REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Sentencia Penal No:	05
Radicación:	523786000518-2016-00159 NI: 29257
Acusado:	LEMR
Delito:	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.
Acta de Aprobación:	59 del 7 de marzo de 2022

SENTENCIA CONDENATORIA - Prueba suficiente para condenar: Valoración.
PRUEBAS - Libertad probatoria.
CADENA DE CUSTODIA - Autenticidad de la evidencia física.
CADENA DE CUSTODIA- Libertad probatoria.
CADENA DE CUSTODIA - Fractura o desconocimiento: consecuencias jurídicas, en punto de la demostración de los elementos estructurales del delito base de acusación.
CADENA DE CUSTODIA - Los problemas que surjan por fractura o desconocimiento conciernen a la valoración de la evidencia no a su legalidad.
FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES – Demostración de la tipicidad objetiva y subjetiva.

(...) aunque la cadena de custodia debidamente documentada en cada uno de sus eslabones es el mecanismo ideal para identificar y autenticar la evidencia física que se lleva al juicio (...) no es este el único mecanismo disponible en el sistema probatorio Colombiano para tal efecto, en el que se maneja la regla de libertad probatoria (...)
(...) la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, esto es que la omisión de la cadena de custodia o su alteración no implica per se la exclusión de la evidencia o de los hallazgos, porque lo único que pudiera quedar en entredicho es la autenticidad del elemento; de suerte que este tipo de problemas trasciende los debates de la existencia y legalidad de la prueba, para que sean determinados en la valoración de la evidencia, lo que llama al Juez de la Causa a definir los asuntos de acuerdo con las particularidades de cada caso (...)
(...)La Fiscalía pudo acreditar con el testimonio del funcionario de Policía Judicial, que hubo continuidad en el protocolo de custodia del arma de fuego tipo pistola incautada, en la medida que este experto balístico (...) recibió el arma de fuego confiscada a MR para que le realizara la inspección preliminar de identificación del artefacto y establecer técnicamente el estado de funcionamiento de sus mecanismos de disparo, (...) lo mismo que certificó que el artefacto le fue entregado debidamente embalado, rotulado y con su respectivo registro de cadena de custodia(...)
Con todo, el escaso tiempo transcurrido entre el momento de la captura en flagrancia e incautación del arma, y la práctica de la experticia balística, reduce ostensiblemente cualquier asomo de duda sobre que el arma de fuego descubierta en poder del señor LEMR haya podido ser cambiada o modificada por los funcionarios del orden que intervinieron en dichas actividades (...)
(...)Para la Sala, resulta bastante exagerado y revestido de incorrección jurídica que, muy a pesar de que el apoderado de la defensa ningún reparo o cuestionamiento hubiera realizado en la alegación final del juicio sobre la

Cadena de Custodia respecto del elemento de fuego incautado a su cliente, ni hubiera presentado experticia alguna directa para acreditar cualquier circunstancia relativa a la modificación del elemento (autenticidad), en desmedro de los intereses de su poderdante, (...) el Juez de primer grado haya adoptado paladinamente la fortísima decisión de excluir el elemento material del delito (arma de fuego tipo pistola) por deficiencias en la acreditación de la Cadena de Custodia, y con ello determinarse por la absolución del señor MR por falencias en la demostración del tipo penal (...), cuando este tipo de problemas no se resuelven en punto de la legalidad de la prueba sino en el de la autenticación de la evidencia, estadio que corresponde con la valoración, lo cual no se advierte complejo por la judicatura de segunda instancia dada la secuencialidad y coherencia de los relatos orales ofrecidos en juicio por uno de los policiales que realizó la captura en flagrancia y por el encargado escasas horas después de practicarle la experticia técnica y de fijarlo como "MACROELEMENTO", tal cual se lo aportó en juicio a través de fotografía.

Así las cosas, le asiste razón al Fiscal 45 Seccional de La Cruz (Nariño), que funge como impugnante, en las argumentaciones planteadas para atacar el fallo absolutorio, dado que las probanzas que tuvo a bien aportar al plenario establecen con suficiencia la materialidad de la infracción atentatoria de la seguridad pública por la que se procede, ya que no solo con ellas se arrima a un grado de conocimiento "más allá de toda duda razonable" de que el punible establecido en el artículo 365 del Código Penal ha tenido ocurrencia, porque el señor LEMR fue hallado en poder (portando) un arma de fuego tipo pistola y totalmente desprovista de permiso o autorización oficial para su porte, (...)
Este hallazgo del artefacto de fuego, unido a la demostración de la aptitud o capacidad del arma incautada tipo pistola para potencialmente causar daños a la vida o a la integridad de las personas, y la acreditación de la ausencia de un permiso oficial de los organismos militares para la tenencia libre o el porte del elemento, (...), constituye un acervo fuerte y suficiente para llevarnos al grado de convencimiento probatorio exigido por el artículo 381 procesal penal para el proferimiento de sentencia condenatoria en su contra(...)

_____

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, once (11) de marzo del dos mil veintidós (2022)

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procedente del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz (Nariño) ha llegado a esta Corporación Tribunalicia el proceso penal adelantado en contra del señor LEMR como probable autor material responsable del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, previsto en el artículo 365 del Código Penal.

Corresponde revisar por vía de apelación interpuesta por el Fiscal del 45 Seccional de la Cruz (Nariño), doctor SINIBALDO PAZ CASTILLO, que ha venido siendo encargado del caso, la sentencia absolutoria emitida el día 28 de marzo de 2019 en favor del filiado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Cuenta la historia procesal que los acontecimientos base de juzgamiento tuvieron ocurrencia el día 10 de octubre de 2016 aproximadamente a las 21 horas y 40 minutos de la noche en la municipalidad de La Cruz (Nariño), cuando los patrulleros de la Policía de vigilancia de la Policía Nacional JHON HANER SINISTERRA MAYORGA y JONATHAN LÓPEZ BERNATE capturaron en clara e indiscutible situación de flagrancia al señor LEMR cuando se encontraba en una calle de la zona urbana llevando al cinto o en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo pistola, calibre 7.65, marca Pietro Beretta, de fabricación Italiana, con empuñadura color negro de madera, distinguida con el número 033857, con un proveedor metálico para la misma, respecto de la cual no se presentó salvoconducto o permiso oficial para su porte o tenencia. En las labores destinadas a los actos urgentes se practicó examen balístico al arma, por parte del funcionario de la Policía Nacional, con funciones de Policía Judicial, Patrullero ANDERSON GÓMEZ ARCOS, quien certificó sobre las características del arma de fuego y su APTITUD para disparar y causar lesiones.

Surtida la formulación de imputación correspondiente el día 11 de octubre de 2016, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de La Cruz

(Nariño), actuando en funciones de control de Garantías, se radicó en contra del señor MR escrito de acusación por el Fiscal 45 Seccional de La Cruz, doctor SINIBALDO PAZ CASTILLO, atribuyéndole responsabilidad como autor del delito tipificado en el artículo 365 de la Codificación Sustantiva Penal, que trata de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, el cual conmina penas de prisión entre nueve (9) y doce (12) años para "*El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones".* No se alinderaron circunstancias genéricas o específicas de mayor o menor punibilidad, modificadoras o no modificadoras de los límites punitivos.

El asunto correspondió por competencia territorial al Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz (Nariño), en donde se realizó la audiencia pública de formulación de acusación el 7 de julio de 2017, en donde se le atribuyeron los mismos cargos de responsabilidad penal que aparecen previamente consignados.

Luego, en sesiones presenciales celebradas durante los días 28 de febrero y 20 de junio de 2018 se llevó a cabo la audiencia preparatoria; en esta última fecha se decretaron en favor de la teoría del caso de la Fiscalía los testimonios de ANDERSON GÓMEZ ARCOS y de JHON HANER SINISTERRA MAYORGA, así como fueron admitidas como pruebas documentales un informe sobre la investigación de campo realizada al arma incautada para probar su idoneidad o potencialidad de daño y una constancia del Departamento de Control y Comercio de Armas sobre la inexistencia de salvoconducto para porte en favor del acusado LEMR. La defensa no requirió medio de prueba alguna para

ser practicada en juicio, en favor de su cliente. Entre los días 4 de diciembre de 2018 y 12 de febrero de 2019 se llevó a cabo la audiencia pública de juicio oral; en esta última ocasión se anunció el sentido de fallo absolutorio, el cual se consolidó con la lectura de la sentencia correspondiente el 28 de marzo de 2019, la cual ha sido impugnada debidamente por la Fiscalía y ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

LA SENTENCIA APELADA

Adujo el Juez de Conocimiento en el lacónico fallo que la sentencia sería absolutoria porque no encontraba configurados los elementos estructurales del tipo penal de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES por el cual se procedía, *"...ya que no se cumplió con la condición de la autenticidad de la evidencia relacionada con el arma de fuego".*

Se afirmó que, de acuerdo con la declaración rendida en juicio por el patrullero de la Policía Nacional JHON HANIER SINISTERRA MAYORGA, el día 10 de octubre de 2016 practicó un registro al ciudadano LEMR y le encontró en la pretina del pantalón un arma de fuego, motivo por el cual lo capturó y lo puso a disposición de la Fiscalía, pero que –no obstante- nada señaló acerca de la incautación del artefacto, en el sentido de si fue embalado o desplazado hacia el laboratorio, por ejemplo. Dice que entonces se concluye *"La ausencia del inicio de la cadena de custodia en torno al elemento material probatorio a que hace alusión el agente de policía, ya que no hay conocimiento de un acta donde se haya registrado la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió tal y como se establece en el inciso segundo del artículo 254 del C. de P. P.".*

Por otro lado, indica el Juzgador de primer grado que el patrullero ANDERSON GÓMEZ ARCOS, quien es el Técnico en Balística de la Policía Nacional que testificó sobre las características del arma y su estado de funcionamiento, refirió en el contrainterrogatorio de la Defensa que se había cumplido la cadena de custodia alrededor del arma incautada, y que la evidencia había sido rotulada y embalada, pero no presentó en su intervención dentro del juicio los rótulos y registros de la cadena de custodia a la que hizo alusión, como tampoco exhibió el arma de fuego peritada. Que además no se acreditó en el juicio que él hubiera sido un testigo con conocimiento personal y directo de los acontecimientos.

Se aduce que, al no existir aplicación del procedimiento de cadena de custodia, no es posible eximir a la Fiscalía del deber legal de demostrar la autenticidad del arma de fuego por cualquier otro medio, en virtud del principio de libertad probatoria, lo cual también pasó por alto, *"De ahí que se concluya que la acusadora se relevó del deber de demostrar la autenticidad del arma de fuego sobre la cual se predica el porte ilegal y, así mismo, la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física, para lo cual contaba en su favor con la facultad de acudir a cualquier medio de conocimiento, más, no fue así".*

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACION

El Fiscal 45 Seccional de La Cruz (Nariño), doctor SINIBALDO PAZ CASTILLO, expuso su inconformidad respecto a la decisión del Juez de primera instancia de emitir sentencia absolutoria a favor del ciudadano LEMR, y en su sustentación oral refirió que básicamente la judicatura ataca la Cadena de Custodia, que se debió llevar en este proceso sobre el arma.

Indica que esa cadena de Custodia fue patentizada en la audiencia del juicio cuando la misma defensa fue reiterativa y enfática en el contrainterrogatorio del patrullero que incautó el arma y del que la revisó para establecer sus características y funcionalidad, sobre si el arma era la misma. Aduce que no hay duda que esa arma fue la que tenía el acusado el día de los hechos, la que le fue incautada y que se entregó a quien practicó la pericia balística; que además no se ha discutido esa "mismisidad" del artefacto en el juicio oral, eso sí hasta el momento de la sentencia, que es cuando el Juez [no las partes] pone en duda la "mismisidad" del arma, asunto que estaba claro para los intervinientes.

Refiere que si el arma incautada es la misma sobre la que se practicó la experticia balística, entonces no hay lugar a la absolución, y que en el radicado 44741 de 2017 la Corte decidió un caso similar en el que dijo que los problemas de Cadena de Custodia son de autenticidad de la evidencia, y que en este caso no hay duda sobre que ese elemento que aparece en el experticio técnico fue el incautado a LEMR el día de los hechos; nadie aduce que este hubiera podido ser cambiado por uno diferente. Como quiera que la misma Corte adujo en el fallo referido que la cadena de custodia puede demostrarse con cualquier medio de prueba, incluyendo los testigos que tengan conocimiento personal y directo del asunto, entonces son los patrulleros JHON HANER SINISTERRA MAYORGA y ANDERSON GÓMEZ ARCOS los que pueden dar fe de la identidad del artefacto de fuego incautado, porque estuvieron en contacto con él.

Dice que no se puede discutir en este caso la "mismisidad" del arma, de suerte que todo coincide en que se ha demostrado la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado MR, por lo cual solicita revocar la absolución y proferir sentencia de condena en segunda instancia.

El apoderado de la Defensa, doctor JULIAN CASTAÑO TRIANA solicitó que el Tribunal confirmara la sentencia absolutoria y adujo de manera explícita que se remitía a los argumentos que había expuesto en curso de los alegatos conclusivos, en cuyo desarrollo había indicado que "EL DERECHO NO ES DE SENSACIONES", pero que *"tenía la sensación, basado en su experiencia en el ejercicio profesional en el derecho penal, que el Fiscal se había quedado corto en la demostración del hecho*", ya que hay un experticio técnico practicado al arma de fuego pero que para él no era confiable, porque el perito había realizado un solo disparo para establecer las condiciones de funcionamiento en las que se encontraban los mecanismos de disparo. También indicó que *"le quedaba la sensación de que el patrullero que había operado la captura dudaba de la identidad del tipo que capturó"* y que por ello no encontraba establecida la "certeza" (sic) para que se emitiera sentencia condenatoria, de suerte que había lugar a favorecer a su cliente con la presunción legal de inocencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1.- Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

2.- Problema jurídico a resolver.

¿Se ha recopilado la prueba necesaria para condenar al LEMR como autor material del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES que se le imputa?

3.- Aspectos preliminares.

Sea lo primero indicar que el aspecto jurídico a considerar en este caso no es diferente a establecer si el acervo probatorio recopilado legalmente establece, con la suficiencia exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal vigente (más allá de toda duda), la configuración del delito atentatorio de la seguridad pública por el cual se procesa al señor MR y la responsabilidad penal que le viene enrostrando el Delegado del Ente Acusador público.

Como quiera que el Fiscal recurrente reclama la revocatoria de la sentencia absolutoria por la razón principal de que - en su sentir – existe el volumen probatorio exigido por la ley procesal penal para emitir condena, nos corresponde revisar profunda y desapasionadamente el asunto en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones. Con ese propósito, a la Sala, en esta ocasión, se le ofrece la oportunidad de precisar la estructura dogmática del delito consagrado en el artículo 365 del Código Penal, establecerá si se ha

podido demostrar fehacientemente la tipicidad objetiva y subjetiva de la tipología de PORTE ILEGAL DE ARMAS que se le atribuye al acusado; revisará además los conceptos básicos sobre la CADENA DE CUSTODIA y se revisará si de alguna manera esta ha sido fracturada o desconocida en el presente caso, como que –de haberse presentado alguno de esos fenómenos- se precisarán las consecuencias jurídicas de dicho evento, en punto de la demostración de los elementos estructurales del delito base de acusación. Una vez finalizado este examen, analizará el caso concreto, con el fin de establecer si la valoración que el Juez de primer grado hizo de la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación, en cabeza del Fiscal 45 Seccional de La Cruz (Nariño) se ajusta a la legalidad, o si, como lo afirma el impugnante, desconoce la realidad probatoria y la normatividad que la regula. Para tal efecto se debe considerar:

3.1.- Análisis dogmático del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. Con relación a esta ilicitud atentatoria de la seguridad pública debe indicarse que aparece definida en el inciso 1º del artículo 365 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011). El siguiente es su tenor literal: *"Artículo 365-. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare,* ***porte*** *o tenga en un lugar* ***armas de fuego de defensa personal****, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años".*

Respecto a esta tipología penal nuestro Organismo de Cierre ha expresado que:

> *Desde el punto de vista objetivo, este tipo penal se compone de los*

siguientes elementos:

(i) *Una pluralidad de acciones: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar.*

(ii) *Un objeto material, consistente en por lo menos un arma de fuego de defensa personal o en municiones de la misma índole. 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), por lo que no es obligación ineludible de la Fiscalía aportar, mediante un testigo de acreditación, el documento público que certifique la ausencia del permiso correspondiente, siempre y cuando recurra a cualquier otro medio pertinente para hacerlo.

Sin embargo, si no se parte de una circunstancia o fundamento fáctico claro para decidir acerca de la configuración de tal ingrediente típico, es incuestionable que su existencia tampoco podrá presumirse, ni siquiera argumentativamente, pues de ser así se estaría ignorando la norma según la cual "corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba

acerca de la responsabilidad", tal como lo prevé el inciso 2º del artículo 7 del Código Procesal Penal.

En este orden de ideas, la presunción de inocencia jamás podrá desvirtuarse mediante la formulación aislada de hipótesis alusivas a la experiencia.[1]

Bajo estas premisas es que esta Corporación deberá analizar si en el presente caso concurren los requisitos para hallar acreditada la materialidad del reato en mención.

3.2.- Sobre la CADENA DE CUSTODIA. La cadena de custodia se ha definido como el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se han recogido en el curso investigativo, y que han de ser presentados por la Fiscalía y/o la Defensa en desarrollo de la audiencia del juicio oral, para la correspondiente valoración por parte del Juez de Conocimiento.

Esta cadena la conforman los funcionarios de Policía Judicial y las personas particulares bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; y se inicia con la autoridad o con el particular que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, esto es posible desde la misma escena del crimen, y finaliza con el Juez de la causa, último destinatario de los elementos. servidores judiciales.

Así, al momento de recolectarse las evidencias -llamadas posteriormente a convertirse en prueba en desarrollo del juicio oral- es

[1] CSJ SP, 2 Nov. 2011, Rad. 36544

necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo en cada fase de su uso investigativo o procesal, identificándose a todas las personas que han estado en contacto con el elemento.

Su regulación normativa parte del artículo 254 procesal penal, en donde se destaca la teleología de la figura, que es la de "*demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física*".

La regla general es que los elementos materiales de prueba y las evidencias físicas recopiladas en el ciclo instruccional lleguen ante el Juez de Conocimiento de manera indemne, material o físicamente al momento de la audiencia de juicio oral, que es cuando han de convertirse en prueba, dada la inmediación del Juzgador y la contradicción de las partes; con todo, el artículo 256 procesal penal establece una importante excepción para los llamados "MACROELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS", entre los que se cuentan los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, y otros de características similares, los que una vez examinados por los peritos *"...se grabarán en videocinta o se fotografiarán en su totalidad"*, evento en el cual las fotografías y videos han de sustituir el elemento físico, de suerte que serán estos elementos documentales los que han de utilizarse en su lugar en el debate del juicio oral o en cualquier otro momento del procedimiento en que sean requeridos. En estos casos, los videos y fotografías han de ser sometidos al proceso de cadena de custodia, debidamente embalados y rotulados, porque sobre ellos se ha de realizar el proceso de autenticación evidencial.

Este mismo procedimiento para manejo de "MACROELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS", esto es de fijación fotográfica y video gráfica para uso procesal, lo autoriza el artículo 254 adjetivo penal para otros elementos que, sin ser voluminosos, exigen similar trámite por seguridad y protección, como es el caso de estupefacientes incautados, **armas**, explosivos o similares que sean producto de un delito.

Ahora bien, aunque la cadena de custodia debidamente documentada en cada uno de sus eslabones es el mecanismo ideal para identificar y autenticar la evidencia física que se lleva al juicio, variada es la jurisprudencia de la Alta Corporación de Justicia Penal indicativa que no es este el único mecanismo disponible en el sistema probatorio Colombiano para tal efecto, en el que se maneja la regla de libertad probatoria en el artículo 373 procesal penal, según el cual *"los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código"*, entre los cuales se encuentran los medios testimoniales, documentales, indiciarios, periciales, etcétera.

Por otro lado, se ha indicado que la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, esto es que la omisión de la cadena de custodia o su alteración no implica *per se* la exclusión de la evidencia o de los hallazgos, porque lo único que pudiera quedar en entredicho es la autenticidad del elemento[2]; de suerte que este tipo de problemas trasciende los debates de la existencia y legalidad de la prueba, para que sean determinados en la valoración de la evidencia, lo que llama al Juez de la Causa a definir los asuntos de acuerdo con las

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de abril de 2021, radicado SP1209-2021, 54384. MP. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN.

particularidades de cada caso. Al hilo de lo anterior, la jurisprudencia superior ha establecido [sentencia del 2 de junio de 2021, radicado SP2348-2021, 49546, MP. HUGO QUINTERO BERNATE]:

> *«(...) El principio de legalidad de la prueba tiene que ver con el acatamiento de las condiciones que la ley ordena cumplir en el proceso de formación, producción o incorporación del medio, para que adquiera validez jurídica, mientras que la autenticidad guarda relación con el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos para su protección o conservación a partir de su descubrimiento o recaudo.*
>
> *«Las consecuencias de la inobservancia de estos protocolos son diferentes. Si las condiciones de legalidad de la prueba se incumplen, la ley ordena dar aplicación a la regla de exclusión, lo cual implica su separación del debate, pero si los procedimientos que dejan de acatarse son los referidos a la cadena de custodia, esta inconsistencia solo podría eventualmente afectar la aptitud probatoria del medio".*
>
> *«Lo anterior, porque la cadena de custodia es solo un medio a través del cual se demuestra la autenticidad, no siendo el único, en cuanto la propia ley establece la posibilidad de hacerlo en forma distinta cuando no se ha cumplido, o cuando lo ha sido irregularmente, alternativa que impide albergar como opción la aplicación de la regla de exclusión cuando la cadena de custodia no se cumple,*
>
> *«(...)*
>
> *«La ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente.*

> *«Las precisiones que vienen de hacerse encuentran también sustento en el artículo 273 ejusdem, que consagra los criterios que deben tenerse en cuenta en la valoración de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, de cuyo contenido surge claro que los juicios de legalidad y de autenticidad responden a momentos distintos, (...)».3*

También en reciente Sentencia [Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. M.P. GERSON CHAVERRA CASTRO. Sentencia SP-2020, Radicado 54784, de fecha abril 29 de 2020] se proporciona una explicación clara sobre los mecanismos previstos en el Código de Procedimiento Penal para autenticar e identificar pruebas físicas, que van más allá del uso de la cadena de custodia. Como tal, aunque la cadena de custodia es un mecanismo ideal para identificar y autenticar evidencia física, no es el único mecanismo disponible. En dicho fallo aparecen relacionadas importantes conclusiones a las que había llegado la corporación sobre el tema, las cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

> *(1)La autenticación de evidencia física no es más que demostrar que una cosa es lo que la parte propone de acuerdo con su teoría del caso;*
>
> *(2)El Código de Procedimiento Penal establece el principio de libertad probatoria, según el cual la parte que tiene la intención de probar algo puede usar cualquier medio establecido por el código u otro medio técnico o científico para hacerlo, siempre que no se violen los derechos humanos;*
>
> *(3)No obstante lo anterior, la cadena de custodia es, por naturaleza, un protocolo que permite asegurar la evidencia física para evitar la manipulación de la misma, garantizando el principio de "mismisidad", según el cual la evidencia presentada ante el Juzgado es la misma y*

[3] CSJ, AP de 27 de junio de 2012, Rad. 34867.

posee las mismas características, componentes y elementos a aquella recolectada en el campo;

(4)Como tal, cuando la jurisprudencia ha indicado que los problemas de cadena de custodia conciernen a la valoración de la evidencia pero no a su legalidad, esto no significa: 4.1)La excepción de la obligación constitucional y legal de la Fiscalía de utilizar los protocolos de cadena de custodia; 4.2)La negación de la importancia de los protocolos de recolección, empaque y etiquetado de la cadena de custodia para autenticar evidencia física que pueda ser fácilmente alterada o suplantada; 4.3)Ignorar la importancia de una adecuada autenticación de la evidencia física en la determinación de los hechos de un caso penal.

También se indicó en el fallo traído a colación que "... el protocolo de cadena de custodia se hace ideal cuando se trata de evidencias físicas que fácilmente pueden confundirse o alterarse, como es el caso de las sustancias estupefacientes, frente a aquellas que pueden identificarse a simple vista por sus características externas, o que son susceptibles de ser marcadas y por ello se hacen identificables, eventos en los cuales el procedimiento de autenticación puede ser suplido a través de los testigos que tengan conocimiento 'personal y directo' de los hechos, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, en la sentencia con radicado 25920 de fecha 21 de febrero de 2007, la Corte indicó que *"...si las partes no cuestionan la cadena de custodia, la acreditación ni la autenticidad de las evidencias, el Juez no está obligado a emitir un pronunciamiento expreso sobre el asunto, a menos a que el propio funcionario judicial tenga razones para dudar acerca de alguno de esos tópicos. En esta hipótesis por ser el Juez el destinatario final de la prueba, tendrá que disponer lo que estime conveniente dentro de su marco funcional".*

4.- Análisis del caso sometido a examen.

Hemos indicado que corresponde a la Sala revisar el fondo del asunto, a efecto de establecer si en contra del señor LEMR aparecen recopilados los elementos probatorios necesarios para proferir sentenciamiento de condena, como autor material del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS PARTES O MUNICIONES, establecido en el artículo 365 del Código Penal, por los hechos ocurridos en horas de la noche del 10 de octubre de 2016 en zona urbana de la población de La Cruz (Nariño), cuando uniformados de la Policía Nacional lo capturaron en situación de flagrancia delictual llevando consigo al cinto una pistola calibre 7.65 milímetros, marca Pietro Beretta, respecto de la cual no se le había expedido permiso oficial o salvoconducto para porte.

La reconstrucción histórica de los hechos y del trámite investigativo se ha podido realizar a partir del testimonio que en la sesión de audiencia del juicio oral, llevada a cabo ante el Juez de Conocimiento el día 12 de febrero de 2019, ofreciera bajo la gravedad del juramento el patrullero de la Policía JHON HANER SINISTERRA MAYORGA, quien indicó que el día de los acontecimientos se encontraba en turno y patrulla de vigilancia, registro y control en la población de La Cruz (Nariño) en donde laboraba para el mes de octubre 2016 y a eso de las 21:40 horas de la noche advirtió con el Patrullero JHONATHAN LÓPEZ a un sujeto que se movilizaba a píe de manera “muy convincente” (Sic) sospechosa o nerviosa en el barrio Centro, por la carrera octava, al frente de un conocido Granero de razón social “IBARRA”; procedieron a abordarlo para la requisa de rigor encontrándole sostenida en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo pistola; como quiera que el sujeto que se identificó como LERM no presentó autorización expedida por autoridad estatal para su porte, fue capturado y en flagrancia y puesto

a disposición de la Fiscalía, junto con el arma de fuego incautada; el sujeto se encontraba solo en el lugar en el que fue aprehendido. A partir de este acontecimiento se iniciaron los actos urgentes. Fue enfático y directo en la exposición de los hechos, solo que no pudo recordar en el contrainterrogatorio de la defensa las prendas de vestir y color de la vestimenta que llevaba consigo el señor MR al momento de la retención, porque había transcurrido un periodo de tiempo aproximadamente 2 años y medio desde su ocurrencia; pero fue enfático en que fue esa a la persona que él capturó y que puso a disposición de las autoridades.

También rindió declaración jurada el Patrullero de la Policía Nacional ANDERSON GOMEZ ARCOS, quien como funcionario de Policía Judicial perito en balística indicó bajo juramento que a él le correspondió realizar un experticio sobre un arma de fuego tipo pistola, de fabricación artesanal, calibre 7.65, marca Pietro Beretta, de fabricación Italiana, con número de serie 033857, con empuñadura de madera color negro, con un proveedor metálico para la misma; refirió que el arma de fuego era APTA para disparar y causar lesiones, lo cual pudo comprobar al realizar un disparo de proyectil que percutió. Con él se introdujo un formato de "INVESTIGADOR DE CAMPO –FPJ -11 que contiene un informe preliminar de inspección al arma de fuego, suscrito por él mismo con fecha 11 de octubre de 2016 a las 9:40 horas de la mañana, esto es apenas transcurridas pocas horas de la captura en flagrancia (folios 70 y 71 de la carpeta). En el contrainterrogatorio refirió que el arma tenía proyectiles y que con ellos se hizo la prueba de aptitud, dijo que había fotografiado el arma y que así está impreso en el informe, ratificándose que era completamente apta para disparar. Dijo que sobre el filiado se hizo verificación de identidad en cuanto a huellas deca-dactilares y datos personales (ver reporte a folio 69 de la carpeta

física). Con el testigo igualmente se introdujo por la Fiscalía un certificado expedido por el Sargento Primero ANDRÉS HERRERA OSPINA del Departamento de Control Comercio de Armas del Ejercito Nacional Seccional Pasto, fechado a 1 de marzo de 2018 (Folio 72 ídem), en el que se indica que al señor LEMR (CC N°...) no se le encuentran datos registrados en esa dependencia estatal (CERTIFICADO NEGATIVO PARA SALVOCONDUCTO DE ARMAS).

La defensa del señor MR no presentó evidencia alguna para tratar de restar la fuerza suasoria del testimonio incriminante del funcionario de Policía Captor (JHON HANER SINISTERRA MAYORGA), como tampoco orientó su contrainterrogatorio a impugnar la credibilidad del deponente, quien –por el contrario- con mucha vehemencia y persistencia oral refirió que él había realizado la captura en flagrancia del señor LEMR en horas de la noche del 10 de octubre de 2016, quien portaba una pistola desprovista de salvoconducto, actuando en funciones de control y registro propias del cargo que desempeñaba en compañía del también patrullero de la Policía de vigilancia JHONATAN LÓPEZ, momento a partir del cual se iniciaron los actos urgentes que se correspondían con el hallazgo o incautación y la aprehensión del sujeto.

La Fiscalía pudo acreditar con el testimonio del funcionario de Policía Judicial ANDERSON GÓMEZ ARCOS, que hubo continuidad en el protocolo de custodia del arma de fuego tipo pistola incautada, en la medida que este experto balístico, también patrullero de la Policía Nacional adscrito al equipo investigativo de la Fiscalía Seccional de La Cruz, recibió el arma de fuego confiscada a MR para que le realizara la inspección preliminar de identificación del artefacto y establecer técnicamente el estado de funcionamiento de sus mecanismos de

disparo, lo que le permitió concluir sin ambages que se trataba de *"un arma de fuego tipo pistola de fabricación artesanal, calibre 7.65, marca Pietro Beretta, con número 033857 de fabricación Italiana, empuñadura en madera color negro",* la cual disparó o detonó en una ocasión con un proyectil y estaba en óptimo estado de funcionamiento. Resulta asaz indicante que entre el acto de incautación del arma de fuego (21:40 horas de la noche del 10 de octubre de 2010) y el momento en el cual se generó el reporte de Acto Urgente sobre Inspección Preliminar Balístico (9:40 horas del 11 de octubre de 2016) había de transcurrir apenas doce (12) horas, lo mismo que certificó que el artefacto le fue entregado debidamente embalado, rotulado y con su respectivo registro de cadena de custodia, solo que el Fiscal no atinó en el juicio a presentar y ratificar la documentación con su dupla de testigos de los hechos y de acreditación.

Con todo, el escaso tiempo transcurrido entre el momento de la captura en flagrancia e incautación del arma, y la práctica de la experticia balística, reduce ostensiblemente cualquier asomo de duda sobre que el arma de fuego descubierta en poder del señor LEMR haya podido ser cambiada o modificada por los funcionarios del orden que intervinieron en dichas actividades, con el fin de perjudicar injustificadamente la situación jurídica del acriminado o para hacer ver a dicho ciudadano como autor de un delito contra la seguridad pública, del cual fuera inocente. Si bien es cierto que la Fiscalía no presentó debidamente documentada la cadena de custodia del elemento de fuego tipo pistola incautado a MR, también lo es que a través de los testimonios de los funcionarios policiales que intervinieron en la captura del acriminado y decomiso del arma, como el que la estudió para realizar el peritaje preliminar de identificación y estado de funcionamiento, se logra

establecer la autenticidad del artefacto de fuego que aparece debidamente fijado por medio fotográfico como "MACROELEMENTO", en el reporte de Investigador de Campo que reposa a folio 7 de la carpeta, en los términos del artículo 256 procesal penal, y que sin duda es una *PISTOLA DE FABRICACIÓN ARTESANAL, CALIBRE 7.65, MARCA PIETRO BERETTA, CON NÚMERO 033857 DE FABRICACIÓN ITALIANA, EMPUÑADURA EN MADERA COLOR NEGRO*, respecto de la cual al señor LEMR no se le ha expedido permiso alguno oficial para su porte, como también aparece certificado en el proceso.

Para la Sala, resulta bastante exagerado y revestido de incorrección jurídica que, muy a pesar de que el apoderado de la defensa ningún reparo o cuestionamiento hubiera realizado en la alegación final del juicio sobre la Cadena de Custodia respecto del elemento de fuego incautado a su cliente, ni hubiera presentado experticia alguna directa para acreditar cualquier circunstancia relativa a la modificación del elemento (autenticidad), en desmedro de los intereses de su poderdante, más allá de las "sensaciones" o juicios subjetivos que lo llevaban a dudar de la probidad del procedimiento realizado por los Funcionarios de Policía Judicial que habían intervenido en el trámite, el Juez de primer grado haya adoptado paladinamente la fortísima decisión de excluir el elemento material del delito (arma de fuego tipo pistola) por deficiencias en la acreditación de la Cadena de Custodia, y con ello determinarse por la absolución del señor MR por falencias en la demostración del tipo penal de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, cuando –como hemos advertido de las jurisprudencias extractadas- este tipo de problemas no se resuelven en punto de la legalidad de la prueba sino en el de la autenticación de la evidencia,

estadio que corresponde con la valoración, lo cual no se advierte complejo por la judicatura de segunda instancia dada la secuencialidad y coherencia de los relatos orales ofrecidos en juicio por uno de los policiales que realizó la captura en flagrancia (JHON HANER SINISTERRA MAYORGA) y por el encargado escasas horas después de practicarle la experticia técnica y de fijarlo como "MACROELEMENTO", tal cual se lo aportó en juicio a través de fotografía.

Así las cosas, le asiste razón al Fiscal 45 Seccional de La Cruz (Nariño), que funge como impugnante, en las argumentaciones planteadas para atacar el fallo absolutorio, dado que las probanzas que tuvo a bien aportar al plenario establecen con suficiencia la materialidad de la infracción atentatoria de la seguridad pública por la que se procede, ya que no solo con ellas se arrima a un grado de conocimiento "más allá de toda duda razonable" de que el punible establecido en el artículo 365 del Código Penal ha tenido ocurrencia, porque el señor LEMRfue hallado en poder (portando) un arma de fuego tipo pistola y totalmente desprovista de permiso o autorización oficial para su porte, como que no se avista ni se ha alegado circunstancia alguna que contradiga la antijuridicidad material del reato, como la culpabilidad del autor.

En varias oportunidades ha advertido esta misma Sala de decisión que la flagrancia no constituye un medio de prueba autónomo, que por sí solo pueda ser considerado suficiente para establecer los requisitos probatorios del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, y destruir la presunción legal de inocencia, porque simplemente es una forma de verificación del delito que ofrece importantes elementos de convicción derivados de la circunstancia de haber sido encontrada una

persona o un grupo de personas "*con las manos en la masa",* en el acto mismo de la comisión del delito, sin que puedan escabullirse de la presencia de las autoridades encargadas de la preservación del orden o de los particulares que, en estos eventos, están habilitados constitucionalmente para operar la aprehensión directamente y sin orden judicial previa.

La flagrancia se soporta generalmente en pruebas testimoniales, emanadas de las personas que como civiles o servidores públicos han presenciado el acto criminal y han aprehendido inmediatamente a los posibles autores o partícipes del reato, o también en pruebas de inspección judicial, cuando de diligencias de allanamiento y registro se trata y en ellas se encuentran objetos delictuales o personas en plena actividad delincuencial. Con todo, resulta indiscutible que la llamada *captura in flagranti* tiene una importantísima capacidad demostrativa de la autoría y responsabilidad penal por la circunstancia que desde el mismo momento de la comisión del hecho criminal, que es cuando se produce el sorprendimiento de un sujeto *IN IPSO PERPETRATONIS FASCINORIS*, se comienza a resquebrajar profundamente la presunción legal de inocencia que ampara al ciudadano.

Este hallazgo del artefacto de fuego, unido a la demostración de la aptitud o capacidad del arma incautada tipo pistola para potencialmente causar daños a la vida o a la integridad de las personas, y la acreditación de la ausencia de un permiso oficial de los organismos militares para la tenencia libre o el porte del elemento, esto es con clara violación del monopolio del estado en el uso de las armas de fuego y municiones, constituye un acervo fuerte y suficiente para llevarnos al grado de convencimiento probatorio exigido por el artículo 381 procesal

penal para el proferimiento de sentencia condenatoria en su contra (*Conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*), lo cual fuerza a revocar la sentencia absolutoria con la que fue favorecido MR en primera instancia y, en su lugar, declarar la responsabilidad penal del filiado frente a los cargos por los que ha venido siendo procesado, en calidad indiscutible de autor.

5.- <u>Determinación judicial de las penas</u>.

Al procesado LEMR se le atribuye la autoría material del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la ley 1453 DE 2011, que conmina penas de prisión entre 9 y 12 años (108 a 144 meses) a todo aquél que –entre otros comportamiento- porte armas de fuego de defensa personal, sin el correspondiente permiso expedido por la autoridad competente. De suerte que la determinación de la pena obedecerá al siguiente procedimiento:

Pena de prisión:

NORMA	MÍNIMO LEGAL PRISIÓN	MÁXIMO LEGAL PRISIÓN
Art 365	108 meses de prisión	144 meses de prisión

El ámbito de movilidad punitiva es de treinta y seis (36) meses de prisión, que al dividirse en cuatro partes cada una será de nueve (9) meses, de la siguiente forma:

I CUARTO	II CUARTO	III CUARTO	IV CUARTO
108 a 117 meses de prisión	117 meses + 1 día a 126 meses de prisión	126 meses + 1 día a 135meses de prisión	135 meses + 1 día a 144 meses de prisión

Partiremos de la base de que el señor LEMR no reporta antecedentes penales (artículo 55 numeral 1 del Código Penal), tampoco se le han alinderado circunstancias de mayor punibilidad genéricas de las establecidas en el artículo 58 del Código Penal, luego lo correcto es determinar judicialmente la pena en el primer cuarto punitivo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Penal. Este cuarto oscila entre 108 y 117 meses de prisión.

Ahora, dado que el procesado transgredió el bien jurídico de la seguridad pública en circunstancias en las que no estaba colocando en riesgo latente superior a la comunidad de La Cruz (Nariño), con su comportamiento de porte del arma de fuego tipo pistola, sin salvoconducto, que llevaba al cinto en horas de la noche del 10 de octubre de 2016, porque no la exhibía a los pobladores ni la apuntaba contra conciudadano alguno, entonces se estima que no aparecen acrecentados el consustancial desvalor de la acción y de resultado que permitan aplicar una pena diferente a la mínima establecida para el punible, en el cuarto que corresponde; lo cual deriva en que la Sala en CIENTO OCHO (108) MESES DE PRISIÓN. En igual término se tasará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la concesión de sustitutos y subrogados penales, la Sala dispone negar dicha posibilidad porque el monto de pena impuesta y el mínimo de sanción prevista legalmente para el punible, son indicativos que en el acriminado no se cumplen los requisitos objetivos de los

artículos 38B y 63 del Código Penal. Así las cosas, el condenado MR deberá purgar la pena impuesta en establecimiento penitenciario y carcelario oficial, para lo cual se girará la correspondiente orden de captura.

6.-. Del principio de doble conformidad.

Para esta Corporación es de trascendental significación referirse a la garantía constitucional adoptada mediante Acto Legislativo 01 de 2018, por el cual se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, **el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria**. Es así como el artículo 3° de la citada Norma, modificatorio del artículo 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. El siguiente es su tenor:

> Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:
>
> (...)
>
> 7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.

Ahora bien, dado que esta figura procesal aún no ha sido regulada debidamente por el Congreso de la República, y que ello ha dado pie a diversas interpretaciones por parte la Sala de Casación Penal de la

Honorable corte Suprema de Justicia, en aras de salvaguardar este importante derecho de rango constitucional, este último Organismo dispuso a través de pronunciamiento del 03 de abril de 2019 Rad. 54215 y del comunicado 05 del 9 de abril del presente año, las siguientes *"medidas provisionales"* orientadas a garantizar el derecho a impugnar la primera condena, que como en el presente caso ha sido emitida en segunda instancia por un Tribunal superior:

> *"(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.*
>
> *(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por medio de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.*
>
> *(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.*
>
> *(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.*
>
> *(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que ha regido el recurso –en 600 de 2000 o 906 de 2001-, para el recurso de casación.*

> *(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.*
>
> *(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió la casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.*
>
> *(viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.*
>
> *(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría – según sea Ley 906 o Ley 600- procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.*
>
> *(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación"*.

En esos términos deja sentado la Sala la posibilidad que le asiste al procesado y/o su defensor para acudir al mecanismo de *impugnación especial* para que la decisión adversa a sus intereses emitida en segunda instancia sea revisada por una autoridad judicial superior y distinta; como también la oportunidad para los demás sujetos procesales de acudir al recurso extraordinario de casación.

Por lo anteriormente expuesto, y sin que el caso amerite otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto - Nariño, 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

PRIMERO.- REVOCAR en todas sus partes la sentencia absolutoria proferida en audiencia pública el 28 de marzo de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz - Nariño, dentro del radicado 2016-00159 (NI.29257) que se adelantó en contra del señor LEMR.

SEGUNDO.- En su lugar se dispone: **PROFERIR SENTENCIA CONDENATORIA** en contra del señor LEMR, de las condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor material del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la ley 1453 de 2011, de acuerdo con las consideraciones precedentes.

TERCERO.- IMPONER al señor LEMR, identificado con la Cédula de Ciudadanía número expedida en ... La Cruz (Nariño), la pena principal de CIENTO OCHO (108) MESES DE PRISIÓN, y en igual término se fija la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

CUARTO.- NEGAR la concesión de sustitutos, subrogados y beneficios penales al condenado.

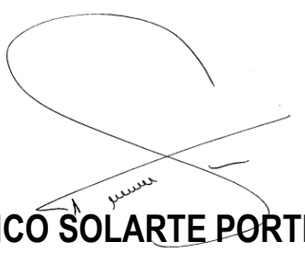
QUINTO.- Para la ejecución de la sanción privativa de la libertad impuesta a LEMR, se dispone librar boleta de captura ante las autoridades correspondientes.

SEXTO.- Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para los procesados y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales, en los términos explicados en precedencia.

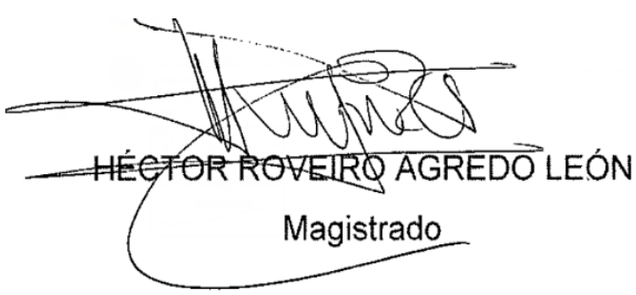
En caso de interposición tanto de la impugnación especial como el recurso extraordinario de casación, la Secretaría del Tribunal dará cabal cumplimiento en lo que le corresponde, a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su comunicado 05/19.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado dentro del asunto penal de la referencia.

Pasto, 4 de marzo del 2022

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

ACTA DE SALA No 0059

El 7 de marzo del 2022, los Honorables Magistrados SILVIO CASTRILLÓN PAZ, FRANCO SOLARTE PORTILLA y HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN integrantes de la Sala de Decisión Penal que preside el primero y en atención a las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, como consecuencia de la pandemia generada por el virus COVID 19, de manera virtual estudiaron y aprobaron el asunto penal de la referencia.

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado