



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00206-2012-10248
DELITO	PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES
PROCESADO	ALEJANDRO RAMÍREZ RAMÍREZ
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 002 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

*Procede la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la doctora **PATRICIA MARÍA SIERRA VÁSQUEZ**, Fiscal 179 Seccional, contra la sentencia absolutoria emitida el 26 de julio de 2017 por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín, Dr. **JOSÉ ALBEIRO TRUJILLO GIRALDO** dentro del proceso que se adelantó en contra del señor **ALEJANDRO RAMÍREZ RAMÍREZ** como autor responsable del delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**.*

2. HECHOS

*El 12 de febrero del año 2012 a eso de las 05:40 horas, en la calle 48BG frente al número 107-15, agentes de la Policía Nacional que patrullaban por el sector observaron a varios sujetos que bajaban por unas escaleras, entre ellos, un joven que vestía buzo blanco con negro, jean azul, tenis y gorra negra y blanca (identificado posteriormente como **ALEJANDRO RAMÍREZ RAMÍREZ**), quien al notar la presencia de autoridad se puso nervioso e interrumpió el descenso. Así, mientras los oficiales requisaban a los jóvenes, este sujeto se acercó al antejardín de la residencia vecina y se despoja de un objeto continuando su marcha, no obstante, es interceptado por uno de los patrulleros, en tanto que otro de los*

agentes se acerca al lugar a ver que había escondido, encontrando un arma de fuego tipo revólver calibre 32 marca Smith & Wesson con cachas de madera y con 6 cartuchos calibre 7.65 mm en su interior.

3. RECUENTO PROCESAL

El 13 de febrero del año 2012, ante la juez 43 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Medellín, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura; así mismo le formularon imputación al señor **ALEJANDRO RAMÍREZ RAMÍREZ** por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, no obstante, este no se allanó a los cargos. Seguidamente el ente acusador presentó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, donde se llevaron a cabo las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral. Tras muchos impases, incluida la declaratoria de una nulidad por falta de defensa técnica que retrotrajo la actuación, se reanudó el proceso. Finalmente, el 26 de julio de 2017, la instancia judicial profirió sentencia absolutoria en favor del procesado, decisión que fue impugnada por la Fiscalía.

4. DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez 7° Penal del Circuito de Medellín, profirió sentencia absolutoria en favor del acusado, argumentando que si bien no se discute que el elemento incautado es un arma de fuego de uso personal y que no se enseñó su permiso para porte o tenencia, existe un serio problema de autenticidad del elemento incautado, como quiera que en el proceso no se demostró que el arma enseñada en el juicio oral fuera la misma incautada por los policías durante el proceso de vigilancia rutinaria.

Tras un extenso argumento jurisprudencial sobre la autenticación y el alcance de las evidencias físicas, dice que en este proceso no se logró acreditar lo referido a la cadena de custodia, como quiera que el investigador con el que se ingresó el elemento reconoció que no tuvo conocimiento personal de la procedencia del arma de fuego que transportó. Refiere que, a pesar de haberse aducido la cadena de custodia con el perito balístico, lo cierto es que no puede asegurarse que se trata de la misma arma incautada al acusado el día del procedimiento, pues el contenedor de la misma no fue exhibido por quien debía hacerlo, esto es, el Policial Suarez Pineda, lo que dejó resquebrajado el procedimiento de autenticidad de la evidencia, tal y como lo sostiene la Corte en las sentencias 44741 del 18 de enero de 2017 y 43916 del 31 de agosto de 2016.

Dice que en este caso se reconoció que hubo un error en la nomenclatura de la vivienda donde supuestamente ocurrieron los hechos, ya que se confundieron varias letras lo cual afecta el testimonio del policial Suárez Pineda, pues conforme

la prueba fotográfica arrimada, compuesta por 33 imágenes tomadas por un fotógrafo de la Defensoría del Pueblo, se probó y así reconoció el mismo testigo en el juicio que la dirección consignada en el informe de captura es equivocada, que la calle 48BE con calle 107 existe pero no es donde se produjo el procedimiento, de ahí que esta situación le resta credibilidad a su versión.

Tras corroborar lo expuesto por el agente que participó en la captura con las fotografías aportadas concluye que hubo un error en la apreciación del testimonio por parte de la Fiscalía, pues se confundió el detalle de las escalas y si estos iban subiendo o bajando o si las mismas estaban cerca de la tienda de doña Gloria o no, y si bien para ella no es importante, para el despacho es relevante, en especial porque el patrullero dijo que la visibilidad era buena, de manera que no se explica el A quo, porque cometió un error al dar la identificación precisa de la dirección donde ocurrió la captura, máxime cuando llevaban tanto tiempo prestando servicio en el sector y conocían las direcciones, por su patrullaje frecuente en la zona.

En cuanto a la rectificación que se pretendió realizar por parte de la Fiscalía, tampoco es de recibo, pues no solo no fue espontánea, sino que nada de lo consignado en el informe corresponde a la realidad. Resalta que por esos hechos una persona estuvo privada de la libertad y se le acusó e incluso se pidió condena, y si bien es verdad que se incautó un arma de fuego, el relato de los agentes del orden sobre la forma en que se obtuvo es inverosímil.

De otro lado, no se trata solo de un error en una nomenclatura. La prueba fotográfica aportada del lugar donde supuestamente ocurrió el hecho de acuerdo con el informe policivo y la descripción que hizo el uniformado en juicio oral, demuestra que su relato no coincide con lo plasmado en el documento, pues este refiere que estaba a 5 metros de los sujetos e iba subiendo por las escalas, pero la realidad demuestra que la escalera no tenía visibilidad hacia la vía principal. En ese orden, si como iban en el 6to escalón en ascenso, resulta físicamente imposible tener visibilidad de lo que ocurría en la parte alta de la recta, pues para tener un panorama de la calle 48BG con carrera 107 era necesario que hubiesen subido más escalones para percibir el sitio donde estaba el acusado.

En virtud de lo anterior, concluye que el patrullero Suárez Pineda mintió, pues si como dice el informe, ellos estaban al frente de la "tienda de doña Gloria" no era posible ver la parte alta de la escalera y sin ese dominio visual no pudo ver cuando el procesado arrojó el arma. En pocas palabras, si la defensa no hubiese traído el álbum fotográfico que muestra el sitio de la captura es muy probable que se hubiese emitido un fallo de condena, empero, el ente acusador no logró probar la autenticidad de la evidencia incautada, ni que el delito de sometió en la forma en que narró el agente señalado en precedencia, de ahí que el juez haya emitido sentido de fallo absolutorio, como consecuencia de ello, ordenó compulsar

copias por falso testimonio y falsedad ideológica en documento público en contra de los patrulleros Jhon Heriberto Suárez Pineda y René Mazo Correa.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

*La Dra. **PATRICIA MARÍA SIERRA VÁSQUEZ**, Fiscal 179 Seccional, impugnó el fallo de primer grado, por considerar que -contrario a lo expuesto por el A quo- la Fiscalía demostró la calidad de autor material del delito por el cual se le formuló acusación, **además solicita se dé premura al recurso, por el cuanto el mismo está próximo a prescribir.***

Como primer motivo de inconformidad, dice que el A quo fundamentó el fallo en dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia alejadas de la realidad y que no tienen coincidencia fáctica con lo ocurrido, y que aluden a la carencia de autenticidad del objeto material de la infracción (arma).

Tras una extensa transcripción de lo expuesto en ambas sentencias, en las cuales hizo subrayas y negrillas particulares, refiere que en este proceso se cumplió con la obligación de someter las evidencias a la cadena de custodia, que así se conservaron hasta su presentación en juicio y que todos los rótulos y sellados estaban en buen estado; además los funcionarios y peritos reconocieron sus firmas, tal y como muestra el breve resumen que hizo de los testigos de cargo. Aquí refiere que en el juicio no se le permitió interrogar a su policía judicial, que fue la persona que recolectó las evidencias, que el juez no quiso ordenar la comparecencia del testigo, sino que le exigió a ella que oficiara al superior de esos policías judiciales, lo que originó la suspensión de la audiencia; pese a que ella lleva más de 2 años tratando de que este funcionario compareciera a declarar.

Por ese motivo, censura lo dicho por el juez al criticar que no se cumplió con la labor de autenticidad del elemento porque el testigo que trajo el arma a juicio y los rótulos afirmó que nunca antes tocó ese elemento, cuando se demostró que ese testigo en su condición de funcionario de policía tuvo que ir al almacén de la SIJIN a retirar el elemento para llevarlo a juicio y diligenciar la cadena de custodia. Si a eso, se le suma lo expuesto en el artículo 426 del C.P.P, sobre la forma como se autentica e identifica un documento, tenemos que esos rótulos fueron manuscritos y firmados por los servidores que participaron en el transporte de esas evidencias.

El segundo motivo de inconformidad se refiere a un análisis sesgado e ilegal de los medios de prueba por parte del juez, que basó su decisión en premisas débiles, meras probabilidades y contingencias de las cuales infirió que los hechos no habían ocurrido en la forma en que se señaló y por ende tampoco se demostró la responsabilidad penal del acusado.

Dice que a diferencia de los patrulleros que participaron en la captura y quienes explicaron la forma en que esta se llevó a cabo, el fotógrafo que trajo la defensa mintió, pues no tomó las fotografías desde el punto de vista de la policía, sino de arriba hacia abajo, además que afirmaron que no encontraron el sitio de la captura, de manera que la visibilidad del lugar fue lo que plasmaron en el álbum según la versión del imputado, además nadie le preguntó al policía en qué extremo de la escalera se encontraba; como para desestimar lo dicho por un uniformado serio y honesto, cumplidor de su deber con la justicia. Así, el hecho de que la dirección estaba equivocada, no es argumento, pues ello obedeció a que era pequeña y estaba tapada con un contador de gas, sin mencionar que el operativo de dio en la madrugada. Tampoco es lógico afirmar que el Policía tenía que saber esa dirección, solo porque llevaba varios años prestando servicio en el sector, menos cuando no se demostró cuál era su interés en decir que capturaron al procesado en una dirección específica y no en la que se dice que lo hicieron.

Afirma que no se explica porque el juez de primer grado le dio tanta relevancia a un álbum fotográfico, elaborado a plena luz del día, cuando los hechos ocurrieron en la madrugada, con luz artificial y poca visibilidad, además sin plasmar una sola fotografía desde la óptica que tuvo el patrullero Jhon Heriberto Suarez Pineda, quien observó al procesado ese día cuando este descendía de unas escalas y descargaba el arma. Esto para concluir que el informe fotográfico de la defensa no ilustra la óptica periférica del Policía, quien, por un error, como cualquier otro que se pueda tener, se equivocó en el informe de captura en la dirección confundiendo la letra "G" con la "E" y aunque ello fue aclarado en el juicio oral, el juez dio tanta importancia a esa equivocación que terminó por absolver, aun cuando se demostró que el lugar descrito por el agente coincide con el sitio donde se produjo la captura del señor RAMÍREZ RAMÍREZ.

Tras exponer los errores que en su criterio cometió el juez al analizar las fotografías presentadas por la defensa, concluye que en este caso no se presentó ningún falso positivo como erradamente lo planteó el A quo, en consecuencia, pide que se revoque el fallo absolutorio y por ende se emita condena en contra del acusado. Así mismo, en forma subsidiaria, solicita que se deje sin efectos la orden de compulsar copias que se dio en contra del patrullero SUÁREZ PINEDA, pues emite un mensaje equivocado a la Fuerza Pública, al ver que no se judicializa al delincuente mientras que a ellos se les tilda de fraudulentos y mentirosos.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

La defensa, actuando como no recurrente, solicitó la confirmación del fallo absolutorio, explicando, que la decisión adoptada por el juez, es la adecuada y la misma está fundada en un riguroso análisis de la prueba aportada en el juicio oral. Después de un recuento sobre los aspectos objeto de ataque por la Fiscalía en el recurso de apelación, sostiene que el juez dejó claro que existieron errores en

la autenticidad del elemento, es decir, del arma de fuego, pues no se cumplieron los protocolos para su ingreso, en los términos señalados por la jurisprudencia del alto tribunal, de la cual hace extensa cita, equivocándose el ente acusador, pues a diferencia de lo afirmado, no se demostró la autenticidad de la cadena de custodia, en especial, porque quien allegó el elemento al juicio es un simple transportador que no tuvo conocimiento del caso.

Luego de repetir algunos argumentos de la sentencia, dice que, en este caso, el fallador no incurrió en ningún yerro y que, si bien la Fiscalía trató de tergiversar la versión del Policía y ubicarlo en un lugar diferente al mencionado por el mismo declarante, a pesar de que el informe de fotografía se hizo desde lo narrado por los policiales. Concluye diciendo que no incurrió en ninguna actuación irregular, que si bien solicitó la nulidad en la audiencia preparatoria lo hizo cuando le fue sustituido el poder y advirtió que su antecesor había incurrido en un grave error al estipular la totalidad de la prueba con el ente acusador, comprometiendo la inocencia de su cliente.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia enervada.

El problema jurídico planteado en el recurso de apelación consiste en establecer, desde el punto de vista probatorio, si la Fiscalía cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad penal endilgada al señor RAMÍREZ RAMÍREZ por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, o, sí por el contrario, los argumentos esbozados por el A quo, relativos a que no se demostró la autenticidad del objeto material del delito incautado, y que además los hechos investigados no tuvieron ocurrencia en la forma en que los narró la Policía, permiten la confirmación del fallo absolutorio.

Como vemos, son dos los aspectos basilares sobre los que se funda la sentencia absolutoria, mismos que fueron objeto de cuestionamiento por la Fiscalía y que se contraen a los siguientes temas: i) autenticidad del arma de fuego incautada y ii) la contradicción entre los hechos narrados por la Fiscalía y los narrados por los testigos durante el juicio oral. Previo a abordar el caso concreto, resulta pertinente traer a colación algunos apartes generales sobre estos aspectos:

7.1. LA CADENA DE CUSTODIA Y LOS MEDIOS DE AUTENTICACIÓN:

La cadena de custodia se considera en sí misma como un “medio de autenticación, sujeto a un rigor especial, exigible para autenticar cierto

tipo de evidencia"¹; también se ha dicho que es **"un conjunto de formalidades con el que se asegura que la evidencia física recopilada durante la fase de investigación permanece inalterada hasta el momento que es utilizada en la audiencia de juzgamiento"**². Por ende, su finalidad es evitar la alteración, modificación y o falseamiento de la evidencia, atendiendo el principio de mismidad, según el cual **"el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores"**³.

Si comparamos los sistemas inquisitivos o mixtos con el acusatorio, tenemos que afirmar que una de sus diferencias más relevantes está precisamente en este concepto, en su importancia, ello en razón a que con base en el principio de permanencia de la prueba de los dos sistemas probatorios iniciales esta se practicaba y consignaba en el momento de su incorporación al expediente, en cambio en el tercer sistema solo es prueba, en los procesos contenciosos, cuando se practica en el juicio, ello conlleva que en el lapso entre la recogida del medio de prueba y su presentación en el juicio se garantice que no se modificará ese elemento, por ello su importancia a más de la reglamentación del modo de actuar de los funcionarios encargados de conservar la cadena de custodia. Es por ello que existe una regulación especial, contenida en el artículo V del C.P.P., e, incluso, hay una reglamentación de la Fiscalía al respecto (ver resoluciones 1892/02, 2869/03, 6394/04, 2770/05, 3568/05, entre otras).

Conforme lo expuesto, es claro que la cadena de custodia, es fundamentalmente, un medio de autenticación de la evidencia. Otras formas para ello se cuentan la auto-marcación, la aceptación de la parte contraria, el testimonio o la peritación. Lo anterior adquiere relevancia porque existe la errada convicción de que la cadena de custodia es un sinnúmero de documentos y formatos, cuando en verdad, es un conjunto de hechos y cada uno de ellos debe ser probado en el juicio oral. En todo caso, los registros de cadena de custodia no son los únicos medios para demostrar la autenticidad del elemento, ya que esta también se puede demostrar testimonialmente o por pericia. Para ello, basta que el reconocimiento del elemento sea efectuado por quienes suscribieron el documento, careciendo de relevancia la ausencia de un formato contentivo del listado de quienes estuvieron en contacto con ellos. Para finalizar, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido que **"los defectos en la cadena de custodia no tienen incidencia en la legalidad de la aducción de la prueba, sino en el poder suasorio que solamente el juez le puede conceder, para así obtener una apreciación favorable a sus intereses"**⁴.

¹ Chiesa A, Ernesto. Tratado de Derecho probatorio. Publicaciones JTS. Puerto Rico, 2005. Tomo III. pág 927.

² Reyes Alvarado, Yesid. La cadena de custodia. Congreso de Derecho Procesal. Universidad Libre de Colombia. Bogotá, septiembre de 2012. Pág. 618.

³ CSJ AP. 19 de febrero de 2009. Radicado 30598.

⁴ CJS. SP. Radicado 37943 del 15 de febrero de 2012.

7.2. DE LA CADENA DE CUSTODIA PARA EL CASO PRESENTE.

En el sub judice no se evidencia un error sustancial o esencial en el proceso de cadena de custodia, si bien se reconoce la habilidad y la diligencia de la defensa, lo que podemos concluir, luego de su análisis y estudio, es que en el se siguió la secuencia correspondiente, incluso hasta cuando el arma fue presentada por el agente que es diferente a quien hizo la incautación. El ideal de presentación de ese elemento es el que exige el funcionario judicial de instancia, pero no puede entenderse como una tarifa obligatoria, existen otros medios de autenticación que también son válidos, incluso la carga de controvertir la cadena de custodia en este caso es de la defensa, se parte que el bien incautado, es decir el arma, fue debidamente aprehendida y luego identificada e individualizada, que esta pasó al almacén con los debidos rótulos identificatorios y las firmas de los agentes que por alguna razón funcional manipularon la misma.

Para que la cadena de custodia se rompa tiene que darse un vicio que genere un error o una duda esencial sobre el elemento material probatorio, no se trata de cualquier irregularidad, sino de aquellas que son trascendentes y que pongan en duda la mismidad del objeto. En nuestro caso no se tiene duda respecto a la identidad e individualidad de este elemento, este no se ha confundido con otro bien, por ejemplo, con otro revólver, o de otro calibre, o una pistola. Si analizamos la mismidad del arma se puede concluir, siguiendo la ruta de manipulación de la misma que esta no fue alterada, no se presentaron al respecto irregularidades, el agente que la incautó fue el primero en relacionarla el día del operativo, dejó la numeración interna y externa del arma y esta ha permanecido, incluso tal arma fue presentada en juicio, válidamente por otro investigador y sobre la mismidad no se manifestó en ese escenario nada al respecto.

Es pertinente además reiterar lo dicho allí que el arma era idónea para ser utilizada en su función natural. La afirmación que solo o el único funcionario que puede válidamente exhibir el arma para su autenticación es quien la incautó, es una apreciación ideal, repetimos, pero no es la única, lo primordial es que se constate la existencia de la rectitud de actuación frente a ese bien, que sea este el mismo incautado. Insistimos que esta arma desde un primer momento fue individualizada e identificada, la numeración de la misma fue debidamente consignada y registrada en los formatos de cadena de custodia. Al respecto, jurídicamente hablando, no se tiene tacha y lo afirmado en la sentencia de primera instancia, por lo expresado en esta decisión, no tiene sentido.

Se debe hacer, además, otra claridad frente a las críticas al procedimiento realizado, no estamos en un ambiente perfecto, en donde todos los elementos se tienen, que los agentes están bien preparados, que no se tiene riesgo contra su vida, que la Fiscalía tiene la habilidad suficiente para evitar controversias de este tipo, o que está preparada para enfrentarlas de mejor manera, la realidad que se

vive día a día no es la ideal sino la real, ninguno de los presupuestos antes mencionados se da, sin embargo, acogiendo los términos de la misma Corte Suprema, debe contarse con el "límite de la racionalidad práctica"⁵.

En efecto, recordamos que el operativo se dio en un sector muy deprimido y violento de la ciudad, en la Comuna XIII, en esta el orden público está más que alterado, la hora de ocurrencia de los mismos es de un alto riesgo, es en la madrugada, existió un fundado riesgo para la vida de los mismos policías, laboran ellos sin elementos y sin formación suficientes, pero consideramos que obran con muy buena voluntad y de buena fe. Por ello tales formalidades tienen que modularse teniendo como referente las circunstancias reales en donde ocurrieron los sucesos, exigir el puntilloso mandato legal o reglamentario, de manera exegética e irreflexiva, comportaría al final una autorización para la impunidad, además del desconocimiento mismo de la Constitución, no es entendible que en estos momentos y ante estas circunstancias se tienda más a cumplir la forma por la forma y no lo sustancial de los actos. Lo que hicieron los agentes fue el hacer la requisita, encontrar el arma, exigir el salvoconducto y, ante la negativa del mismo, transportar al indiciado junto con el arma hasta la estación y luego a la Fiscalía. Lo real es que el agente de la policía incautó un arma y esta permaneció inalterada hasta el momento del juicio, en otras palabras, se cumplió con el fin que establecen los artículos 254 a 266 del C.P.P.

En conclusión, en este caso no existe vulneración de cadena de custodia.

7.3. DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO DE CARGO.

Ahora, otro de los puntos tenidos en cuenta por el Juzgado para la absolución fue el no creerle al policía que declaró en juicio por los errores referidos a la dirección y el sitio en el cual se presentó el operativo. Fundamentalmente se controvierte la indefinición del lugar del mismo y la visibilidad tenida por el agente para ver lo ocurrido, sobretodo el instante en el cual el imputado, el día de los hechos, se despojó del arma. En el testimonio rendido por el mismo agente SUAREZ se hizo una descripción de lo ocurrido, para controvertirlo la defensa se valió de una actividad muy diligente y fue la de utilizar un fotógrafo de la Defensoría del Pueblo en orden a reconstruir la escena de los hechos. En ello la Sala no tiene reparo alguno, es válida la refutación de la prueba de cargo. Sin embargo, el contenido de esta actividad y la imposibilidad a la vez de controversia de la prueba de refutación tiene serios reparos como lo observó la Fiscalía, varias de ellas tienen sentido, otras son irregularidades que no trascienden en la definición del caso. Analizamos:

El primero es el lapso transcurrido entre la fecha del operativo y aquella en que se hicieron las fotografías, el hecho ocurrió el 12 de febrero de 2012 y las fotos se

⁵ C. S. de J. SP. Sentencia 25920 del 21-02-07, pg. 79.

realizaron, conforme el mismo informe del fotógrafo, el 07 de mayo de 2014, es decir más de dos años de ocurridos los hechos. Es obvio que el paso del tiempo modifica la escena, por ejemplo, en el caso presente, se afirmó que las plantas sembradas restaban visibilidad, que obvio en el momento de la incautación ellas no existían.

El **segundo** punto relevante tiene que ver con la hora en la cual hicieron las impresiones fotográficas, no es lo mismo que sean a plena luz del día que en las horas en las cuales se hizo la captura, recordamos que fue en la madrugada, ello le resta seriedad al informe.

El **tercero**, la manera como estas se tomaron, no fue de abajo hacia arriba conforme el testimonio de cargo, es decir, subiendo las escaleras, según la versión de la Policía, sino que solo se tuvo en cuenta la versión del imputado, que, entre otras cosas, asistió a esa diligencia. Lo ideal es que fueran ambas versiones, obvio que de lo acaecido podemos concluir que faltó más habilidad por parte de la Fiscalía en orden a contra refutar esa versión, ante la negativa del juzgado están los recursos y las acciones legales, por ejemplo, se pudo presentar otro álbum, conforme al dicho del agente o pidiendo la ampliación del testimonio. O, incluso, de las personas que fueron requisadas en el momento de la incautación. Lo relevante, insistimos es lo observado por el agente de policía, es un error manifiesto que desde la percepción del imputado se concluya que el agente del orden no podía ver, que no tenía visibilidad. Lo coherente es que tal conclusión salga del sitio mismo en donde el agente dice que vio a los sospechosos en un primer momento.

Recuérdese como, en su declaración, es específico en expresar que los hechos de captura se realizaron en la calle 48BG No. 107 - 15, explica el error por la anotación expresada en un contador de gas, que existe y no se puso en duda y que generó el error, igual las distancias, conforme a la fotografía 8 de la Defensoría, son perfectamente probables, los 6 escalones más la altura de los agentes dan la suficiente visión, lo mismo las distancias en las cuales tomaron como punto de referencia el sitio exacto donde dejaron la moto, son 10 metros de allí hasta donde se realizó la captura, la requisita se hizo a los 7 metros, se encontraron los unos bajando y los policías subiendo a una distancia de 5 metros. Es entendible que la defensa pretenda confundir y general dudas, pero del estudio ponderado del hecho, concluimos la veracidad del dicho del agente de la Policía.

Cuarto, el sobredimensionamiento del error cometido por el agente SUÁREZ en el informe según el cual le faltó al final una letra en la nomenclatura de la dirección en donde ocurrió la captura. El mismo agente es consciente del error y lo enmienda, como se explicó son situaciones muy complejas las vividas por los agentes en una zona en la cual se está afectando gravemente el orden público, sin embargo, es el mismo agente el que explica, incluso con las mismas fotografías en

especial la número 8 el lugar exacto en que ocurrió la captura. Como lo hemos dicho es un error que fue aclarado en un momento oportuno, lo importante es establecer el lugar de los hechos según la prueba de cargo, ello se hizo en forma debida. La afirmación del juzgado referida a que el agente por el tiempo laborado en el lugar tenía que conocer las direcciones exactas sin dubitación alguna, es sencillamente una afirmación contraria a la "racionalidad práctica" de que habla la Corte, nadie puede responder plenamente como lo afirma el Juzgado, pueden pasar años de años sin que se dominen las direcciones del vecindario o del sitio del trabajo de manera perfecta.

Quinto, al darle credibilidad al informe del fotógrafo y su declaración, indirectamente se le dio cabida a la intervención del imputado, la manera como ello debió ocurrir es con la declaración de esta persona y, obvio, renunciando al derecho de no declarar contra sí mismo, estar asistido por su defensora y permitir la controversia, ello no se dio en el caso presente lo cual también es una irregularidad, al final esta es prueba de referencia con poca o nula credibilidad.

Sexto: Comparte la Sala la apreciación de la recurrente en el sentido que las jurisprudencias citadas no son precedente obligatorio, ello por cuanto la situación de hecho es diversa, en la sentencia 44741, en el caso que nos ocupa, reiteramos, siempre se tuvo claridad del recorrido del arma, existió en todo el decurso de cadena de custodia, un responsable de su trayecto, nunca desapareció o se puso en duda su paradero, en fin, ello no es comparable con el hecho de aquella jurisprudencia en la cual si se puso en duda el destino del arma que fue materia de ese juicio. En cuanto a la sentencia 43916 es otro el supuesto y más tiene relación con lo ordenado en la audiencia preparatoria.

En conclusión, al desvirtuarse los argumentos presentados por el funcionario de instancia relacionados con la cadena de custodia y el lugar en donde se cometió el ilícito, es pertinente establecer si los elementos de la conducta punible del porte ilegal de armas se da, tenemos la existencia de un arma de fuego apta para ser disparada, conforme al testimonio del agente de policía JHON HERIBERTO SUAREZ PINEDA, al cual se le da credibilidad, a más por cuanto no conoció sino en ese momento al acusado y que no se tiene claridad respecto a algún interés ilícito en su actuación. Por lo anterior, la afirmación sobre lo ocurrido implica la responsabilidad del señor ALEJANDRO RAMIREZ RAMIREZ como la persona que tiró el arma al suelo y que fuera luego recogida por el mencionado agente. Además, tal persona no tiene permiso para el porte del arma lo cual impone la declaratoria de responsabilidad como autor de la mencionada conducta. Es claro que no existen circunstancias que justifiquen su actuación, además que el porte del artefacto se hizo con plena conciencia de su ilegalidad.

En conclusión, el señor RAMIREZ es autor de la conducta punible de porte ilegal de armas.

El paso a seguir sería la celebración de la audiencia del artículo 447 del C.P.P., ello en desarrollo de la garantía de participar en las decisiones que comprometen el destino de un ser humano, es la expresión más garantista de sus derechos, sin embargo, por la pena que la Sala impondrá y habida cuenta que no procede ningún tipo de subrogado penal por el monto de la misma, no tiene sentido la realización de la mencionada diligencia.

El artículo 365 del Código Penal establece para esta infracción una pena de 9 a 12 años de prisión, lo cual determina que el primer cuarto oscila entre 108 a 117 meses, los segundos cuartos de 117 a 135 meses de prisión y el último cuarto va desde los 135 a 144 meses de prisión. Al no contemplar causales de mayor punibilidad y sí la ausencia de antecedentes penales, el cuarto aplicable es el mínimo, consideramos que la pena aplicable es la mínima de tal cuarto, es decir, ciento ocho (108) meses de prisión. Esta este mismo término se aplicará para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Se itera, por la cantidad de pena y las prohibiciones legales, no tiene derecho a ningún subrogado, en consecuencia, se emitirá la correspondiente orden de captura.

Coherentes con todo lo anterior, se revocará la compulsación de copias penales y disciplinarias emitidas en contra del agente de policía el señor JHON HERIBERTO SUAREZ PINEDA y sus compañeros.

EN MÉRITO DE LO ANTERIORMENTE EXPUESTO, EL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria dictada por el juez de instancia en este caso.

SEGUNDO: CONDENAR al señor **ALEJANDRO RAMIREZ RAMIREZ**, con C.C. No. 1.152.202.201 de Medellín, como autor culpable y responsable de la conducta punible de porte ilegal de armas contenido en el artículo 365 del C.P. La pena será de nueve (09) años de prisión, la misma pena se le impondrá para la inhabilidad de derechos y funciones públicas. No es acreedor a ningún subrogado penal. Se emitirá por Secretaría la correspondiente orden de captura.

TERCERO: Se confirmará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Revocar la compulsación de copias penales y disciplinarias ordenada por el juez de instancia.

Sentencia 2da instancia
RADICADO: 05-001-60-00206-2012-10248
PROCESADO: ALEJANDRO RAMÍREZ RAMÍREZ
DELITO: PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES

QUINTO: En contra de esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación conforme lo establecido en los artículos 180 y siguientes del C.P.P. Por Secretaría se darán las comunicaciones de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado ponente



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

-en permiso-

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

11

