



***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal***

TERRORISMO – IN DUBIO PRO REO: El grado de certeza lo excluye de plano.

Analizados en conjunto los medios probatorios aportados en el juicio oral, se determina que hay lugar a otorgar mayor credibilidad al relato de los testigos de cargo, quienes son coincidentes en ubicar al acusado en el lugar de la explosión y que fue quien lanzó el artefacto; existiendo por tanto convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal, permitiendo proferir en su contra sentencia condenatoria.

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS - Absolución por falta de acreditación de la materialidad del delito.

CADENA DE CUSTODIA - Principio de Mismidad.

CADENA DE CUSTODIA - En casos en los que no se aporta la cadena de custodia, la autenticidad del elemento queda a cargo de la parte que presenta la evidencia.

Teniendo en cuenta que se avizora un incumplimiento del principio de mismidad, en tanto la Fiscalía no aportó el registro de cadena de custodia de la granada de fragmentación que el testigo de cargo afirma le incautó al procesado, ni cumplió con la carga probatoria tendiente a la acreditación que tal elemento incautado es el mismo que fue sometido a estudio técnico, no existiría certeza respecto de la materialidad del delito, por lo cual procede la absolución en favor del procesado, en relación con la mencionada conducta punible.

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.	: 528356000538 201401905-01
Numero Interno	: 18586
Procesado	: SPQ.
Conducta	: Terrorismo agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.
Aprobado	: Acta Nro. 42 de 12 de diciembre de 2019.

San Juan de Pasto, diecinueve (19) de diciembre de
dos mil diecinueve (2019)

OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la apelación presentada por el apoderado judicial del señor SPQ, contra el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, el día 05 de agosto de 2016, mediante el cual se profirió sentencia condenatoria en contra del procesado por los delitos de Terrorismo y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos.

1. HECHOS

Teniendo en cuenta la prueba recaudada en juicio, se extrae que para el día 22 de septiembre de 2014, a las 08:57 horas, aproximadamente, los Patrulleros de la Policía MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y YESID ESTIVEN BARCO ERAZO, observaron a un hombre joven, de contextura delgada, que vestía jean azul y camisa azul, lanzar un artefacto explosivo contra la Subestación de Policía de la Guayacana, jurisdicción del Municipio de Tumaco, sujeto que al ser perseguido por MAURÍN DE JESÚS ORDOÑEZ, fue finalmente capturado en los alrededores de una vivienda, en un callejón ubicado a cincuenta metros, aproximadamente, de la Subestación de Policía, y se identificó como SPQ, a quien se le incautó una granada de fragmentación que llevaba en su mano derecha.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos anteriores, el día 23 de septiembre de 2014 se llevaron a cabo ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tumaco con Funciones de Control de Garantías las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

En su desarrollo, el señor Juez declaró la legalidad de la captura, en tanto que la Fiscalía imputó al señor SPQ, a título de autor, los delitos de Terrorismo Agravado, conforme al artículo 343 y 344 numeral 2 del Código Penal y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, según la tipificación contenida en el artículo 366 del mismo ordenamiento, ante lo cual no aceptó cargos.

Luego de la imputación y ante la solicitud de imposición de medida de aseguramiento intramural que realizó el ente acusador, la Judicatura accedió a la misma y giró la correspondiente boleta de detención.

Prosiguiendo con la ritualidad procesal, el 16 de diciembre de 2014 el Fiscal 11 Especializado allegó el correspondiente escrito de acusación que fue asignado para su conocimiento al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, Despacho en el cual se celebró audiencia de formulación de acusación el día 5 de febrero de 2015, manteniendo los términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 4 de junio de 2015 y se fijó fecha para la celebración del juicio oral que se desarrolló en tres sesiones: 21 y 22 de julio de 2015, las dos primeras, y 22 de septiembre del mismo año, la tercera. Culminado el debate probatorio, se citó para la emisión del sentido del fallo, que previo a algunos aplazamientos, se realizó el día 17 de marzo de 2016, donde se anunció que el fallo sería de carácter condenatorio y se dio trámite a la audiencia de individualización de la pena.

Procediéndose como consecuencia a la lectura de sentencia el día 05 de agosto de 2016, la cual fue apelada por el abogado que asiste los intereses judiciales del procesado SPQ.

3. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de instancia hizo un recuento de los hechos jurídicamente relevantes y del trámite impartido, realizó enseguida una breve reseña de la teoría del caso presentada en juicio por la Fiscalía y la defensa, enlistó los hechos estipulados, las pruebas documentales y testimoniales presentadas por las partes, así como sus alegaciones conclusivas.

Seguidamente para dar solución al caso objeto de estudio y dado que se trata de dos conductas punibles diferentes, toda vez que por una lado está el delito de Terrorismo Agravado, y de otro, el de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso

Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, hizo entonces un estudio de cada una de ellas.

Así, analizó el delito de Terrorismo tipificado en el artículo 343 del ordenamiento penal, indicó que es una conducta de resultado objetivo, de peligro real, en tanto que el elemento subjetivo incluido en la descripción indica que para la tipicidad del hecho es necesario que la acción entrañe una efectiva amenaza a la seguridad de la colectividad o de un número amplio o indeterminado de sus miembros y trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹² en la que se estudia esta conducta criminal.

De igual forma rememoró que el legislador estableció algunas circunstancias de agravación para el punible en comento, remitiéndose a la que sanciona el asalto o toma de *instalaciones de la Fuerza Pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares*, consagrada en el numeral 2 del artículo 344 del Código Penal, por la cual se acusó a PQ.

Se refirió al asalto como el ataque contra instalaciones con el ánimo de apoderarse de la misma, y la toma, por su parte, como el resultado de ocupar una fortaleza o posición del enemigo, con la misma finalidad.

Con lo antepuesto, estudió la materialidad del delito de terrorismo, la circunstancia de agravación punitiva acusada

¹ Sentencia de 1 de octubre de 2014, M.P. María del Rosario González Muñoz

y prosiguió a verificar si existió o no responsabilidad por parte del procesado SPQ.

Para dilucidar el primero de los tópicos, el *A Quo* trajo a colación, en primera medida, que en el juicio oral desfiló el testigo de cargo JEIMAN FERNANDO BOTINA CÓRDOBA, en su calidad de Subintendente de la Policía Nacional y Técnico Profesional en explosivos, quien informó que aquel 22 de septiembre, se desplazó hasta la Subestación de Policía del Corregimiento de la Guayacana con el fin de conocer las causas y características del explosivo utilizado en los hechos objeto de juicio, determinando que por las características del cráter que se formó como consecuencia de la explosión, se trató de una granada de fragmentación con una peligrosidad de 6 a 25 metros de diámetro, aproximadamente, anexó álbum fotográfico del lugar de los hechos, de fecha 22 de septiembre de 2014, con seis tomas en las que se detalla la zona aledaña al lugar de la explosión, el cráter dejado por la misma y los efectos de la presión sobre la vegetación.

El trabajo realizado por el policial y los resultados obtenidos, le otorgaron confianza suficiente al Juzgador de primer nivel para establecer la ocurrencia del suceso, corroborado por los demás testigos de cargo, entre ellos, la médica DIANA LUCÍA FRANCO HENRÍQUEZ, quien atendió a dos de las víctimas en el área de urgencias del Hospital San Andrés de Tumaco y quien señaló que por las características de las heridas, se trataban de víctimas de un artefacto explosivo, aunado a que el hecho tampoco fue materia de discusión por parte de la defensa.

Demostrada la ocurrencia del suceso, el Juez de instancia entró a examinar la responsabilidad de SPQ por los fácticos que son objeto de juicio.

Para ello, resaltó que los testigos de cargo MAURÍN DE JESÚS ORDOÑEZ y YESID ESTIVEN BARCO ERAZO, afirmaron haber observado el momento en que SPQ lanzó una granada en contra de la Subestación de Policía.

Rememoró que MAURÍN DE JESÚS ORDOÑEZ declaró que cuando sucedieron los hechos, se encontraba en la parte externa de la Estación de Policía de la Guayacana con el Patrullero YESID BARCO ERAZO y observó a una persona, que la describió como afro descendiente, de contextura delgada que vestía jean azul y camisa azul, lanzar un objeto contra los compañeros policiales y posteriormente salir corriendo, motivo por el cual inició su persecución hasta darle alcance en un callejón a 50 metros de la Estación de Policía, percatándose de que llevaba una granada de fragmentación en la mano, por lo que procedió a darle captura, afirmando además, que la persona aprehendida era la misma que se encontraba en juicio³.

Por su lado, el Patrullero YESID ESTIVEN BARCO ERAZO, indicó que el día y hora de ocurrencia de los hechos, se encontraba de seguridad frente a las instalaciones de la Estación de Policía de la Guayacana, acompañado del Patrullero ORDOÑEZ y que alrededor de

³ Record 51:10. Archivo 1 de la carpeta juicio oral.

las 8:57 de la mañana observó a un ciudadano de tez afro descendiente, contextura delgada, alto, que vestía camisa y jean azul, que lanzó un objeto y que al instante escuchó una explosión y miró al ciudadano emprender la huida, siendo perseguido por el Patrullero ORDOÑEZ. Testificó también que miró al sujeto cuando instantes después lo llevaron capturado a la Estación de Policía.

De otra parte, concluyó, que las pruebas presentadas por la defensa lograron explicar que el señor SPQ estuvo con su novia y su hermana la noche y madrugada previa a la ocurrencia de los hechos, lo cual contrasta con la teoría presentada por la Fiscalía que dio cuenta de su comportamiento delictivo llevado a cabo el 22 de septiembre de 2014 y las lesiones ocasionadas al menos a dos policías, sumado a los daños en la instalación Policial, dando lugar a que el Juez obtenga un conocimiento superior más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad del acusado.

Ahora bien, sobre la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el numeral 2 del artículo 344 del Código Penal, consideró el Despacho que por los fácticos develados en juicio por los testigos de cargo, no se evidenció que la intención del procesado haya sido la de asaltar o tomarse la Estación de Policía, pues el procesado una vez lanzó el artefacto explosivo, salió corriendo del lugar. Así limitó la conducta criminal al delito de Terrorismo, excluyendo el agravante punitivo.

Con el conocimiento anterior, siguió con el estudio dogmático del delito de Fabricación, Tráfico y Porte de

Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, por el que también se acusó a SPQ y procedió a verificar la materialidad del delito y la responsabilidad del enjuiciado.

Rememoró la intervención de los testigos del ente acusador, entre ellos, el patrullero MAURÍN DE JESÚS ORDOÑEZ, quien de manera detallada informó que fue él quien realizó la captura del procesado y procedió con la incautación de la granada que llevaba consigo en su mano derecha, elaboró y suscribió la correspondiente acta, la cual no quiso firmar SPQ y que fuera introducida al juicio conjuntamente con el acta de estipulación número 2, que también hizo el informe de captura en flagrancia, embalo y rotuló la granada, abrió el registro de cadena de custodia y rindió entrevista ante el funcionario de policía judicial DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, quien indicó que recibió la evidencia en las condiciones anotadas, es decir, embalada, rotulada y con registro de cadena de custodia, concluyendo que el elemento incautado es un explosivo de uso privativo de las fuerzas armadas.

Así pues, para el Juez de instancia, quedó demostrado más allá de toda duda razonable la materialidad y responsabilidad del enjuiciado SPQ, de los delitos de Terrorismo y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, tipificados en los artículos 343 y 366 del catálogo penal, profiriendo sentencia condenatoria en su contra, imponiendo en consecuencia y luego de adelantar el proceso de dosificación punitiva

incluida la modalidad concursal de Ciento cincuenta y dos (152) meses de prisión y Mil (1.000) smlmv de multa.

4. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial del sentenciado, inicia la defensa exponiendo que, de los hechos planteados por la Fiscalía, resulta inaceptable que una persona que vive cerca de la Estación de Policía afectada, donde su tía brindaba alimentación a los uniformados, además que en el lugar de los hechos hacían presencia varios policías y soldados profesionales adscritos al Batallón de Selva de Tumaco, opte por lanzar una granada a tempranas horas de la mañana.

De igual manera, que resulta poco creíble lo dicho por el patrullero MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ MUÑOZ, quien en forma heroica y sin mediar consideración por sus compañeros que resultaron heridos debido al artefacto explosivo, persigue él solo y da captura a quien supone fue la persona que ejecutó el atentado, encontrándole según su dicho una granada de mano, dicho que fue desvirtuado por los testigos de descargo quienes expresaron de forma clara y precisa cómo se dio en realidad la captura del señor SPQ, la cual se realizó dentro de su casa de habitación donde se encontraba durmiendo.

En ese sentido, manifiesta que le resulta insólito aceptar que los demás integrantes de las fuerzas armadas que se encontraban en la Estación de Policía la Guayacana,

no hayan actuado para dar captura del agresor, sino que dejaron esta labor a un solo patrullero que, a juicio de la defensa, realizó un falso positivo con la aprehensión del señor PQ.

Respecto a la incautación de un artefacto explosivo que supuestamente se encontraba en manos del acusado, afirma el señor defensor, que por parte de la Fiscalía 11 especializada de Tumaco no se realizó una clara apreciación y registro de los detalles del artefacto, ni tampoco se verificó la cadena de custodia, sino que se limitó a conformarse con lo dispuesto en el acta de incautación suscrita por el patrullero ORDÓÑEZ MUÑOZ, que hacía mención a una granada de fragmentación 1101, situación que crea una duda a favor de su prohiado, pues considera no existe mismidad entre la granada que incautó el patrullero y la que posteriormente fue analizada en el laboratorio de explosivos de la SIJIN, entidad que realizó un experticio detallado del artefacto explosivo, pero que omitió realizar una exploración dactiloscópica que permitiera determinar si el elemento estuvo o no, en manos del señor SPQ, lo que a criterio de la defensa, acentúa la duda creada a favor de su defendido.

Concluyó, el señor defensor considerando que no se realizó una correcta valoración probatoria por parte del Juez de primera instancia y que no existe prueba alguna contra su representado, que con grado de certeza determine su responsabilidad penal en el delito que se le acusa, siendo imposible desvirtuar la presunción de inocencia constitucional que lo cobija.

Por todo lo anterior, solicitó se revoque el fallo de fecha 5 de agosto de 2016, proferido en contra de SP, y en consecuencia, absolverlo de toda responsabilidad.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Según lo normado en el numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, el día 05 de agosto de 2016

5.2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

En el contexto más amplio, corresponde a la Sala determinar si los medios de conocimiento aportados en el juicio oral que se siguió en contra del señor SPQ, permiten proferir en su contra sentencia condenatoria en su calidad de autor de los delitos de Terrorismo y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, tipificados en los artículos 343 y 366 del C.P.

Subsidiariamente resulta relevante analizar conforme lo impone el debate planteado por la defensa, que hace relación al principio de mismidad, si se encuentra acreditado que el elemento que el agente aprehensor

MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ afirmó encontrar en poder del señor SPQ es el mismo que el técnico en explosivos DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN determinó que correspondía a una granada de fragmentación de mano IM-M26 de fabricación de la industria militar Indumil de Colombia, de accionamiento mecánico, apta para ser utilizada como elemento material de guerra.

5.3. ESTUDIO DEL CASO

Para resolver el problema jurídico principal, se parte de la decisión de fondo adoptada en primera instancia, por lo cual se verificará si la prueba aportada en el Juicio Oral, cumple con las exigencias establecidas en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004, que indican que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Agregando en la última de las normas, que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Establecido este contexto, la Sala adelantará el examen probatorio de manera autónoma para cada uno de los delitos atribuidos al acusado, ya que la discusión subsidiaria se dirige hacia tópicos diferentes, según los planteamientos de la defensa. Así para el delito de Terrorismo se requiere analizar las versiones contrapuestas

que ubican al señor SPQ en dos lugares diferentes a la hora de la explosión, y para el punible de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, el cuestionamiento se centra en el incumplimiento del principio de mismidad.

5.3.1. Terrorismo

La defensa no presenta objeción respecto de la ocurrencia del atentado que mediante artefacto explosivo afectó las instalaciones de la Subestación de Policía del Corregimiento de la Guayacana que se ubica en la vía hacia Tumaco, lo que tiene coherencia con lo acreditado en el Juicio Oral adelantado en contra del señor SPQ, ya que tanto los testimonios de los policiales MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y YESID ESTIVEN BARCO ERAZO como el informe realizado por JEIMAN FERNANDO BOTINA CÓRDOBA, y que se respalda con un álbum fotográfico, acreditan con suficiencia la ocurrencia de una explosión que tuvo como su centro de ataque la Subestación de Policía del Corregimiento de la Guayacana.

Ahora en cuanto a la intervención del acusado SPQ, se presentan dos versiones, por un lado la de los patrulleros MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y YESID ESTIVEN BARCO ERAZO, quienes lo ubican en el lugar de los hechos y además lo observaron lanzar una granada, para luego ser perseguido por el primero de ellos hasta alcanzarlo en uno de los corredores del barrio cercano a la Subestación de policía; y el dicho de los testigos de la defensa que incluye

tanto el rendido por el mismo procesado, como también los de ANGIE LISET ORTEGA y JOSÉ ALIRIO RODRÍGUEZ, quienes señalan que a la hora de la explosión el procesado se encontraba en su casa de habitación descansando o dormido, para luego ser aprehendido en dicho lugar y no en las afueras como lo afirman los testigos de cargo.

Al *A Quo*, le mereció mayor credibilidad el relato de los agentes del orden, y realizando su valoración por esta Sala, se determina que le asiste la razón, ya que son coincidentes en ubicar al acusado en el lugar de la explosión, cuando la posición privilegiada que ocupaban, les permitió visualizarlo lanzando el artefacto.

Y no es del todo ilógico que ello haya tenido ocurrencia, como lo sugiere la defensa, ya que según los testigos policiales estaban varios de los integrantes de la Subestación, trabajando en la construcción de una barricada, por lo que estos no estaban al interior de la edificación policiva sino en las afueras, al igual que también se encontraba el personal de vigilancia o de seguridad, actividad que es común en lugares que puedan ser blanco de ataques terroristas como aquí ocurrió, lo que además justificaría al hecho de realizar barricadas como la que se estaba implementando.

La presencia de personal policivo en las afueras de la Estación, también se corrobora con el hecho mismo de que algunos de ellos resultaran lesionados en su integridad física, como así lo dio a conocer BARCO ERAZO y se respalda con el testimonio de la médica DIANA LUCÍA

FRANCO ENRÍQUEZ, quien atendió a dos de los afectados, encontrando en uno de ellos un trauma cranoencefálico moderado y al otro un trauma cerrado de abdomen.

Siendo así, no se descarta que efectivamente los testigos de cargo MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y YESID ESTIVEN BARCO ERAZO, se encontraran en las afueras como así lo afirman cumpliendo con su función de vigilancia y en ese sentido tenían potencialidad de mirar a quien lanzó el artefacto explosivo.

Así, MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ en el preciso momento en que observa al agresor, se encontraba en posición diagonal a la estación de policía sin adelantar trabajos en la barricada, lo que lo ubica en un punto estratégico de la zona afectada con la explosión y además tenía la oportunidad de observar cualquier movimiento cercano a la Subestación de Policía, al no encontrarse en las labores propias de la implementación de la medida de protección física.

Por esa ubicación del policial y el hecho de que no estaba adelantando ninguna actividad en concreto en la barricada para el instante de la explosión, no se descarta que tuviese la oportunidad de adelantar la persecución, como así lo hizo, según lo explica en su relato el que es además confirmado por su compañero YESID ESTIVEN BARCO ERAZO, quien se encontraba prestando seguridad al frente de la estación de policía, y se percata también de la huida del agresor hacia el callejón, para luego mirarlo

nuevamente cuando es ingresado a la estación de policía, después de su aprehensión.

En este punto, la defensa expone su análisis tildando de ilógico el comportamiento de los dos testigos, ya que no le resulta creíble que ORDOÑEZ saliera solo en persecución del atacante; sin embargo ello tiene una explicación razonable, en tanto que BARCO ERAZO, decidió apoyar a los heridos, reacción más que natural ante la afectación de la integridad física de los policiales, lo que implica además un trabajo en equipo para cubrir los diferentes frentes de un ataque como aquel que los hizo su objetivo.

Ahora los testigos de la defensa, en verdad se esfuerzan por ubicar al acusado en su lugar de residencia, no solo a la hora de la explosión sino de la aprehensión, sin embargo, no fueron prolijos en suministrar detalles o circunstancias que permitan corroborar su versión o elementos que los respalden, porque no informan siquiera el nombre o ubicación del establecimiento público en el que aducen se encontraban.

Ahora bien, si se aceptara la versión de que el acusado se encontraba en un bar, lo que ocurrió según su propio testimonio y el de ANGIE LISET ORTEGA, entre las cinco y seis de la mañana, ello implicaría contar con información acerca de las actividades que adelantó el procesado hasta cuando salen de la discoteca y llegan al lugar de residencia de cada uno de ellos, porque no debemos olvidar que se trataban de vecinos que no residían en la misma vivienda.

Por otra parte también se contaría con la información que suministra la testigo prementada quien relata lo sucedido al momento de la aprehensión, pero este hecho lógicamente es posterior a la explosión, cerca de las nueve de la mañana, lo que implica en concordancia con lo anterior que en sí la testigo no da cuenta del lapso entre esos dos extremos temporales y por ello no se descarta la participación del procesado en el hecho delictivo del que dan cuenta los testigos directos del atentado.

Asimismo, JOSÉ ALIRIO RODRÍGUEZ, observa el momento de la detonación, y también de la aprehensión, y suministra detalles de lo último, pero no menciona quién fue la persona que lanzó el artefacto explosivo, que hubiese permitido hacer una comparación entre el agresor y el aprehendido, si es que fueron personas diferentes.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que el procedimiento de captura se realizó al interior de la vivienda del ahora enjuiciado, como así lo afirma el testigo, ninguna incidencia tiene en la atribución de responsabilidad, en tanto que, al adelantarse la persecución al momento del atentado, se presentaría una situación de flagrancia que autoriza el ingreso al lugar de residencia para la aprehensión del autor del ilícito.

Por otra parte, no se demostró en juicio que existiese algún tipo de animadversión o enemistad anterior entre los agentes MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y YEIMAR FERNANDO BOTINA CÓRDOBA que permitan vislumbrar un interés en realizar una incriminación falaz.

Se concluye de esa manera, en la respuesta al primer problema jurídico formulado en el sentido de que la prueba resulta contundente para acreditar la responsabilidad del enjuiciado en el delito de Terrorismo, conforme al acertado análisis del juez de primera línea.

5.3.2. Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos

La defensa cuestiona la posición del *A quo* al considerar que se acreditó que el elemento incautado según el dicho del agente aprehensor MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ que lo describe como una granada de fragmentación sea el mismo que fue analizado por el técnico en explosivos DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN.

Para establecer si tal cuestionamiento resulta acertado, pasa la Sala a revisar los siguientes aspectos: (i) Cadena de custodia y Principio de mismidad (ii) Características que se describen por parte del agente incautador respecto del elemento que lo presenta como granada de fragmentación y que se registran en el acta de incautación; (iii) Características del elemento que fue analizado por el técnico en explosivos DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, (iv) El registro fotográfico realizado respecto del elemento incautado, y (v) personas que intervinieron en el manejo de la evidencia.

En cuanto al primer punto, se establece en juicio, que la Fiscalía no aportó el registro de cadena de custodia de la granada de fragmentación que el testigo MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ afirma le incautó al señor SPQ, y la imagen de dicho documento que al parecer se registra en el álbum fotográfico en la primera imagen no resulta visible por lo que no se conoce el contenido de los datos que registran el camino seguido por el elemento incautado.

Siendo así, se tiene que conforme al art. 277 inciso 2º de la Ley 906 de 2004, en casos en los que no se aporta la cadena de custodia como aquí ocurre, la autenticidad del elemento queda a cargo de la parte que presenta la evidencia. En lo que resulta de utilidad citar de manera temática, la jurisprudencia de la CSJ, y que nos permitimos transcribir para mayor ilustración.

“Sobre el particular debe recordarse que conforme el artículo 254 de la Ley 906 de 2004, la cadena de custodia busca asegurar la autenticidad de la evidencia física y evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad. Éste consiste en que el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y contar con idénticas 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.

En otras palabras, la cadena de custodia tiene el propósito de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos del sindicado y de los demás intervinientes, por manera que no constituye mecanismo orientado a obstaculizar el trámite mediante la utilización irracional de las formalidades”⁴.

⁴ CSJ, SP Sentencia del 21 de septiembre de 2011, radicado 32.136 MP

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-496 de 2015, expuso sobre el tema:

“La cadena de custodia es un mecanismo que tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los materiales probatorios y la evidencia física⁵. En este sentido, es concebida como un conjunto de medidas que tienen como fin preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física y asegurar el poder demostrativo de la prueba⁶. La Corte Suprema de Justicia ha definido la cadena de custodia como “un documento escrito en donde se reflejan las incidencias de una prueba compuesta por los eslabones de custodia, donde cada uno de estos debe incluir el momento de la custodia, de quien se recibió la evidencia y a quien le pasó, además de las medidas tomadas para asegurar la integridad de la evidencia y evitar que esta se altere”⁷.

De esta manera, el procedimiento a través del cual se aplica la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino un medio a través del cual se busca asegurar la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física en el proceso penal, lo cual en ningún momento descarta que existan otros mecanismos para lograr esa finalidad⁸.

La cadena de custodia, se refiere entonces a la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento material probatorio, es decir, a su eficacia, credibilidad o

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación: 25920, M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 04 de abril de 2009, Radicación: 28628, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación: 30598, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación: 30598, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 27 de junio de 2012, Radicación: 34867, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Sentencia de 18 de agosto de 2010, Radicación: 33559, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 29 de abril de 2015, Radicación: 45469, .M.P. Eyder Patiño Cabrera.

asignación de mérito probatorio⁹, por lo cual, lo que se cuestiona cuando no se cumple con los requisitos de la cadena de custodia, no es la legalidad de elemento material probatorio sino su eficacia probatoria¹⁰.

Y más adelante la Corte Constitucional reseña lo normado en el artículo 277 de la Ley 906 de 2004, que hemos citado, sobre lo cual enuncia:

⁹ Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Penal: Sentencia de 23 de mayo de 2006, Radicación:25260, M.P. Sigilfredo Espinosa Pérez; Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación: 25920, M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz; Sentencia de 23 de abril de 2008, Radicación: 29416, M.P. Yesid Ramirez Bastidas; Sentencia de 08 de octubre de 2008, Radicación: 28195, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 09 de junio de 2010, Radicación: 33816, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 15 de septiembre de 2010, Radicación: 32361, M.P. José Leonidas Bustos Martinez; Sentencia del 17 de noviembre de 2010, Radicación: 34940, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 21 de septiembre de 2011, Radicación: 32136, M.P. María del Rosario González de Lemos; Sentencia de 5 de agosto de 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Radicación: 43.691; Sentencia de 8 de agosto de 2012, Radicación: 38800, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 10 de diciembre de 2012, Radicación: 40101, M.P. María del Rosario González Muñoz; Sentencia de 29 de mayo de 2013, Radicación: 39835, M.P. José Luis Barcelo Camacho; Sentencia de 09 de octubre de 2013, Radicación: 41915, M.P. María del Rosario Gonzalez Muñoz; Sentencia del 11 de diciembre de 2013, Radicación: 40629, M.P. Eyder Patiño Cabrera; Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Radicación: 44376, M.P. María del Rosario Gonzalez Muñoz; Sentencia de 11 de febrero de 2015, Radicación: 45121, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

¹⁰ Sentencia de 04 de abril de 2009, Radicación: 28628, M.P. José Leonidas Bustos Martínez ; Sentencia de 09 de junio de 2010, Radicación: 33816, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación: 25920, M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz ; Sentencia de 23 de mayo de 2006, Radicación: 25260, M.P. Sigilfredo Espinosa Pérez; Sentencia de 23 de abril de 2008, Radicación: 29416, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia de 08 de octubre de 2008, Radicación: 28195, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 09 de junio de 2010 Radicación: 33816, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 15 de septiembre de 2010, Radicación: 32361, M.P. José Leonidas Bustos Martinez ; Sentencia de 17 de noviembre de 2010, Radicación: 34940, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 23 de mayo de 2012, Radicación: 35565, M.P. Luis Guillermo Salazar Olero; Sentencia de 10 de diciembre de 2012, Radicación: 40101, M.P. María del Rosario González Muñoz ; Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Radicación: 44376, M.P. María del Rosario González Muñoz ; Sentencia de 11 de febrero de 2015, Radicación: 45121, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

“Así mismo, el Código de Procedimiento Penal también se refiere a la cadena de custodia en el capítulo dedicado a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información¹¹, en el cual señala que los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia, agregando que “la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”¹².

Ahora para el *sub examine*, como hemos anotado, la Fiscalía no aportó el documento que registra la cadena de custodia, razón por la cual se debe verificar si cumplió con la carga probatoria que acredite que la granada de fragmentación incautada es la misma sometida a estudio técnico, para lo cual se debe comparar el testimonio rendido por el agente aprehensor e incautador MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ con el rendido por el técnico en explosivos DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, a fin de determinar si el elemento que se dice tenía en su mano derecha el procesado, es el mismo sometido a estudio técnico.

Se encuentra así, que MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ describe el objeto en mención como una granada de fragmentación IM-26 de uso privativo de las fuerzas militares, y el acta de incautación fechada el 22 de septiembre de 2014 y suscrita por el precitado en la que se describe el objeto como *“1011 granada de fragmentación”*.

¹¹ Capítulo Único del título II del libro segundo de la Ley 906 de 2004.

¹² Artículo 277 de la Ley 906 de 2004.

Por su parte DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, describe el elemento sometido a su examen, con las siguientes características:

Tipo:	Granada de fragmentación de mano
Fabricante:	Industria militar Indumil Colombia
Modelo:	IM-M26
País de fabricación:	Colombia
Peso total:	440 g
Espoleta:	Accionamiento mecánico
Tipo de Espoleta:	Pirotécnica de retardo
Tiempo de retardo:	4,5 segundos
Material del cuerpo:	Lámina de acero
Fragmentación:	900 a 1200 fragmentos
Radio de seguridad:	20 metros mínimo
Peso del explosivo:	145 gramos
Tipo de explosivo:	Pentolita
Cuerpo:	Color verde Oliva

El álbum fotográfico contenido en el estudio registra cuatro (4) imágenes que demuestran coincidencia con el dato relacionado con el color, reportando además su forma o presentación física ovoide. En el estudio se indica además que en la palanca de sujeción presenta una inscripción M8524A2 y que en el cuerpo no tiene marcaciones.

Como vemos, con esta información, al comparar la que suministra MAURÍN DE JESÚS ORDOÑEZ con los datos

registrados en el informe técnico por DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, no es posible establecer que se trate del mismo elemento.

De lo anterior, se desprende que la granada incautada no tiene características especiales que permitan individualizarla, en tanto que por ejemplo MAURÍN DE JESÚS ORDOÑEZ, quien menciona que se la arrebató al señor SPQ, no registra un número de serie que la identifique o al menos que le haya impuesto una marca que la individualice, tan solo menciona una descripción muy genérica cuando indica que el elemento obtenido corresponde a una granada de fragmentación que llevaba en la mano derecha el aprehendido de tipo IM-26, característica que además no coincide con la utilizada en la explosión, que corresponde a una M 75 de fabricación Yugoslava, como lo manifiesta el testigo YEIMAR FERNANDO BOTINA CÓRDOBA, quien fue el técnico profesional en explosivos que adelantó el estudio del escenario afectado por la onda expansiva, como para al menos alegar una similitud.

Claro está que bien podría aducirse que pueden utilizarse diferentes tipos de elementos explosivos, pero desafortunadamente el único dato relevante que menciona el agente incautador, corresponde a una característica genérica relacionada con el modelo, sin que se indicara como ya se explicó que se hubiese impuesto alguna marca que luego permitiera reconocerla o que pudiera ser observada por el técnico que realizaría el estudio.

No indica en ningún momento de su testimonio como tampoco quedó registrado en el acta de incautación, el número de inscripción M8524A2 que encontró el testigo técnico en explosivos DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN en la palanca de sujeción; a su vez a dicho testigo no se le interrogó acerca de si la mencionada inscripción era original de fábrica o fue impuesta con posterioridad de manera manual, o si corresponde a un número de serie, o si fue registrada por alguno de los funcionarios que intervinieron en su manejo.

Pese a lo anterior, veamos si con los testimonios podemos establecer los eslabones de la cadena de custodia, que implica conocer el nombre de los servidores judiciales que intervinieron en el manejo de la granada de fragmentación, en lo que se determina, con el testimonio de MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y el documento relacionado con el acta de incautación que dicho funcionario fue el agente incautador y por lo tanto sería el primer servidor en contacto con el elemento explosivo.

Ahora, con el estudio técnico suscrito por DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN se registra que su intervención se realizó por solicitud del patrullero CARLOS HERNÁN TUTISTAR, pero nada dijo respecto de quién fue el funcionario que le entregó la granada.

En esas condiciones, y en vista de que no se aportó en el juicio el registro de cadena de custodia y el que se aporta a través de una imagen fotográfica es ilegible, se desconoce el nombre de quiénes tuvieron a su cargo la custodia del

elemento incautado, para establecer si efectivamente el elemento granada que fue obtenido por MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ es el mismo que fue sometido a estudio por parte del técnico DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, además que como ya se anotó, inclusive al revisar el informe por él elaborado se menciona que el estudio se realiza por solicitud del patrullero CARLOS HERNÁN TUTISTAR persona que no declaró en juicio, razón por la que no se estableció si la granada de fragmentación le fue entregada por el incautador.

Tampoco los testigos MAURÍN DE JESÚS ORDÓÑEZ y DIYER JAVIER CARRANZA MOGOLLÓN, explican si el patrullero CARLOS HERNÁN TUTISTAR, tuvo a su cargo en algún momento la custodia del elemento incautado.

De esa forma no es posible determinar el hilo conductor que refleje con certeza que el elemento incautado es el mismo sometido a estudio, por lo cual se encuentra acierto en el reproche de la defensa al cuestionar la materialidad para el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, según la tipificación contenida en el artículo 366 del C.P.

Implica lo anterior que por sustracción de materia no es dable adentrarnos en el estudio que sobre la responsabilidad penal pudiera recaer en cabeza de SPQ, cuando no se establece con certeza que el objeto que se dice llevaba en su mano derecha, corresponda a una granada de fragmentación, lo que implica absolver de dicho

cargo al señor SPQ, en tal delito y por esa vía procede la revocatoria de la sentencia que en principio devenía como condenatoria para el mismo.

Consecuencia de este análisis, corresponde a la Corporación, realizar un ajuste en la pena impuesta, para eliminar del proceso de dosificación punitiva aquel quantum que le fuera impuesto por el A quo, para el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos.

De la revisión del proceso en mención adelantado por la primera instancia, se encuentra que dada la modalidad concursal, el *A quo*, individualizó la pena para cada delito, fijando para aquel relacionado con la granada, la pena de 140 meses de prisión, lo que implicó un incremento del mínimo punitivo que ascendía a 132 meses; y para el delito de Terrorismo expuso los cuartos de movilidad sin el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, según los lineamientos jurisprudenciales de la CSJ en el radicado 33254 de febrero 27 de 2013, pero sin lugar a incrementar la pena mínima que según el cuarto mínimo es de 120 meses, para luego definir el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, como el más grave, para sumar un monto de 12 meses en razón del concurso delictual, de lo que resultó una pena definitiva de 152 meses de prisión.

En esa senda, al declarar la absolución por el delito previsto en el artículo 366 del C.P. desaparece su pena como base para aplicar las reglas del artículo 31 ibídem, quedando en últimas la punibilidad prevista para el artículo 343 del C.P. que corresponde al delito de TERRORISMO, cuyo quantum punitivo se impondrá siguiendo los mismos lineamientos de la primera instancia, es decir, teniendo en cuenta el cuarto mínimo y el extremo inferior del mismo, pues no debe olvidarse que los aspectos analizados para el incremento punitivo relacionados con la puesta en riesgo de la integridad física del personal policivo y la generación del pánico y zozobra, fueron criterios determinantes para el incremento punitivo concursal.

En definitiva, la pena que corresponde imponer será la fijada en el extremo mínimo del cuarto inferior del ámbito punitivo, es decir CIENTO VEINTE (120) MESES DE PRISIÓN.

La pena de multa no exige ningún proceso de readecuación porque esta se impone por el legislador únicamente para el delito de Terrorismo. Pero si vale la aclaración y así la oportunidad de corregir el yerro en el que se incurrió en la primera instancia, en la parte resolutive, ya que pese a haberse adelantado el proceso de dosificación punitiva para la pena de multa, y fijarla en MIL (1.000) SAML MV, se omitió su registro al concretar la condena.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia condenatoria proferida el día el día 5 de agosto de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco. Por lo cual el numeral PRIMERO de su parte resolutive será reemplazado por el siguiente texto:

CONDENAR al señor **SPQ** por encontrarlo responsable en calidad de AUTOR, a título de DOLO del delito de TERRORISMO, previsto en el art. 343 del C.P. imponiendo en su contra pena de prisión de **CIENTO VEINTE (120) MESES DE PRISIÓN**, y la pena de **MULTA DE MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** al año 2014.

Por otra parte, **ABSOLVER** al precitado por el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días contados a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario