilibrio jurídico previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

(...) Ellas, además, se rigen por el postulado de *trascendencia* en sus diversas connotaciones epistemológicas; por un lado, la exclusiva irregularidad o menoscabo a la ley, no es presupuesto dominante para su configuración; se requiere, en segundo lugar, el efectivo detrimento, perjuicio o lesión de los derechos y garantías adquiridas por los intervinientes o partes en la dinámica judicial; en tercer término, es obligación del jurista mostrar en interés legal de su representado las bondades, beneficios y ventajas¹ del ataque propuesto.” (Auto del 27 de febrero del 2013, Rd. 37.228, M.P. Javier Zapata Ortiz)

Entonces, el reconocimiento de un motivo de nulidad demanda la demostración plena de la irregularidad o vicio en el procedimiento, la trascendencia que tiene, específicamente en el caso, si existe una real afrenta al derecho de defensa que haya disminuido las garantías del procesado y que no resulte subsanada por los principios que regulan la invalidación de los actos procesales.

Atendiendo a que estamos en presencia de un fallo condenatorio que afecta al acusado, *a priori* no podría descartarse que la eventual inadecuada defensa técnica tuviera incidencia en las consecuencias gravosas que soporta, lo que impone examinar la procedencia de la causal invocada, para lo cual nos ocuparemos de hacer referencias específicas a la procedencia de la nulidad por vulneración del derecho de defensa y posteriormente centraremos nuestra atención en la comprobación de la irregularidad.

No desconoce la Sala que nuestra máxima corporación de la jurisdicción ordinaria ha sido del criterio de que la ausencia total de defensa —sea porque el procesado no nombró a un profesional del derecho que lo asistiera o no se le designó uno de la Defensoría Pública o porque siendo provisto, se observa una total desidia en el profesional, desinterés o desconocimiento del sistema—, conlleva una nulidad *ipso facto*², cuando pueda predicarse la afectación de las garantías del justiciable.

Con más precisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto ha dicho:

“Es decir, un presupuesto indispensable para demostrar la invalidez por vulneración de la garantía de asistencia técnica consiste en brindar datos objetivos que prueben inactividad, torpeza o profunda incomprensión de la técnica, institutos o

² Ver sentencia SP 154-2017 del 18 de enero de 2017, Radicado 48128. M.P José Francisco Acuña Vizcaya

métodos del nuevo sistema. Pero ello no es suficiente, porque esas específicas circunstancias también deben ser idóneas para determinar, independientemente del resultado del juicio, que el abogado no logró alcanzar su cometido, es decir, una gestión tendiente a hacer valer la presunción de inocencia o, en general, toda decisión que favoreciera a su protegido.” (Auto del 9 de octubre de 2013, radicado 40.920, M.P. Eugenio Fernández Carlier)

Continuando con la fijación del contexto jurisprudencial, es importante considerar que en la sentencia del 27 de septiembre de 2017 con Rd. 50209, la Corte reiteró la posición asumida de antaño, según la cual el derecho de defensa no se puede considerar vulnerado por el solo hecho de que el nuevo abogado se encuentre en disparidad de criterios con el anterior:

“En tratándose del derecho a la defensa, es preciso tener en cuenta que su desconocimiento no se acredita cuando, simplemente, el nuevo profesional del derecho disiente de la actividad defensiva desplegada por su antecesor, pues esa especie de controversia no es de recibo en sede de casación, porque cada profesional tiene su particular forma de adelantar la labor encomendada, sin que sea posible establecer, de manera concreta, la estrategia más conveniente a los intereses del procesado.

Así se indicó en CSJ AP3163-2016, rad. 46698:

Esta Corte ha señalado en otras oportunidades que un alegato de quebranto del derecho de defensa fundamentado en la convicción del casacionista consistente en que la asistencia letrada pudo ser mejor, no configura un cargo susceptible de estudiarse en casación. Por consiguiente, es insatisfactoria –como se ha dicho— una petición de nulidad basada simplemente en la descalificación de la gestión realizada por apoderados anteriores. Especialmente porque la libertad de iniciativa es característica fundamental de la labor de asistencia profesional del abogado, cuyas gestiones en forma alguna se juzgan positiva o negativamente en función de los resultados obtenidos.

Se ha recalcado de forma pacífica, así mismo, que la estrategia de defensa varía dependiendo del estilo de cada profesional, dado que no existen fórmulas uniformes o estereotipadas. Simplemente, se reitera, cada defensor diseña la táctica que a su juicio resulta más adecuada y se ajuste mejor a su estilo o a la visión que tiene

del proceso, de modo que la disparidad sobre ese punto no tiene la connotación de socavar el derecho de defensa técnica.

Además, olvida la demandante que si bien este derecho, como lo ha señalado la Corte, es real, continuo, unitario e ininterrumpido, su vulneración, como la de cualquier circunstancia que configure nulidad y más aún cuando se alega en esta sede, según ya se dijo, debe ser trascendente, esto es, debe tener una incidencia concreta en menoscabo de quien la alega.” (Subrayas de la Sala)

En suma, para anular un proceso por inadecuada defensa técnica se requiere, alternativa o concurrentemente, de motivos objetivos que revelen con suficiencia y trascendencia la impericia en la gestión defensiva, la incompetencia profesional por el desconocimiento craso de las cargas que debe realizar o de cómo opera el procedimiento y el abandono absoluto de la gestión, falencias que no podrían ser deducidas del infructuoso resultado de la estrategia defensiva, pues el fallo condenatorio no pende exclusivamente de esta, sino también de la prueba recaudada.

De este modo, si en el caso lo que se cuestiona es la forma como se ejerció la defensa por el profesional del derecho que antecede a quien alega la nulidad, debe señalarse no solo la actuación tildada de irregular, sino, además, cómo su entidad o naturaleza condujo a que se afectaran los derechos o garantías del procesado³; lo cual implica:

“En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado.”

El apelante al respecto sostiene que el defensor que actuó inicialmente (i) no solicitó aclaración de la acusación, a pesar de que en los hechos imputados se dice que la captura se hizo en vía

³ Sentencia 50774 del 16 de agosto de 2017.

pública, cuando lo cierto es que fue en una casa de habitación como lo precisó el acusado; ii) en el traslado del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, pudo haber solicitado la nulidad de la imputación por no estar acorde a la realidad procesal; (iii) habría sido pasivo ante la incorporación del arma de fuego que, en su sentir, se trata de una prueba ilícita obtenida sin observarse debidamente la cadena de custodia; iv) omitió solicitar la inadmisión de las pruebas decretadas a la Fiscalía que en la audiencia preparatoria no sustentó en debida forma la pertinencia, conducencia y utilidad; v) no arrimó prueba al proceso y vi) solo se limitó a ejercer el contrainterrogatorio, cumpliendo un papel meramente formal, sin que existiera algún tipo de estrategia jurídica o procesal.

En el examen de los aspectos señalados, encuentra el Tribunal que no se sostiene la inactividad del defensor sino su incompetencia profesional, cuya evaluación no puede hacerse a partir de que el nuevo profesional tiene la convicción de que su comportamiento hubiera sido distinto, de mayor entidad o eficacia, sino como quedó señalado en aspectos objetivos que trasciendan en un notorio desequilibrio de armas denotando la indefensión del justiciable.

Lo anterior porque la evaluación propuesta topa con la necesaria autonomía que debe tener el defensor en la determinación de la estrategia que sus conocimientos profesionales le señalan como adecuada para enfrentar la pretensión punitiva del Estado.

Frente a esto último conviene precisar que la Fiscalía, como titular de la acción penal, está facultada para elaborar y fijar los hechos jurídicamente relevantes que de manera razonable infiera de la noticia criminal y de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que le es

aportada o recopilada, tal como sucedió en este caso en el que, según lo informado por los funcionarios de policía que realizaron la captura en flagrancia del procesado, dicho procedimiento se hizo en vía pública, siendo ello parte de la hipótesis fáctica determinada por la Fiscalía en la imputación.

Por tanto, si la defensa consideraba que la captura en realidad se había llevado a cabo dentro de una casa habitación como se lo informó el procesado, tuvo la posibilidad en el juicio oral de ejercer la contradicción sobre el punto en cuestión, ya fuere a través de los diferentes medios de prueba a su disposición o impugnando la credibilidad de los testigos de cargo que sostenían lo contrario a su versión de los hechos.

En estas circunstancias la Sala no percibe afectación del derecho a la defensa técnica ante la evidente improcedencia de la solicitud de nulidad de la imputación o de aclaración de la acusación por un supuesto error en la fijación de los hechos realizada por la Fiscalía.

Tampoco puede deducirse la vulneración de esta garantía fundamental debido a la pasividad del defensor frente a la incorporación del arma de fuego que, en opinión del apelante, se trata de una prueba ilegal que debe ser excluida al haberse obtenido sin observarse la correcta cadena de custodia, pues lo cierto es que, como se verá en el siguiente acápite de las consideraciones, el elemento en cuestión fue legalmente incorporado y en ese sentido no habría fundamento atendible que exigiera al anterior defensor solicitar su exclusión.

Alega el apelante que el defensor que lo precedió omitió solicitar la inadmisión de las pruebas decretadas a la Fiscalía que, en su criterio, no sustentó en debida forma la pertinencia, conducencia y utilidad. Sin embargo, al observarse la audiencia

preparatoria, encuentra la Sala que difícil quedaba para la defensa fundamentar una solicitud de inadmisión de las pruebas, toda vez que la Fiscalía sustentó debidamente la pertinencia, conducencia y utilidad de las mismas. Fue así como, con relación a los testimonios de los policías Yenilson Alejandro Vásquez Gil y Jhon Elver Gamboa Valencia, indicó que fueron los funcionarios que hicieron el procedimiento de captura y la incautación del arma, por lo que darían cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de dicha captura. Así mismo, solicitó el testimonio del patrullero Andrés Camilo Gómez Toro, encargado de establecer el arraigo y antecedentes del indiciado, quien informaría de la actividad investigativa que realizó con ocasión de la captura del procesado. También solicitó el testimonio de Jhon Smith Sanjuan, servidor de la Policía Nacional que realizó el estudio del arma y de las municiones que fueron incautadas, tomó fotografías e hizo el correspondiente informe, advirtiéndole a la fiscal que, al tratarse de un porte ilegal de arma de fuego, es necesario traer al perito al juicio para establecer la aptitud del arma y la munición incautada.

Con relación a la prueba documental, la Fiscalía solicitó el ingreso del acta de derechos del capturado y del acta de incautación de elementos porque hacen más probable la teoría del caso de que fue al procesado y no a otro a quien se le incautó el arma y se le dieron a conocer los derechos como persona capturada, lo cual fue suscrito por el ciudadano judicializado, y que dichos documentos se ingresarían con los servidores de la policía que realizaron el procedimiento de captura e incautación de elementos. Igualmente aludió a la pericia balística y fijación fotográfica del arma con los respectivos números de registro que sería introducida con el balístico Jhon Smith Sanjuan; además de la cadena de custodia, rótulos y continuidad de la misma para demostrar la mismidad de los elementos que fueron incautados, lo que se realizaría con el policía Diego Fernando Restán encargado de recopilar las evidencias o, en su defecto, con el perito balístico.

Finalmente, hizo referencia a la información de la Cuarta Brigada sobre ausencia de permiso del procesado para el porte de arma y que sería ingresada con el intendente Diego Fernando Restán, pues debía probarse que el ciudadano no tenía permiso para portar el arma incautada.

Como puede observarse, la Fiscalía argumentó suficientemente la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas, por lo que no puede deducirse que la falta de oposición por parte del defensor constituya un acto que menoscabe el derecho de defensa del procesado.

De otro lado, se queja el recurrente por cuanto su antecesor no arrió prueba alguna al proceso. Al respecto, se tiene que, en la audiencia preparatoria, la defensa solicitó la práctica de los testimonios de los ciudadanos Daniela Restrepo Ortiz, Juan Esteban Henao Vargas, Yudy Yaneth Ortiz Muñoz y Manuel Restrepo Ortiz, indicando que se trataban de testigos presenciales de la captura porque estaban en el sitio y observaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo, por lo que darían cuenta de la forma en que se hizo el procedimiento, haciendo menos probable la teoría del caso de la Fiscalía.

No obstante, el defensor decide en el juicio desistir de estos testimonios, lo que no puede entenderse como una afectación del derecho de la prueba puesto que pueden existir motivos fundados para no presentar a los testigos acorde con la estrategia defensiva que se tenga o los pocos beneficios que acarrearían a la teoría del caso de la defensa, sin que sea necesario ofrecer explicaciones sobre tal determinación. En todo caso, el apelante omite señalar fundada y específicamente cuál prueba dejada de pedir o practicar tendría la trascendencia para incidir en el cambio del sentido del fallo.

Con relación a la facultad de las partes de desistir de la práctica de las pruebas o de su incorporación al juicio oral, sin que sea necesario que el juez requiera una explicación al respecto y sin que ello implique afectación de garantías fundamentales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴ ha establecido que:

“...el esquema procesal previsto en la Ley 906 de 2004 responde en esencia a una contención de partes, luego la iniciativa del recaudo probatorio en términos generales le concierne a éstas de conformidad con su teoría del caso y con sujeción a los parámetros de conducencia, pertinencia y utilidad; por lo mismo es dable que, cualquiera que sea la razón, finalmente desistan de su práctica o incorporación al juicio oral, no obstante haberse decretado por el juez, pues es de su exclusivo resorte acreditar, como ya se dijo, su respectiva teoría del caso.

Por eso, ha comprendido la Sala que en eventos tales no se produce afectación alguna a la garantía de defensa, mucho menos cuando no se corresponde con una actividad del juzgador y sí a la responsabilidad de la parte que las pidió.

Ha dicho la Corte (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Rad. No. 26411):

“Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aún respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte)”.

(...)”

En suma, revisada la actuación del defensor no encuentra el Tribunal muestra de su incompetencia, o cuando menos en el grado requerido para comprometer la validez del proceso, pues no

⁴ Sentencia SP5513-2018 del 11 de diciembre de 2018, radicación No. 45470, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero

se perciben deficiencias en la formación profesional o falencias de conocimiento en el sistema acusatorio ni que su papel hubiere sido meramente formal o que no tuviese algún tipo de estrategia jurídica o procesal.

Por el contrario, conforme con lo alegado por el apelante y la labor desempeñada por el anterior defensor en el proceso, especialmente en sus alegatos conclusivos, se desprende el empleo de estrategias similares en tanto ambos defensores pretenden la absolución del procesado a partir de la alegación de la falta de prueba de la carencia de permiso para portar el arma de fuego que le fue incautada, lo que, según su criterio, solo sería posible demostrar con el certificado de la autoridad competente, sin que pueda valorarse la constancia que al respecto habría sido introducida en el juicio oral por un funcionario que no la suscribió; así mismo, se observa que el defensor inicial intentó, por medio del conainterrogatorio a los testigos, controvertir las circunstancias en que se habría efectuado la captura, específicamente sobre si había sido al interior de una casa habitación, además que también cuestionó la cadena de custodia.

En conclusión, no se percibe irregularidad que pueda ser base de la invalidación del proceso y menos su trascendencia, causa por la cual mantiene validez lo actuado en tanto no aparece demostrada la vulneración del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

4.2. Superado el anterior aspecto, deberemos ocuparnos de establecer si como lo alega el recurrente, con la prueba debidamente practicada en juicio no se logra el convencimiento más allá de duda razonable de que el señor Omar Yesid Arias Berrio es responsable de la conducta punible contra la seguridad pública de la que se le acusó. Para el efecto deberán abordarse los aspectos planteados por el apelante.

Inicialmente, plantea la defensa la existencia de una prueba ilegal concerniente al arma incautada por cuanto no se legalizó ni se sujetó a la cadena de custodia desde el momento de su incautación, por lo que se desconocieron las reglas establecidas para su validez, circunstancia que acarrearía su exclusión, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal. No obstante, para el Tribunal no resulta de recibo dicho argumento toda vez que, conforme con lo demostrado en el juicio, se concluye que los elementos incautados, esto es, el arma de fuego y sus municiones, fueron sometidos a la debida cadena de custodia; pero aún si así no fuera, lo que se comprometería sería la autenticidad del elemento en cuestión y no su legalidad, como lo revela el que si fallara la cadena de custodia no por ese hecho se podría excluir esa evidencia y, eventualmente, se podría lograr su autenticación de otro modo.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 276 de la Ley 906 de 2004, “la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”; norma que debe observarse en concordancia con el artículo 250 Superior que en su numeral 3° le impone a la Fiscalía el deber de asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. Por su lado, el artículo 254 del Código Procesal Penal, con relación a la cadena de custodia, dispone que su aplicación tiene la finalidad de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, entendiéndose por autenticidad la correspondencia objetiva del elemento material probatorio recaudado que tiene por finalidad ser analizado técnica o científicamente para extraer su capacidad demostrativa o

información con vocación probatoria, garantizándose su identidad e integridad.

En ese sentido, no se evidencian inconvenientes de autenticidad de los elementos incautados en tanto se garantizó la cadena de custodia, sin que fuese menester en este preciso evento realizar la fijación del arma de fuego en el modo que propone la defensa o que su rotulación debiera realizarse necesariamente en el lugar de recolección, por la potísima razón de que se trató de un sorprendimiento en flagrancia y no de un acto de indagación o investigación como una inspección al lugar de los hechos que ameritara la búsqueda y fijación de evidencias. Fue así como, una vez el arma y las municiones les son entregadas por el procesado, los policías que realizaron su aprehensión procedieron a efectuar la incautación y, según lo informado por el patrullero Jhon Elver Gamboa Valencia, el arma fue guardada en una bolsa y, una vez se trasladaron a la estación de policía, se procedió a elaborar su rotulación como lo explicó el patrullero Yenilson Alejandro Vásquez Gil, quien fue el encargado de dicha función.

Entonces, si los reparos al quebrantamiento de la cadena de custodia se contraen exclusivamente a que esta no se inició desde el momento mismo de la incautación del elemento, la censura no está llamada a prosperar puesto que se percibe todo lo contrario, esto es, que se preservó la autenticidad del elemento desde su incautación, mientras que con el testimonio de los policías se sabe que el arma entregada para someterla a custodia fue la incautada al acusado. Lo esencial en el punto es que el perito balístico y el policía que hizo la recolección, embalaje y rotulación de los elementos, dan cuenta de la existencia de la cadena de custodia, lo que es refrendado por el policía judicial Diego Fernando Restán con quien se incorporó el registro de cadena de custodia y, aún más allá, no se aprecia motivo alguno para que fuera rota y se implantara un arma idónea para su examen, puesto que no hay

interés alguno, o cuando menos no se demostró, en acusar falsamente al procesado a quien ninguno de los dos policías que realizaron la captura habían visto con anterioridad.

En otras palabras, no se percibe que medie interés de desprenderse de un arma en buenas condiciones para fundar una sindicación que sería de orden rutinario, sin ningún ribete especial que pudiera hacer sospechoso el manejo de la cadena de custodia si ello se hubiere presentado, con mayor razón cuando quedó establecido en el juicio oral que el procesado Omar Yesid Arias Berrío firmó el acta de incautación y plasmó su huella.

En cambio, sí comparte la Sala el argumento del apelante atinente a que no debió ser objeto de valoración probatoria la constancia suscrita por el patrullero Andrés Camilo Gómez Toro y que fue introducida con el intendente Diego Fernando Restán, en la que se plasmó el haber procedido a entablar comunicación telefónica con el Centro de Información Nacional de Armas, CINAR, en donde el suboficial en turno le informó al funcionario que deja la constancia que al señor Omar Yesid Arias Berrío no le figura registro alguno y, por tanto, no posee permiso para porte de arma de fuego; además que el arma en cuestión figura a nombre de otra persona.

Aunque es cierto que para el ingreso como tal al proceso puede considerarse como un documento público al haber sido signada por un servidor público, lo cierto es que su contenido no tiene por sí mismo entidad o vocación demostrativa por tratarse de manifestaciones vertidas por un funcionario que no tiene capacidad certificadora respecto a la existencia o no de permiso para el porte de armas de fuego y el conocimiento que transmite es de carácter personal, por lo que necesariamente se requería su testimonio para incorporar la información vertida, el cual no fue practicado pese a que había sido decretado. En otras palabras, la

información se incorporó como prueba documental sin que tenga entidad para demostrar o indicar la carencia de permiso para portar armas y, por ende, debía ser materia de prueba testifical, tal como ocurre con los informes de captura policivos, en tanto el testigo carece de capacidad certificante sobre el esencial aspecto en cuestión. Tampoco puede ser considerado como testigo de referencia admisible, puesto que, al no conocer directamente lo que informa, se requiere alguna causal de ley, la que no aparece demostrada.

No obstante, el Tribunal no puede extraer la misma conclusión del recurrente en el sentido de que al excluirse de valoración el documento en mención, ello implicaría que no se probó que Omar Yesid Arias Berrío tuviera o no permiso para portar armas de fuego y que esta circunstancia no podría deducirse con un simple dicho del policía captor. Lo anterior por cuanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, en el proceso rige el principio de libertad probatoria, a partir del cual es posible acreditar los elementos estructurales del tipo con cualquier medio de prueba del que pueda colegirse, de manera razonable, que la conducta no estaba amparada por el ordenamiento jurídico, tal como lo tiene establecido la reiterada jurisprudencia al respecto.

Es así como en sentencia del 2 de noviembre de 2011, radicado 36.544, que podría considerarse como sentencia hito sobre el aspecto en cuestión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, con ponencia del Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, hace un estudio dogmático del tipo penal contenido en el inciso primero del artículo 365 del Código Penal para establecer que uno de los elementos que configura la infracción es:

“Y (iii) un ingrediente, ‘sin permiso de autoridad competente’, que es normativo en la medida en que contempla una valoración de índole jurídica (autorización legal), pero que es más descriptivo en tanto alude a

una situación o circunstancia predominantemente fáctica (no tener el salvoconducto).

En lo que a este último elemento se refiere, salta a la vista que para su corroboración es menester partir de unos datos o hechos de naturaleza objetiva, derivados de los medios probatorios recaudados durante la actuación. (Lo mismo puede predicarse con cualquier otro elemento del tipo, incluso de los subjetivos o eminentemente normativos.)

Lo anterior significa que, para demostrar en un asunto concreto la falta de autorización legal para comerciar, distribuir, llevar consigo, etc., un arma de fuego, deberá introducirse al juicio oral prueba (o, por lo menos, una estipulación de las partes en ese sentido) de la cual pueda colegirse, de manera razonable, que el comportamiento descrito en la ley no estaba amparado por el orden jurídico. Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación del principio de libertad probatoria (artículo 373 de la Ley 906 de 2004 [artículo 237 de la Ley 600 de 2000]) [...]." (Subraya de la Sala)

Nada extraño y singular se dice en este primer aparte, por efectos de la filosofía política predominante y los postulados constitucionales, la reconstrucción de los hechos sometidos al juzgamiento de los jueces está atravesada por la presunción de inocencia y la necesidad de prueba. Según esto último, todo postulado fáctico que se estime existente debe ser extraído de un medio de conocimiento legal y regularmente practicado. Conforme lo primero, las hipótesis y presunciones que acarrear las ausencias de demostración son siempre a favor del procesado y no en su contra. La norma rectora establecida en el artículo 7° del código procesal acusatorio lo deja bien en claro. Adicionalmente, se expone en la providencia citada que para demostrar dicho aspecto opera la libertad probatoria que rige en el sistema procesal penal.

Así mismo, en el auto AP943-2015 del 25 de febrero de 2015, radicado 43.793, M. P. Eugenio Fernández Carlier, la alta corporación analizó un caso en el que específicamente se excluyó de valoración probatoria la certificación expedida por la autoridad competente sobre la carencia de permiso para porte de armas de fuego ante su descubrimiento extemporáneo y se condenó con base

en los testimonios de los policías que realizaron la captura e incautación del elemento bélico, concluyendo lo siguiente:

“El punto central del reclamo del demandante, en este caso, radica en que como la Fiscalía —debido a la sanción por su descubrimiento extemporáneo—, no pudo aportar en el juicio oral la certificación expedida por la autoridad competente en la cual se indicara de manera clara y expresa que el acusado no tenía permiso legal para portar armas de fuego o municiones en los términos del Decreto 2595 de 1993, los testimonios de los agentes Jhon Fredy Cardozo, Esneider Enrique Mendoza y Emmanuel Vargas Altamar, no constituyen “*plena prueba*” de esa circunstancia, como si podría serlo, en su defecto, el documento que echa en falta, u otros medios de prueba que tampoco acierta a precisar cuáles serían éstos.

Dicha postura implícitamente se encuentra sustentada en un inadmisibles criterio de tarifa legal probatoria, circunstancia que, como se citó en precedencia, representa una vulneración al principio de libertad probatoria en particular (Ley 906 de 2004, artículo 373), y al sistema de la persuasión racional en general, pues parte del velado supuesto de que para probar el elemento “*sin permiso de autoridad competente*” la Fiscalía tenía que introducir al juicio oral un documento público, u otra prueba de estirpe semejante, con la cual se dejase constancia de la falta por parte del autor del respectivo salvoconducto, de suerte que el discernimiento del censor riñe con el orden jurídico.

Lo importante en estos eventos, como lo ha señalado la Sala, es que haya prueba de la cual pueda predicarse «*una circunstancia o fundamento fáctico claro para decidir acerca de la configuración de tal ingrediente típico*» (CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 36544). Y en el presente asunto, como bien lo explicaron el a-quo y el Tribunal, la falta de permiso legal la extrajeron las instancias de la aserción fáctica, derivada de los testimonios los aludidos agentes que intervinieron en trámite legal que permitió la captura en flagrancia del procesado, a la cual se procedió sólo cuando éste les expresó que carecía de autorización o permiso alguno que lo habilitara para la tenencia de la munición incautada, manifestaciones a las que los falladores concedieron mérito suasorio sobre el punto en discusión, no solo con base en argumentos sustentados en postulados que integran la sana crítica, sino apoyados en criterios de doctrina y jurisprudencia⁵ que el recurrente no acertó a demoler con sujeción a las exigencias de este mecanismo de impugnación.”

⁵ Carpeta principal, folios 174, 174 vto., 175, 209, 209 vto., y 210.

En igual sentido se pronunció la alta corporación en la sentencia SP7732-2017 del 1 de junio de 2017, radicado 46278, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa, indicando:

“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.”

Por consiguiente, el elemento estructural “sin permiso de autoridad competente” del tipo penal atribuido, no es menester que deba comprobarse de manera exclusiva con un documento expedido por el servidor competente para ello, esto es, el certificado de las autoridades militares en el que conste que una persona no cuenta con salvoconducto para portar armas de fuego o municiones, puesto que, al primar el principio de la libertad probatoria, la única limitante es que en efecto se cuente con probanzas idóneas en el proceso que permitan establecer esa

circunstancia, sin tener que recurrir a argumentaciones sofisticadas ni reglas de la experiencia falaces⁶.

Descendiendo al caso concreto se procede a examinar el acervo probatorio en el que obra la atestación de los policías Yenilson Alejandro Vásquez Gil y Jhon Elver Gamboa Valencia, quienes coinciden en que en sus labores de vigilancia en un barrio conflictivo observaron al ahora procesado quien llevaba terciado en su espalda un bolso y que al notar la presencia policial se torna nervioso emprendiendo la huida hacia un sector que implicó una persecución a pie debido a que no era posible que el vehículo policial pudiera ingresar por las condiciones del terreno, siendo perseguido por los gendarmes una distancia de unos 15 metros hasta que el patrullero Gamboa Valencia logró darle alcance y detenerlo, luego de lo cual se le practica una requisa y se le requiere para que voluntariamente sacara las pertenencias que se encontraban al interior del bolso y, de forma voluntaria, procede a extraer del mismo un arma de fuego tipo revólver con seis balas y la entrega a los policías.

Según lo dicho por el patrullero Yenilson Alejandro Vásquez Gil, una vez el procesado exhibe el arma de fuego, le solicitan el salvoconducto, a lo que manifiesta este último que no cuenta con dicho documento, razón por la cual le leen y materializan los derechos como persona capturada y lo sacan de ese lugar de inmediato ya que es un sitio crítico porque hay plazas de vicio y se han cometido muchos homicidios, además que cuando ingresan a efectuar algún procedimiento, por lo general, son víctimas de asonadas, por lo que deciden conducir al capturado a la Fiscalía para ser puesto a disposición de la autoridad competente junto con el elemento incautado.

⁶ Ver las providencias SP1077-2015 del 11 de febrero de 2015, radicado 44.364; AP1398-2015 del 19 de marzo de 2015, radicado 39.778; SP1037-2020 del 3 de junio de 2020, radicado 54.342.

Entonces, como la indagación de la existencia de salvoconducto se dio antes de conocer los policías que no había permiso del porte, las manifestaciones efectuadas por el acusado sobre ese aspecto pueden ser demostradas con lo escuchado por los agentes del orden que hacían el procedimiento, pues hasta entonces no se había activado el derecho a la no autoincriminación.

Dicho de otro modo, la información que transmiten los agentes captadores del implicado no se obtuvo en un interrogatorio no autorizado por la ley, sino en virtud de las actividades propias del control policial, que cesaron cuando se aprecia la eventual existencia del delito, de modo que pueden y deben ser utilizadas en contra de quien realizó dichas manifestaciones. En ese sentido no es posible usar la afirmación hecha por el testigo Jhon Elver Gamboa Valencia en cuanto a que el acusado manifestó que el armamento lo llevaba porque estaba haciendo un favor, toda vez que no se sabe ni le fue indagado si dicha manifestación se hizo con anterioridad o posterioridad a la captura.

Aunque el recurrente pretende tachar de contradictorios los testimonios de los policías, para la Sala resultan coherentes, espontáneos y contestes, carentes de interés en afectar al acusado, como lo indica el que no lo conocieran ni lo hubieran visto con anterioridad, sin que sea cierto que se les haya impugnado credibilidad y, si bien la defensa al momento de realizar los contrainterrogatorios les indagó acerca de si la captura se produjo en una casa de habitación, ambos testigos al unísono respondieron de forma negativa, aclarando el patrullero Gamboa Valencia que se anotó la dirección de una residencia como punto de referencia, pero que el procedimiento se hizo en las afueras de la misma.

En suma, evaluada la prueba en su conjunto, esto es, los testimonios de los policías Yenilson Alejandro Vásquez Gil y Jhon

Elver Gamboa Valencia, se extraen serios indicios sobre la ausencia de permiso como es el haber intentado huir cuando notó la presencia policial en un sector conflictivo y que se le dio alcance encontrando en su poder el arma de fuego con las municiones manifestando que no tenía permiso para su porte lo cual, si bien es de referencia sobre su veracidad, constituye un indicio no solo de que no lo tenía en el momento sino que carece del mismo; además se cuenta con el testimonio del perito balístico que realizó el estudio de los elementos y que concluyó que eran aptos para su funcionamiento. De lo expuesto, surge como única conclusión que existe el conocimiento, ausente de duda razonable, de que el procesado portaba sin permiso de autoridad competente el arma y las municiones que le fueron incautadas por el Estado, pues en modo alguno surge que sea plausible en estas condiciones entender que contaba con el permiso respectivo.

Adicionalmente, se percibe que se actuaba con conocimiento y se quería realizar la conducta, mediando la debida comprensión de la realidad, sin que aparezca justificación alguna o causal que exima de responsabilidad, por lo cual lo procedente será confirmar sin modificaciones la sentencia recurrida.

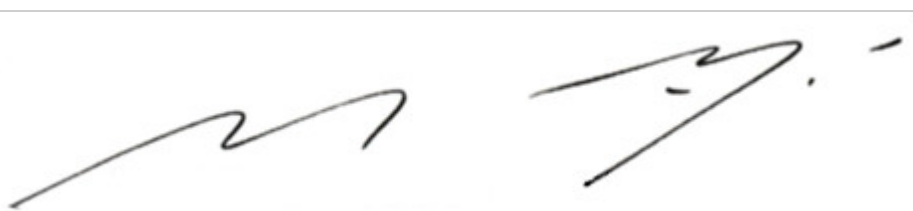
Finalmente, cabe acotar que, si bien existe la libertad probatoria y que el componente del tipo penal, cuya demostración fue echada de menos por el apelante, puede probarse por cualquier medio de prueba, la Fiscalía parece ignorar que al desentenderse de la regla de la mejor evidencia corre el riesgo de que no logre demostrar con testimonios e indicios lo que es realmente de fácil acreditación, toda vez que, al tratarse de un documento público, el certificado sobre la carencia de permiso para porte de arma de fuego puede anexarse aun sin testigo de acreditación y basta con solo solicitarlo a la autoridad militar competente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Confirmar la sentencia condenatoria recurrida, conforme con lo dicho en la parte motiva.

Segundo: Esta sentencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO