TESTIMONIO DE POLICIALES/ Valoración y credibilidad/ Mismidad de los objetos incautados/ Falsos positivos no tienen la entidad de reglas de la experiencia

“(…) los uniformados narraron de manera conteste, espontánea y coherente la forma en la que se desarrollaron esos acontecimientos (…) sus manifestaciones ameritan plena credibilidad, no por el simple hecho de provenir de servidores públicos, sino por su contundencia y claridad, sin que se avizore en ellos ninguna intención de tergiversar la realidad de lo acaecido, antes por el contrario, se nota palpable que narraron con lujo de detalles esa secuencia al punto que tanto el procesado como la defensa admiten que en efecto los oficiales hallaron en ese sitio un arma de fuego, y no tenían motivos de animadversión hacia él como para perjudicarlo falsamente (…)”

“(…) aunque la defensa en su intervención conclusiva cuestionó la credibilidad de esos testimonios oficiales porque en su sentir incurrieron en contradicción dado que en su declaración (…) manifestaron haber observado que el individuo arrojó un objeto negro que en principio no identificaron como un arma de fuego, con lo cual se afectó el requisito de la mismidad de lo hallado, a ese respecto se debe aclarar que tal principio hace alusión a la autenticidad del objeto incautado, es decir, a la demostración que determinado elemento probatorio presentado en juicio es el mismo que se recolectó en el lugar de los acontecimientos y que se encuentra en iguales condiciones a las que poseía para el instante del hallazgo, situación ésta que en ningún momento fue puesta en tela de juicio por parte del profesional del derecho.

Lo que al parecer quiso expresar el togado es algo diferente, concretamente que el objeto que según refieren los uniformados fue arrojado por el hoy acusado era uno distinto al arma de fuego encontrada, pero tal aseveración no encuentra respaldo probatorio alguno, por cuanto la única información que a ese respecto existe y que ingresó válidamente al juicio fue aquella aportada por los agentes (…) quienes durante el contrainterrogatorio de la defensa fueron enfáticos al afirmar que aunque en primera instancia no identificaron lo que se lanzó por parte del citado individuo, lo único localizado en el sitio fue el arma aludida.

(…) como tampoco en el sector había un individuo distinto al hoy acusado que permitiera predicar que se haya presentado una confusión al respecto (…)”

“(…) esa presunción de un actuar para lograr un `falso positivo´ por parte de las autoridades de policía, que es el argumento central de la apelación, lo ha descartado la jurisprudencia nacional al concluir que no puede tomarse como una regla de la experiencia. (…)”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 21 de abril de 2010 -rad. 32279-; Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, sentencia de 9 diciembre de 2013 -rad. 66682600006620090169501-.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

ACTA DE APROBACIÓN No 255

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Abril 01 de 2016, 9:00 a.m. |
| Imputado: | César Augusto Jiménez Montoya |
| Cédula de ciudadanía: | 18.598.683 de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Delito: | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones |
| Víctima: | La Seguridad Pública |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el procesado contra el fallo condenatorio fechado junio 26 de 2014. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Da cuenta el escrito de acusación que en enero 7 de 2014, siendo las 18:05 horas, la policía uniformada se encontraba en la carrera 9 frente a la nomenclatura 8-30 de Santa Rosa de Cabal en labores de registro e identificación de personas, cuando observan a un hombre del que habían sido informados por la central de radio que portaba un arma de fuego, la cual arroja al suelo, razón que dio lugar a su requisa e identificación, y al solicitarle el permiso para porte dice no poseerlo, a consecuencia de lo cual se procede a la captura de quien dijo llamarse CÉSAR AUGUSTO JIMÉNEZ MONTOYA.

1.2.- Realizada la audiencia de formulación de imputación (enero 8 de 2014) ante el Juzgado Penal Municipal con función de control de garantías de Santa Rosa de Cabal (Rda.), por medio de la cual se le formularon cargos al señor CÉSAR AUGUSTO por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones consagrado en el artículo 365 C.P., en la modalidad de “portar”, el indiciado expresó que no aceptaba los cargos; y a consecuencia de esa no aceptación la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (marzo 20 de 2014) por medio del cual ratificó el mismo cargo en calidad de autor, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento de esa misma municipalidad, autoridad que llevó a cabo las audiencias de formulación de acusación (abril 21 de 2014), preparatoria (mayo 19 de 2014) y juicio oral (junio 13 de 2014) en donde se anunció un sentido de fallo de carácter condenatorio para posteriormente dar lectura a la respectiva sentencia (junio 26 de 2015).

1.3.- Los fundamentos que tuvo en consideración la funcionaria a quo para llegar a esa conclusión condenatoria se hicieron consistir en que la materialidad de la conducta se encontraba probada por las diferentes estipulaciones presentadas por las partes, además de las declaraciones de los policiales que atendieron el caso, los que informan que el procesado cumplía con la descripción que momentos antes se les había dado por radio en relación con la presencia de una persona armada, quien al percatarse de su presencia arrojó un objeto negro y lo tapó con un balde, para a continuación proceder a verificarse que se trataba de un arma de fabricación artesanal, sin que existiera otro elemento cerca que permitiera pensar que se trató de una equivocación, ni tampoco otros individuos en el sector; es decir, no había duda que era el señor CÉSAR AUGUSTO quien portaba dicho artefacto.

Agrega que aunque no se aportó certificación de la entidad encargada de expedir permisos para el porte o tenencia de armas, cuando se trata de armas no convencionales no se requiere acreditar tal requisito, como así lo predicó la Sala Penal del Tribunal de Pereira en decisión de diciembre 9 de 2013. Al haberse entonces configurado la estructura del tipo -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- se condenó al señor CÉSAR AUGUSTO JIMÉNEZ MONTOYA a la pena de 108 meses de prisión, y se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.4.- La Fiscalía y Defensa estuvieron conformes con la sentencia, no así el procesado quien hizo expresa manifestación de apelar el fallo, y que la sustentación la haría de manera escrita.

2.- Debate

2.1.- Procesado -recurrente-

No comparte la sentencia proferida en su contra y por ende pide la absolución, a cuyo efecto expone:

- No es responsable del delito por el que se le acusa, ya que el arma decomisada no es suya ni le fue encontrada, pues al llegar los agentes no tenía en su poder esa arma y es falso que lo hayan visto arrojarlo al suelo por lo que no fue capturado en situación de flagrancia.

- Desconoce los motivos por los cuales los oficiales se pusieron de acuerdo para perjudicarlo y hacer una acusación ilógica, porque si es verdad que hallaron el arma en el sitio debieron indagar de quién era la misma, lo que no hicieron, y como él estaba ahí lo más fácil fue responsabilizarlo de ésta máxime que cuando fue requisado no se le encontró nada. Se pregunta entonces: ¿de qué porte lo están acusando?

- Es cierto que encontraron un arma, pero queda la duda acerca de a quién pertenece, porque eso no se estableció y se la endilgan a él por estar cerca de donde según los agentes fue hallada. Siendo así, se estaría frente a las palabras de los agentes contra la suya, y si a él no se le cree entonces por qué sí se le da crédito a los uniformados. Por el hecho de ser policías no puede estimarse que siempre digan la verdad.

- En su sentir los agentes quieren hacer un falso positivo, lo cual les queda fácil pues no cuenta con testigos; además, si fue un informante el que dijo que había una persona armada y dio sus características, se pregunta: ¿por qué no apareció para declarar?

Así las cosas, concluye que los policiales lo quieren hacer condenar para justificar un procedimiento indebido.

2.2.- Defensa -no recurrente-

Solicita se revoque la decisión adoptada por la primera instancia, y al efecto expone:

-La prueba arrimada es puramente testimonial y ratifica lo que expresó en sus alegatos conclusivos, en cuanto no existe prueba suficiente para dictar un fallo condenatorio al no reunirse los presupuestos para determinar la responsabilidad del acusado, en tanto la versión de los policías no es clara frente a la identificación de lo decomisado cerca al lugar donde estaba su prohijado, ya que no se podía decir que el elemento arrojado fue el mismo encontrado por la policía, como quiera que ellos solo observaron un objeto negro y en este caso no se configuraría el requisito de mismidad, pues aunque se encontró un arma no podría decirse que ésta la tiró el encartado pues no lo vieron cuando lo hizo, y el que se hubiera hallado a una corta distancia no significa que la tuviera en su poder momentos antes.

- No existe grado de certeza que indique que el acusado es autor de la conducta atribuida, y discrepa de las alegaciones de la Fiscalía en el sentido que los agentes no vieron el objeto arrojado, pues ellos tuvieron que ir a verificar de qué se trataba; es decir, que no hubo plena identificación de lo decomisado desde un comienzo.

- Hay dudas en cuanto a la responsabilidad del acusado, pues es solo la prueba testimonial la que se la endilga, ya que no se probó que lo arrojado fuera el arma encontrada; y, en consecuencia, no entiende la razón por la cual tiene que dársele plena credibilidad a los dichos de los agentes cuando manifestaron no ver de qué tipo de objeto se trataba, lo que conlleva a la existencia de contradicciones entre la prueba de la Fiscalía y de la Defensa.

- La duda existente necesariamente debe resolverse a favor del procesado en aplicación del *in dubio pro reo*, al no haberse determinado su verdadera responsabilidad en este caso.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, la juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso el procesado-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Al Tribunal le corresponde establecer el grado de acierto que contiene el fallo opugnado, a efectos de determinar si la decisión condenatoria adoptada en contra del aquí implicado está acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y al proferimiento de una sentencia absolutoria, tal como lo solicita la defensa.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma, en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo proferido por la primera instancia, en los términos anunciados.

Como se indicara al comienzo de esta providencia, los hechos génesis de la presente actuación ocurrieron en enero 7 de 2014, aproximadamente a las 18:05 horas, cuando dos uniformados que efectuaban labores de patrullaje fueron informados que por el sector de la carrera 9 con calle 8 de Santa Rosa de Cabal se hallaba una persona presuntamente armada. Al llegar al sitio los policiales vieron cuando el ciudadano que fue descrito por la central de radio arrojó un objeto al suelo y al verificar se percataron que se trataba de un arma de fabricación artesanal, lo que conllevó a la aprehensión de la persona que dijo llamarse CÉSAR AUGUSTO JIMÉNEZ MONTOYA.

Frente a la materialidad de la conducta no existe duda alguna, toda vez que como estipulación probatoria se allegó al juicio el dictamen pericial suscrito por el Técnico Profesional en Balística adscrito a la Sijín, JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ, quien realizó estudio a un arma de fuego -pistola-, sin marca, sin modelo y sin serial, con capacidad para un cartucho, de fabricación “hechiza” o artesanal, la cual al ser sometida al correspondiente experticio resultó apta para producir disparos. Así mismo, tanto el recurrente como su abogado dan cuenta que efectivamente dicho instrumento de fuego sí fue encontrado en ese lugar por los agentes del orden.

En cuanto a la responsabilidad, la principal prueba de cargo está representada por las declaraciones de los oficiales que participaron en el procedimiento de captura, quienes de manera directa observaron cuando el aquí judicializado CÉSAR AUGUSTO JIMÉNEZ al notar la presencia de la autoridad arrojó un objeto al suelo, lo tapó con un balde, y a consecuencia de ello se procedió a realizar la respectiva verificación por parte del uniformado JHONIER JULIÁN RÍOS GALLO, quien en efecto halló un elemento en ese sitio, el que resultó ser un arma de fuego.

Al anterior decomiso se une el hecho de no contar el procesado con permiso de autoridad competente para su porte o tenencia, con mayor razón cuando se trata de un arma hechiza o de fabricación artesanal, como lo refirieron los testigos y lo corroboró el perito en balística, ya que para este tipo de artefactos no se otorga autorización alguna. De ese modo, le asiste razón a la funcionaria a quo al asegurar en su decisión que aunque la Fiscalía no arrimó al juicio la constancia de la Oficina de Control y Comercio de Armas para establecer que el acusado carecía de tal autorización, la misma no se requería. En efecto, sobre el punto esta Corporación así se pronunció:

“En cuanto al estudio del segundo tema propuesto por la recurrente y que se encuentra relacionado con la no acreditación del permiso para porte de armas por parte del procesado, es necesario precisar que esa exigencia tiene sentido, cuando se trata de armas que han sido adquiridas legalmente, pero no frente a armas “hechizas” o de confección artesanal, frente a las cuales no es posible solicitar la acreditación de esa licencia, ya que ninguna autoridad puede certificar que ha expedido salvoconducto para su porte o tenencia […]”[[1]](#footnote-1)

Téngase en cuenta además que los uniformados narraron de manera conteste, espontánea y coherente la forma en la que se desarrollaron esos acontecimientos, y para la Sala en consonancia con lo concluido por la falladora de instancia sus manifestaciones ameritan plena credibilidad, no por el simple hecho de provenir de servidores públicos, sino por su contundencia y claridad, sin que se avizore en ellos ninguna intención de tergiversar la realidad de lo acaecido, antes por el contrario, se nota palpable que narraron con lujo de detalles esa secuencia al punto que tanto el procesado como la defensa admiten que en efecto los oficiales hallaron en ese sitio un arma de fuego, y no tenían motivos de animadversión hacia él como para perjudicarlo falsamente, salvo el interés de un “falso positivo” según lo propone el acusado en su recurso.

Pero ocurre, que esa presunción de un actuar para lograr un “falso positivo” por parte de las autoridades de policía, que es el argumento central de la apelación, lo ha descartado la jurisprudencia nacional al concluir que no puede tomarse como una regla de la experiencia. Textualmente se dijo a ese respecto:

“Viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala lo siguiente: “Las reglas de la experiencia se configuran a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contexto temporo-espacial determinado. Por ello, tienen pretensiones de universalidad, que sólo se exceptúan frente a condiciones especiales que introduzcan cambios en sus variables con virtud para desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles.

Así las cosas, las reglas de la experiencia corresponden al postulado “siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B”, motivo por el cual permiten efectuar pronósticos y diagnósticos. Los primeros, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección) y los segundos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección).

Por el contrario, resulta nítido los yerros del defensor, al postular como reglas de la experiencia, situaciones eventuales, contingentes y particulares –desde luego con una verdadera connotación social- pero aisladas del comportamiento laboral de los uniformados, **al no poderse predicar jamás que las actuaciones de todos los miembros de las fuerzas armadas se ajustan a los falsos positivos**”.[[2]](#footnote-2) –negrillas excluidas del texto-

Ahora, aunque la defensa en su intervención conclusiva cuestionó la credibilidad de esos testimonios oficiales porque en su sentir incurrieron en contradicción dado que en su declaración en la vista pública manifestaron haber observado que el individuo arrojó un objeto negro que en principio no identificaron como un arma de fuego, con lo cual se afectó el requisito de la mismidad de lo hallado, a ese respecto se debe aclarar que tal principio hace alusión a la autenticidad del objeto incautado, es decir, a la demostración que determinado elemento probatorio presentado en juicio es el mismo que se recolectó en el lugar de los acontecimientos y que se encuentra en iguales condiciones a las que poseía para el instante del hallazgo, situación ésta que en ningún momento fue puesta en tela de juicio por parte del profesional del derecho.

Lo que al parecer quiso expresar el togado es algo diferente, concretamente que el objeto que según refieren los uniformados fue arrojado por el hoy acusado era uno distinto al arma de fuego encontrada, pero tal aseveración no encuentra respaldo probatorio alguno, por cuanto la única información que a ese respecto existe y que ingresó válidamente al juicio fue aquella aportada por los agentes JHONNIER JULIÁN RÍOS GALLO y ALAÍN ANTONIO GIRALDO RAMÍREZ, quienes durante el contrainterrogatorio de la defensa fueron enfáticos al afirmar que aunque en primera instancia no identificaron lo que se lanzó por parte del citado individuo, lo único localizado en el sitio fue el arma aludida.

Nótese que en el lugar donde fue hallado el artefacto -debajo de un balde- ningún otro elemento se encontró, como tampoco en el sector había un individuo distinto al hoy acusado que permitiera predicar que se haya presentado una confusión al respecto. Antes por el contrario, lo que los miembros de la fuerza pública aportaron de manera clara y diáfana en juicio fue que al tiempo en que hicieron presencia al frente del parqueadero de la novena, observaron a la persona que momentos antes la central de radio les había reportado, quien arrojó y ocultó un elemento que resultó ser el arma incautada.

Lamentablemente, esas narraciones claras y concretas de parte de los uniformados, contrastan con el silencio del señor **CÉSAR AUGUSTO** quien se abstuvo de declarar en juicio; en consecuencia, lo que eventualmente habría de aportar al caso no pudo ser objeto de apreciación por parte de la señora juez de primer grado, que es lo que en últimas echa de menos el impugnante.

En ese orden de ideas y al considerarse que la providencia adoptada se encuentra ajustada a derecho, se procederá a su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de apelación.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, sentencia de diciembre 9 de 2013, Rad. 66682600006620090169501, M.P. Jairo Ernesto Escobar Sanz. [↑](#footnote-ref-1)
2. *C.S.J.*, auto del 21-04-10, radicación 32279, M.P. Javier Zapata Ortiz. [↑](#footnote-ref-2)