



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP160-2017

Radicación n° 44741

Aprobado acta n° 7

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero dos mil diecisiete
(2017)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 21 de julio de 2014, mediante la cual revocó la sentencia absolutoria que emitió el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, el 20 de agosto de 2013, condenando al mencionado procesado como autor del delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en circunstancia de agravación punitiva.

HECHOS

De acuerdo a los hechos declarados como demostrados en la sentencia recurrida, el 26 de enero de 2012, siendo aproximadamente las 15:35 horas, unidades de la Policía Nacional que se encontraban realizando patrullaje por la vereda Puelenje de la ciudad de Popayán, fueron informadas por el conductor de una buseta de servicio público que momentos antes dos hombres habían intentado, de manera violenta, hurtarle un bolso a una pasajera cuando el automotor se desplazaba por la iglesia de esa localidad.

Obtenida la descripción de los asaltantes, los uniformados salieron en su persecución, dándoles alcance

cuando se movilizaban por la carrera 21C con calle 17 de ese sector veredal, momento en el cual observaron que uno de ellos arrojó un objeto al solar de una residencia. Al registrar el área los policiales hallaron un arma de fuego.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Uno de los aprehendidos, en razón de su minoría de edad, fue dejado a disposición de la justicia penal para adolescentes, en tanto, con fundamento en los anteriores hechos, la Fiscalía presentó a YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR ante el Juez Segundo Penal Municipal ambulante, con función de control de garantías de Popayán, formulándole imputación en calidad de coautor de los delitos de *Hurto Calificado*, y *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, ambos cometidos en circunstancias de agravación punitiva, en concurso de conductas punibles, allanándose al primero de los cargos. En su contra se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Sin embargo, el 15 de junio de 2012, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Popayán, en curso de la audiencia de individualización de pena y sentencia, aceptó la retractación del procesado MARTÍNEZ PALECHOR en relación con su allanamiento a cargos por el delito de *Hurto calificado y agravado*.

Presentado el escrito de acusación por parte de la Fiscal Cuarta Seccional de Popayán, en relación con los delitos de *Hurto Calificado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, cometidos en circunstancias de agravación punitiva, le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 8 de octubre de 2012 y 14 de febrero de 2013, respectivamente.

En curso de la audiencia preparatoria, el acusado MARTÍNEZ PALECHOR aceptó su responsabilidad por el delito de *Hurto Calificado*, cometido en circunstancias de agravación punitiva, con lo que fue decretada la ruptura de la unidad procesal.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 8 de marzo y 3 de abril de 2013. Clausurado el debate, se anunció el sentido del fallo declarando inocente al acusado YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR por el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, agravado.

El 20 de agosto de 2013, el mismo despacho judicial emitió el fallo absolutorio, siendo impugnado mediante recurso de apelación por la representante de la Fiscalía.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, en decisión del 21 de julio de 2014, revocó el fallo, condenando a YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR, en calidad de coautor del delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en la circunstancia de agravación punitiva de haber obrado en coparticipación criminal (artículo 365-5 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011), a la pena principal de 220 meses de prisión. Le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

Oportunamente el defensor del condenado MARTÍNEZ PALECHOR interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y mediante auto del 27 de abril de 2016 fue admitido el segundo reproche contenido en la misma.

FUNDAMENTOS DEL CARGO ADMITIDO

Al amparo del numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia por violación indirecta de la ley, proveniente de un error de hecho por falso raciocinio.

Se fundamenta el cargo en que el arma de fuego incautada y que fue objeto de estudio pericial de balística, no fue sometida al sistema de cadena de custodia que garantizara su inalterabilidad como elemento de prueba,

con lo que resultaron trasgredidos los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004.

Asevera el recurrente que la Fiscalía no se ocupó, como era su obligación, de acreditar la mismidad del arma de fuego, pues no presentó el documento relacionado con la hoja de ruta de la evidencia ni interrogó a los testigos sobre ese aspecto.

Afirma que esa obligación no se suple con el testimonio del perito que fue presentado en el juicio, quien sólo pudo dar cuenta de las condiciones del arma que le fue presentada para su estudio, pero no puede sostener que se tratara de la misma que había sido incautada.

Advierte que el agente de la Policía Nacional, presente en el juicio, sólo pudo exponer las circunstancias en que halló el arma, limitándose en materia de cadena de custodia a afirmar que hizo entrega de ella en la URI de la Fiscalía, sin que con ello pueda ser posible concluir que el artefacto recogido en la escena fue el mismo presentado al perito y ofrecido en el juicio.

Sostiene que de conformidad con el mandato del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas está a cargo de la parte que los presente, por lo que no es suficiente la afirmación del Tribunal en el sentido de concluir, como si se tratara de una presunción,

que no existió fundamento alguno para considerar que la evidencia física haya sido alterada.

Agrega que el arma de fuego no tiene la calidad de elemento único e irrepetible, por lo que existe la posibilidad de que aquella evidencia haya sido cambiada, confundida o alterada. De allí que dar por acreditada la mismidad de dicho elemento es fundamentar su mérito probatorio en la mera intuición del juzgador.

Así las cosas, concluye, existen serias dudas sobre la existencia del objeto material del tipo penal previsto en el artículo 365 del Código Penal, por lo que no se obtuvo el grado de «certeza» en los términos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación de la demanda, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. El demandante

Reiteró los reproches consignados en su demanda, en el sentido que la Fiscalía no acreditó que el arma de fuego incautada haya sido sometida al procedimiento de cadena de custodia.

De esa manera, expresó que la Fiscalía no acreditó la hoja de ruta de la evidencia, los testigos no fueron

interrogados sobre las características del arma de fuego y tampoco ofreció otra fuente de información alternativa para acreditar la autenticidad de dicha evidencia.

Adujo que el arma de fuego que, según lo informado por los policías, había sido incautada durante el procedimiento, no es único e irrepetible, siendo altas las posibilidades de confusión con otro artefacto similar, por lo que su mérito probatorio no podía dejarse librado a la mera intuición, que fue lo que hizo el Tribunal cuando concluyó que no existían motivos para dudar de su autenticidad.

Por lo tanto, concluyó, no pudiéndose conferir mérito probatorio alguno a la referida evidencia, no es posible llegar al grado de conocimiento exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, debiéndose casar la sentencia para sostener la absolución del procesado.

2. La Fiscalía

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación expresó estar de acuerdo con la pretensión del demandante, planteando que en efecto no existió cadena de custodia respecto del arma incautada.

Reconoció que la Fiscalía no cumplió con su tarea, que además era fácil de realizar, en relación con la acreditación de la autenticidad del arma, pues hubiese bastado con que los policías que la recogieron, la hayan descrito y

reconocido en el juicio oral y público.

Por lo anterior, admitió que el Tribunal en su decisión se mantuvo en un nivel especulativo cuando sostuvo que no habiendo motivos para suponer que alguien pudiera cambiar la evidencia, se trataba de la misma arma de fuego incautada.

Por eso, finalizó, le asiste razón al demandante al solicitar casar la sentencia de condena.

3. La Procuraduría

La representante del Ministerio Público afirmó que aunque las irregularidades en el proceso de cadena de custodia no son suficientes para desacreditar la autenticidad de la evidencia, en este caso en particular se tiene que el patrullero que llevó a cabo la incautación del arma de fuego, describió el lugar donde la encontró, pero ninguna referencia hizo sobre las características del cuestionado elemento.

De manera, entonces, que la Fiscalía no cumplió con su labor de autenticar el objeto encontrado, entregado en la URI y examinado por el perito, por lo que el Tribunal no podía suponer la existencia del arma y su no suplantación.

Por lo anterior, estima que el cargo tiene vocación de prosperar y debe casarse la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 *ibídem*.

Bajo la égida de la causal tercera de casación –art. 181, numeral 3, de la Ley 906 de 2004–, el demandante denuncia que el *ad quem* incurrió en error de hecho que concreta en un falso raciocinio, el cual dice, recae sobre la autenticidad del arma de fuego presentada por la Fiscalía como elemento material del delito objeto de reproche penal.

El error, según lo propone el apoderado del procesado, se presentó cuando el Tribunal asumió la autenticidad de la evidencia, no obstante que el arma de fuego incautada no fue sometida al protocolo de cadena de custodia y tampoco a otro mecanismo de autenticidad que garantizara su mismidad, con lo que no se demostró por parte del acusador que el artefacto sobre el cual el perito en balística conceptuó su idoneidad fue el mismo que, según el relato de los agentes de

policía que intervinieron en el procedimiento de captura del acusado, fue incautado al acusado.

En relación con el error propuesto por la defensa del acusado, conviene recordar que la Corte ha expresado que:

[e]l ataque que en sede de casación se emprende contra las irregularidades en la cadena de custodia, le impone al demandante la carga de probar, no sólo que aquella no se cumplió, o que se cumplió defectuosamente, sino que la autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física no logró establecerse por otros medios, y que existen fundados motivos para creer que el elemento no es genuino, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación.¹

Antes de determinar si en efecto el Tribunal incurrió en el error de hecho por falso raciocinio denunciado y para asegurar la comprensión de la decisión que adoptará la Sala, se sintetizan a continuación los fundamentos probatorios de la sentencia impugnada.

La existencia del hecho que tipifica el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, fue explicada en la decisión impugnada a través del testigo presencial, Marvin Alexi Cadavid Paredes, patrullero de la Policía Nacional, quien en su intervención en juicio sostuvo haber visto al procesado cuando ante el acoso policial se desprendió de un objeto

¹ CSP SP, 17 abr. 2013, rad. 35.127, reiterada en AP2202-2015, rad. 45469.

que arrojó a un solar, lugar donde encontró el arma de fuego al lado de un árbol de plátano, expuesto a la vista, sin que en ese sitio se hallara otro elemento que pudiera conducir a alguna confusión sobre el expulsado.

De esa manera, entendió el *Ad quem* satisfecha «la individualización de dicho elemento», lo que en su parecer, sumado a la demostrada idoneidad del arma incautada y a la ausencia de permiso para su porte, estructuró la conducta punible de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, cometida en la circunstancia de agravación punitiva relativa a la coparticipación criminal.

En relación con los cuestionamientos relacionados con la cadena de custodia, el Tribunal adujo que el arma que fue objeto de estudio pericial es la misma hallada, recogida y embalada en la escena de los hechos, lo que infiere de los testimonios del Patrullero Oswaldo Lizcano Lis y del perito en balística John Jairo Sánchez Gómez, pues el primero declaró que dejó a disposición de los policías de actos urgentes el arma recolectada, mientras el otro sostuvo que la recibió y la examinó, por lo que no existe duda que se trataba del mismo artefacto.

A tales conclusiones se llegó por el juez colegiado bajo los supuestos de que «no hay sospecha de que el revólver dejado a disposición de la URI, sea diferente al puesto a disposición del perito para endilgar responsabilidad, y por

otro lado, no se evidencia animadversión por parte de los policías, como para pensar que quisieran perjudicar a una persona inocente».

En esa línea de pensamiento, revela el Tribunal que fue demostrada la autenticidad del arma de fuego, en tanto no se advirtió la existencia de un interés perverso por parte de los policías en cambiar la evidencia, lo que deduce con fundamento en *«las reglas de razonabilidad como el sentido común, la lógica de la prudencia y la buena fe».*

Así las cosas, más allá de la discusión que pudiera suscitarse en relación con la existencia misma del arma de fuego que, de acuerdo a la tesis sostenida en la sentencia recurrida, fue empleada momentos antes para la comisión de un delito contra el patrimonio económico, el cargo admitido discurre en la crítica a aquellas conclusiones que informan de la estructura típica de la conducta con fundamento en que el artefacto descrito y presentado en el juicio por la Fiscalía a través del perito en balística John Jairo Sánchez Gómez es el mismo que, según se dio por demostrado, era portado sin permiso de autoridad competente por quien finalmente resultó sujeto de condena penal.

Bajo este entendido, el aspecto materia de análisis consiste en establecer si se cumplió con la condición de la autenticidad de la evidencia, como factor determinante para la configuración normativa de la conducta punible, pues la

misma debió recaer sobre el objeto configurativo del tipo penal relacionado con el arma de fuego.

Esta Corporación ha tenido oportunidad de definir que la autenticación de evidencias físicas tiene un claro contenido factual, por lo que es un tema de prueba referido a la demostración de que *“una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”*².

En esta medida, a efectos de llevar a cabo la autenticación de las evidencias físicas, aunque en todos los casos debería prevalecer la sujeción a los protocolos de cadena de custodia, la parte que la aporta se encuentra en libertad de solicitar los medios probatorios que considere más adecuados e idóneos para su demostración, prevaleciendo en tal sentido el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, que establece en su artículo 373 que *“los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”*.

Así, la Sala ha subrayado la obligación constitucional (artículo 250 de la Constitución Política) y legal (artículos 205, 209, 254 y siguientes y 277, entre otros, de la Ley 906

² CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 3 sep. 2014, rad. 41908; CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

de 2004)³ de sujeción a la cadena de custodia como método de autenticidad por excelencia, con la que se pretende el aseguramiento de las evidencias físicas, a fin de evitar su alteración, modificación, suplantación o falseamiento, lo que determina la vigencia del principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores⁴.

Sobre la trascendencia que en materia de valoración probatoria tiene la guarda de los protocolos de cadena de custodia, se ha puntualizado lo siguiente:

*[l]a Sala **aclara** que lo concluido en otras ocasiones en el sentido de que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras), **no significa**: (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal.⁵*

³ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

⁴ CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598.

⁵ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

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

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

En tal evento, la parte debe ofrecer los medios probatorios tendientes a la articulación de los factores que, en orden a establecer su pertinencia, determinen la mismidad de la evidencia física, esto es, presentando los testimonios a través de los cuales se pueda demostrar que el instrumento recogido es el mismo presentado como prueba ante el juez de conocimiento⁶.

⁶ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, observa la Sala que, de acuerdo a lo probado por la Fiscalía, el día 26 de enero de 2012 se recuperó un arma de fuego durante el procedimiento llevado a cabo en la vereda Puelenje de la ciudad de Popayán, atribuyéndose al procesado YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR su porte sin permiso de autoridad competente. Las partes, valga decirlo, estipularon la ausencia de ese requisito administrativo.

El arma de fuego fue recogida por los patrulleros Marvin Alexi Paredes Cadavid y Oswaldo Lizcano Lis, quienes así lo declararon el juicio, sin que se acreditara que hayan embalado técnicamente la evidencia, pues ambos policiales manifestaron que la llevaron en sus manos a la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía⁷.

Con ello se evidencia que los uniformados pretermitieron, en relación con el mencionado elemento material probatorio o evidencia física, el inicio de la cadena de custodia, en tanto en camino de convertirse en prueba en el juicio oral, era necesario que registraran en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió.

Por su parte, el técnico profesional en balística John Jairo Sánchez Gómez, declaró que el 27 de enero de 2012 recibió de parte del funcionario de policía judicial de la

⁷ Registro de audio, juicio oral, min. 01:44:00 y 02:08:50.

Sijin, Andrés Villa Quintero, una arma de fuego embalada en una caja de cartón, rotulada y con registro de cadena de custodia, artefacto que en su pericia describió como arma de fuego tipo pistola de fabricación hechiza, compatible con munición de calibre .38, con dos cartuchos del mismo calibre, dictaminando su aptitud para realizar disparos⁸.

Sin embargo, el perito Sánchez Gómez no presentó en su intervención en el juicio los rótulos y registros de cadena de custodia a los que hizo alusión, tampoco fue presentada el arma de fuego examinada.

Con lo anterior, no es difícil concluir que en este caso no se aplicó el procedimiento de cadena de custodia, puesto que según lo reconocieron los mismos agentes de la policía que participaron del encuentro y recaudo del arma de fuego, no dieron, desde ese momento, inicio a dicho protocolo, limitándose su actuación a recoger la evidencia y llevarla en sus manos hasta las instalaciones de la URI, donde se desconoce la suerte que corrió el objeto, su embalaje y forma de preservación.

Sin ningún fundamento, el perito John Jairo Sánchez Gómez aseguró en su testimonio que el arma de fuego que examinó fue la misma que recogieron los policías de vigilancia, aduciendo que se encontraba debidamente

⁸ Registro de audio, juicio oral, min. 01:44:00.

embalada, rotulada y sometida a registro de cadena de custodia.

De ello no se presentó prueba alguna, por lo que se tiene que inferir que se pretermitieron las formas previstas en el artículo 254 de la Ley 906 de 2004, relativas a la obligación de aplicar los factores atinentes a la cadena de custodia, desconociéndose por completo el nombre y la identificación de las personas que hayan estado en contacto con el elemento, pues ello no puede suponerse, como lo hace el juez *ad quem*, sino acreditarse con los debidos formatos de registro ignorados por la representante de la Fiscalía.

De esta manera, ausente la aplicación de los protocolos de cadena de custodia sobre el arma de fuego, la acusadora no se encontraba relevada del deber legal de demostrar su autenticidad, motivo por el cual le correspondía la carga de acreditar la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física por medios distintos, para lo cual contaba en su favor con la facultad de acudir a cualquier medio de conocimiento, en razón del principio de libertad probatoria.

No obstante, la Fiscalía ni se ocupó del asunto. Presentó en el juicio a los dos patrulleros de la Policía Nacional Marvin Alexi Paredes Cadavid y Oswaldo Lizcano Lis, a quienes ninguna pregunta formuló en relación con las particularidades del arma de fuego recogida por ellos. Se supo, en virtud del conainterrogatorio realizado por la

defensa, que los policías omitieron dar inicio a la cadena de custodia, pero no fueron interrogados sobre las características y condiciones de la evidencia física.

De hecho, según puede constatar la Sala, el arma de fuego no fue presentada físicamente en el juicio por la Fiscalía y, con ello, ningún cuestionamiento se hizo a los testigos que declararon sobre su recaudo, dirigido a establecer su autenticidad, esto es, a que reconocieran delante del juez que el elemento en cuestión era el arma de fuego que, según venían de afirmar, fue encontrado en el solar de una residencia luego de haber sido arrojado por el acusado MARTÍNEZ PELECHOR.

En lo que atañe al perito John Jairo Sánchez Gómez, su declaración no podía ir más allá de dictaminar sobre las condiciones del arma de fuego y la munición puestas a su consideración en el laboratorio, como en efecto ocurrió. En el juicio recreó las características de esos elementos dejados a su disposición y dictaminó sobre su idoneidad para producir disparos. No se encontraba en condiciones de declarar, como equivocadamente lo hizo, que se trataba del arma de fuego recogida en la escena de los hechos, en tanto carecía de la condición de ser testigo con conocimiento “*personal y directo*” de los acontecimientos.

En consecuencia, a falta de sujeción a los protocolos de cadena de custodia, si la intención de la representante de la Fiscalía hubiese sido demostrar a través de otros

medios probatorios la existencia del arma de fuego incautada al procesado y, además, acreditar su aptitud e idoneidad para producir disparos, le correspondía orientar sus interrogatorios en el sentido de que los testigos que la recogieron la identificaran en el juicio y, por otro lado, a que el perito hiciera su valoración técnica, articulando en materia demostrativa la autenticidad del elemento de tal manera que resultara probado que el arma recaudada fue la misma objeto de la pericia y la presentada ante el juez de conocimiento.

Sobre este aspecto en particular, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse:

En el mismo sentido, si un policial le halla al acusado un arma de fuego y la misma es remitida al perito en balística para que dictamine sobre su idoneidad para disparar, es necesaria la declaración de ambos testigos. Si sólo se lleva el testimonio del experto, lo único que se habrá demostrado es que el arma es idónea para los fines que le son propios, pero no habrá prueba de que ese fue el artefacto hallado al procesado, porque el perito no participó en el proceso de incautación.⁹

Definido lo anterior, los errores del Tribunal al revocar la sentencia absolutoria de primer grado se hacen evidentes y ciertamente, como lo propone la defensa del acusado, son constitutivos de un falso raciocinio cuando pretende reemplazar la carga probatoria que tenía la Fiscalía de demostrar la autenticidad de la evidencia, por unas

⁹ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

supuestas reglas de la experiencia que nomina como «*el sentido común, la lógica de la prudencia y la buena fe*», para sostener con notable apelación a falacias de inducción deficiente, que por no existir sospecha de que el arma de fuego haya sido cambiada, debe concluirse que se trata de la misma incautada.

Lo que en realidad lleva a cabo el fallador de segunda instancia es suponer la autenticidad del arma de fuego al confiar la buena fe en la actuación de los policiales, sin que en ese propósito ofrezca ninguna razón probatoria que justifique su apreciación.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, atrás citado, correspondía a la Fiscalía la demostración de la autenticidad de la cuestionada evidencia física. Esa obligación material en manera alguna puede ser obviada y mucho menos sustituida con predicados presuntivos como el de la buena fe y la prudencia, cuando en realidad la existencia del arma de fuego constituye para el delito imputado el eje de la tipicidad de la conducta endilgada.

Tampoco podía el Tribunal aducir, como en efecto lo hace, que no se haya probado algún resquemor de los funcionarios de policía hacia el acusado como sustento de un interés en perjudicarlo, para dar por acreditada la autenticidad del medio de prueba. Ello significa no solamente una inaceptable inversión de la carga de la

prueba sino, más grave aún, una desviación en el curso del tema de prueba ante la exigencia absurda de acreditar por parte del procesado un interés maligno por afectar sus intereses, cuando en realidad correspondía al acusador la concreta y material demostración de cada uno de los elementos estructurales de la conducta punible.

Así las cosas, no es posible determinar que el arma de fuego al que en extenso se refirió el perito John Jairo Sánchez Gómez, sea la misma recogida en el lugar de los hechos por los agentes de policía y que, según la teoría de la Fiscalía, era portada sin permiso de autoridad competente por el acusado MARTÍNEZ PALECHOR.

Dicha imposibilidad, derivada de la ausencia de prueba sobre los hechos presentados en la acusación, impide la emisión de un juicio de reproche porque evidentemente no fue desvirtuada la presunción de inocencia del acusado en tanto se omitió la demostración de uno de los elementos que estructuran el tipo del artículo 365 del Código Penal, esto, el arma de fuego como objeto de porte no autorizado por las autoridades correspondientes.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará la decisión de segundo grado y, en su lugar, otorgará plena vigencia al fallo de absolución impartido por el juez *a quo* en relación con el procesado YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR.

En relación con este proceso, relativo al delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en circunstancia de agravación punitiva, por el cual fue condenado por el Tribunal Superior de Popayán, se libraré orden de libertad en favor de MARTÍNEZ PALECHOR.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 21 de julio de 2014, en razón de la prosperidad del cargo formulado en la demanda presentada por el abogado defensor del acusado YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores determinaciones, dejar en firme la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Popayán, mediante la cual absolvió a YANID DUVÁN MARTÍNEZ PALECHOR, por el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en circunstancia de agravación punitiva.

TERCERO: Expídanse la orden de libertad en favor del procesado en mención, en relación con este proceso, la que se hará efectiva en caso de no ser requerido por otra autoridad.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Casación

Radicado. 44741

Acta No. 07 de 18 de enero de 2017

Respeto el criterio mayoritario de la Sala, pero aclaro voto por las razones ya expresadas en el radicado 43726, en lo relacionado con la prueba estipulada en este proceso, vinculada con la aceptación que el procesado MARTÍNEZ PALECHOR portaba el arma sin permiso de autoridad competente. El objeto de esa estipulación compromete la responsabilidad y no podía ser objeto del pacto en referencia.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado