



SALA PENAL

Medellín, doce (12) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	05001-60-00206-2012-18980
PROCESADOS	DANIEL ALFONSO GONZÁLEZ y OTROS
DELITOS	FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTES DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADO
PROCEDENCIA	JUZGADO 3 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Magistrado Ponente
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 23 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por los defensores de los señores **DANIEL ALFONSO GONZÁLEZ, ALEXIS VILLA ECHAVARRÍA, JERSON ANDRÉS VÁSQUEZ LOAIZA, JOSÉ RODRIGO PUERTA NAVALES, JORGE ENRIQUE VÉLEZ Y HERNANY DE JESÚS PIEDRAHITA JARAMILLO**, en contra del fallo condenatorio proferido el 23 de octubre de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, dentro del proceso que se adelantó en su contra por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO**.

2. HECHOS

El 16 de marzo del año 2012, a eso de las 03:45 horas, en el barrio Robledo Aures, en el sector conocido como el Chispero, agentes de Policía Nacional que se encontraban prestando labor de vigilancia y control, escucharon

unas detonaciones al parecer de arma de fuego y se dirigieron a donde se habían producido. Al llegar, notaron que en el techo de un segundo piso de una vivienda ubicada en la calle 87 No 98-53 había unos sujetos vestidos con prendas oscuras, que, al advertir su presencia, emprendieron la huida mientras les apuntaban con un arma de fuego.

Inmediatamente los policiales emprendieron la persecución, subieron por unas escalas hasta la vivienda y comenzaron a tocar la puerta, para advertir a los moradores y prestarles seguridad, pero como no les habrían, uno de ellos se trepó al techo por la zona del balcón, seguido por su compañero que le guardaba la espalda, pudiendo ver que unas personas trataban de ocultarse en la parte trasera del techo de la vivienda, con tal mala suerte que el tejado cedió ante el peso de todos y cayeron al interior de la residencia, más exactamente en la cocina.

Ante esta circunstancia, el patrullero Usme Londoño se acercó al sitio donde momentos antes trataban de ocultarse y halló dos armas de fuego a escasos metros del lugar donde se desplomó el techo, luego se las entregó en custodia al patrullero Rincón Mazabel que le prestaba seguridad por la espalda y se dispuso a bajar por el orificio que se había generado soportándose en un mesón de la cocina, donde encontró -aún aturcidos por la caída- a siete personas que trataban de levantarse. En ese instante, su compañero descendió y entre los dos dieron captura a los señores **DANIEL ALFONSO GONZÁLEZ, ALEXIS VILLA ECHAVARRÍA, JERSON ANDRÉS VÁSQUEZ LOAIZA, JOSÉ RODRIGO PUERTA NAVALES, JORGE ENRIQUE VÉLEZ Y HERNANY DE JESÚS PIEDRAHITA JARAMILLO**, así como a un menor de edad, poniéndolos a disposición de las autoridades competentes, así como los elementos incautados.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de marzo de 2012, tras declararse ilegal la captura de estas 6 personas (decisión que fue revocada en segunda instancia), la Fiscalía les formuló imputación en calidad de coautores del delito de **FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**

AGRAVADO (artículo 365 numeral 5), no obstante, estos no se allanaron a los cargos. A continuación, la Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, quedando todos en libertad.

Presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento del caso al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 23 de octubre de 2015, se profirió sentencia condenatoria en contra de los acusados, la cual fue impugnada por sus defensores.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, tras efectuar un recuento de los hechos, las estipulaciones y las pruebas recaudadas en el juicio oral, concluyó que la Fiscalía logró demostrar la existencia del punible y la responsabilidad de los procesados en el mismo a título de coautores.

Refiere que los testimonios de los policiales que participaron en el operativo es absolutamente creíble y si bien fueron duramente cuestionados por los defensores, no lograron desvirtuar su veracidad; eso sin mencionar el conjunto de indicios graves que denotan la responsabilidad de los acusados, pues no es normal que siete sujetos, se encontraran en un tejado de una residencia a las tres de la mañana, armados y sin tener ninguna relación directa con la mencionada vivienda, además los agentes de policía llegaron al sector no buscando incautos para armar un “positivo” como alega la defensa, sino porque fueron alertados por unas detonaciones de arma que escucharon cuando hacían su labor de vigilancia.

En cuanto al argumento de la defensa de reconocerles la circunstancia de marginalidad y pobreza, pues recuerda que tal y como lo sostiene la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, no es la audiencia de individualización de pena el escenario para alegar la existencia de una disminuyente que tiene relación directa con el injusto mismo, menos cuando no se hizo mención alguna durante el juicio oral.

En relación a la dosificación punitiva y teniendo en cuenta que fueron acusados por el delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADO** por actuar en coparticipación criminal, les impuso una pena a los señores **DANIEL ALFONSO GONZÁLEZ, ALEXIS VILLA ECHAVARRÍA, JERSON ANDRÉS VÁSQUEZ LOAIZA, JORGE ENRIQUE VÉLEZ y HERNANY DE JESÚS PIEDRAHITA JARAMILLO**, de 218 meses de prisión, mientras que al señor **JOSÉ RODRIGO PUERTA NAVALES** por contar con un antecedente penal le impuso 219 meses de prisión.

Así mismo les impuso una pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal más 1 día y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un lapso de 5 años. Finalmente les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, dado que la pena impuesta supera el quantum objetivo previsto en el artículo 64 y 38B del Código Penal.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En escrito allegado oportunamente, los defensores de los procesados – actuando en forma independiente- impugnaron el fallo, con los siguientes argumentos:

5.1. Dr. JAIRO ANTONIO OCHOA YOTAGRY: defensor de Alexis Villa Echavarría y Daniel Alfonso González.

Expone la apelante que no está de acuerdo con la sentencia condenatoria proferida en contra de sus representados, pues en su criterio la A quo fundamentó la condena en operaciones indiciarias excluidas del Sistema Penal Acusatorio como medio de prueba. Así mismo efectúa un recuento de la naturaleza del indicio y las distintas concepciones dogmáticas, así como sus características para concluir que en este caso los indicios referidos a la presencia, participación y actitud sospechosa de sus representados no son necesarios sino contingentes y no se relacionan con el porte ilegal de arma de fuego.

Refiere que la madre de uno de los acusados y los mismos policiales reconocieron que los jóvenes residían en el sector, por ende, no se puede deducir que no tenían relación con el inmueble como equivocadamente lo hizo la juez, sino que se trataba de una barra de amigos, que acostumbrar reunirse ya sea con fines de consumo de alucinógenos, licor o simplemente para departir.

De otro lado, dice que para deducir que sus representados son coautores debe demostrarse que existió un acuerdo previo para estar en ese techo armados, o que pertenecían a una banda criminal, pero este hecho como tal no se acreditó. Insiste en que su presencia en el techo era porque buscaban la clandestinidad para consumir alucinógenos o licor y evitar ser vistos por los vecinos, de ahí que no puede hablarse de actitud sospechosa.

En conclusión, al no probarse la coautoría ni los elementos citados en la doctrina para su configuración, así como los indicios referidos por la Juez de conocimiento, además así conociesen la existencia de las armas incautadas, ellos no las portaban, pues no se encontró vestigio o huella que demuestre lo contrario, tampoco se acreditó el dominio del hecho y la conciencia o voluntad de su participación en el reato, de ahí que en su sentir deben ser absueltos de todos los cargos.

En caso de no acceder a su pretensión principal, solicita modificar la condena en cuanto al grado de participación, condenándolos como cómplices y desestimando la agravante en cuestión.

5.2. Dr. JUAN GUILLERMO LOAIZA BETANCUR, defensor de Jerson Andrés Vásquez Loaiza, Jorge Enrique Vélez, Hernany de Jesús Piedrahita Jaramillo y José Rodrigo Puerta Navales.

El recurrente comienza su intervención efectuando un recuento de los hechos, las estipulaciones, los alegatos de conclusión y la decisión de primera instancia, para concluir que la juez se apartó de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia al efectuar una serie de inferencias que de haberse aplicado en forma correcta le habrían dado

plena credibilidad a su tesis defensiva, relacionada con la ilegalidad del procedimiento de captura, así como con el análisis de los testigos de cargo, que en su sentir fue despachado de manera laza y poco profunda.

Así mismo, en lo relacionado con la inexistencia de prueba que permitiese inferir coautoría, la A quo resolvió el impase acudiendo a los indicios, estructurados a partir de la prueba testimonial, donde son notorias las contradicciones y fallas técnicas de la declaración de los agentes del orden que participaron en el operativo.

Por lo anterior, reitera la solicitud de su colega de absolver a sus representados y en forma subsidiaria, pide que se les reconozca la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema de que trata el artículo 56 del Código Penal ya que como se dijo en la audiencia de individualización de pena, estos se encuentran sumergidos en condiciones de pobreza que incidieron en la ocurrencia del ilícito.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en virtud en lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, artículo 176 de la ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

Como quiera que son varios los problemas jurídicos abordados por los apelantes, la Sala procederá al estudio de los mismos en el orden en que fueron planteados.

6.1. Validez de la prueba indiciaria en la ley 906 de 2004.

Según los apelantes, en este caso la responsabilidad penal de los acusados se fundamentó principalmente en prueba indiciaria, la cual se encuentra proscrita en el Sistema Penal Acusatorio. Dice que los indicios mencionados por la A quo referidos a la presencia, participación y actitud sospechosa de sus representados son contingentes y fueron valorados de manera errada, pues se demostró que los mismos residían en el sector y que su reunión tenía como fin el consumo de alcohol o de alucinógenos.

Para esta magistratura, luego de un examen conjunto de las pruebas practicadas en el juicio oral, se considera que la oposición de los defensores a la valoración efectuada por la juez de primer grado sobre las presuntas inconsistencias que -en su criterio- conllevarían a la emisión de una sentencia absolutoria, carece de fundamento, pues si bien la A quo durante su argumentación acudió a operaciones indiciarias para efectos de fundamentar la responsabilidad penal, ello no significa que el dossier probatorio no arroje ese conocimiento o percepción que se requiere para estructurar un fallo de condena o que estas inferencias razonables no puedan ser utilizadas por el fallador como herramientas auxiliares en el proceso de valoración probatoria.

En efecto, a pesar de que en la ley 906 de 2004, el indicio no fue elevado a la categoría de medio de conocimiento (artículo 382) ello no significa que las inferencias lógico jurídicas estén prohibidas, todo lo contrario, según la Corte Suprema de Justicia,¹ su utilización como método de interpretación permite eliminar la parcialidad del juez, ya que este debe apreciar la prueba, de la forma menos subjetiva posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen, con el fin de evitar incurrir en arbitrariedades. De manera que el proceso de aducción y valoración de la prueba por su parte no puede ser limitado, sino que los juicios y raciocinios que haga el fallador, deber ir acompañados o soportados en los postulados de la lógica, las máximas de la experiencia y por supuesto, las reglas de las ciencias.

En el caso que nos convoca, no es una errónea intelección, asegurar con plena certeza que los señores **DANIEL ALFONSO GONZÁLEZ, ALEXIS VILLA ECHAVARRÍA, JERSON ANDRÉS VÁSQUEZ LOAIZA, JOSÉ RODRIGO PUERTA NAVALES, JORGE ENRIQUE VÉLEZ Y HERNANY DE JESÚS PIEDRAHITA JARAMILLO**, son coautores materiales del delito de porte ilegal de arma de fuego ocurrido el 16 de marzo de 2012 en el barrio Robledo de esta ciudad; por el contrario, ello se desprende con suma claridad del análisis de los hechos ciertos, los medios de conocimiento recaudados y aquellos otros que se derivan de los dos anteriores y que

¹ CSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de marzo de 2006 Radicado 40698.

conducen a afianzar la decisión de responsabilidad que hoy se confirma en esta providencia, concretamente las reglas de la experiencia y los múltiples indicios que se extraen de la presente investigación.

Para el caso concreto, los testimonios de los agentes de policía que participaron en el operativo y que dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la captura de los acusados, sumadas a los elementos bélicos incautados y a los demás actos de verificación relacionados con la ausencia del nexo entre los procesados y el inmueble en cuestión, son aspectos que lejos de exonerarlos, los incriminan seriamente.

Véase que los patrulleros que atendieron el suceso, no acudieron al sector de forma intempestiva, sino en razón a unos disparos que se escucharon a lo lejos y que los pusieron en alerta, que al llegar vieron en un tejado a un número plural de sujetos, uno de los cuales les apuntó con un arma de fuego, evento que no resulta para nada normal, si tenemos en cuenta que eran las 03:00 de la madrugada, de ahí la reacción de los policiales haya sido perseguirlos, pues atendiendo la experiencia de su profesión, no podían quedarse tranquilos y suponer –como lo plantea la defensa- que estos se subieron a un tejado a consumir estupefacientes.

Ahora bien, de los hechos narrados por los testigos, se pueden extraer varias conclusiones:

- i) En primer lugar, que los procesados estaban presentes en el lugar de los hechos y pese a ello, ninguno tenía una relación directa o indirecta con el inmueble, en cuestión; ni tampoco justificaron en forma su presencia en esa vivienda y a esa hora de la madrugada, eso si tenemos en cuenta que en el juicio se estipuló que ninguno de ellos vivía en esa residencia;
- ii) En segundo lugar, se evidencia un indicio de mala justificación, ya que ninguno quiso decir que estaban haciendo en el techo, quienes eran los propietarios de las armas, tampoco porque se estaban escondiendo en la

parte trasera del tejado, sino estaban haciendo nada ilegal y porque todos guardaron silencio ante los cuestionamientos de las autoridades.

iii) En tercer lugar, no existe una justificación lógica para la reacción sospechosa de los acusados al ser sorprendidos por los agentes de policía, toda vez que, en vez de salir y mostrar una actitud de colaboración con las autoridades, optaron por evadirlos y tratar de ocultarse, así como los artefactos bélicos, contrariando la regla de la experiencia que enseña que cuando alguien es inocente y está siendo sindicado de un delito que no ha cometido, actúa en condiciones de desconcierto y extrañeza por lo vivido y asume más bien una actitud de cooperación con las autoridades;

iv) En cuarto lugar, es innegable la existencia del indicio de ocultamiento de elementos incriminatorios, ello se desprende de la actitud de los procesados, quienes al verse sorprendidos por las autoridades, se refugiaron en la parte trasera del inmueble y ocultaron las armas de fuego, con las que momentos antes habían intimidado a los policiales, obligando a dichos funcionarios a tener que treparse al tejado, con tal mala suerte que el excesivo peso, hizo colapsar el techo y que cayeran al interior de la vivienda.

Aquí se pregunta la Sala: ¿Qué razón había para que los procesados se treparan a las 3 de la mañana al tejado de un inmueble de un ciudadano que no conocían, con dos armas de fuego y además evadieran a las autoridades? La respuesta es obvia: cada una de estas personas hacía parte de un plan criminal, sus integrantes sabían que estaban armados, pues de lo contrario no habrían tenido que ocultarse, ni valerse de la oscuridad de la noche y además ante la evidente captura, todos guardaron silencio, encubriéndose mutuamente, de manera que la hipótesis que alega la defensa sobre la búsqueda de la clandestinidad para consumir alucinógenos o alcohol, se cae por su propio peso, pues ninguno de ellos fue sorprendido portando este tipo de sustancias, y en caso tal, no existe explicación lógica para hacerlo en un tejado de un extraño, cuando cada uno de ellos reside en el sector y tienen sus propias viviendas, donde podían buscar refugio para estas actividades sin exponer su vida ni la de los demás. De ahí entonces que los argumentos

expuestos por los apelantes sobre este tema en cuestión, sean despachados en forma negativa.

6.2. Ausencia de prueba sobre la Coautoría.

Otro aspecto que critican los apelantes se refiere a la ausencia de prueba sobre la coautoría impropia, ya que, en su criterio, no se demostró ni el acuerdo, ni el dominio del hecho, y mucho menos la voluntad de estos en su participación.

Sobre este tema en particular, la Sala comparte la postura de la A quo, pues es indudable que cada uno de los involucrados en el reato, sabía que sus compañeros estaban portando armas de fuego y que estaban en un inmueble ajeno, es decir que había unidad de conocimiento y voluntad, además cuando fueron sorprendidos por las autoridades, todos en forma unánime buscaron -no solo evadir- a los policiales, sino que ocultaron los artefactos bélicos e incluso luego de capturados, guardaron silencio al unísono, sin delatar al propietario de las armas, es decir, su comportamiento devela una ejecución mancomunada, es decir acordada previamente y ejecutada como propia por todos los individuos que estaban sobre el tejado, de manera que las consecuencias adversas a estos hechos, deben ser asumidas por cada uno de estos en forma equitativa, sin que se requiera diferenciar entre autor material y partícipe².

Así las cosas, el escenario descrito por los agentes de policía que lograron la captura de los procesados, refleja una forma indiscutible de coautoría respecto del punible de porte ilegal de armas, pues los elementos incautados no llegaron al techo de esa vivienda producto de una determinación individual, sino como parte de un plan preconcebido con una finalidad especial, la cual no llegó a materializarse, dada la oportuna intervención de las autoridades, empero para efectos de la punibilidad no es relevante quien era la persona que llevaba el arma consigo, quien la suministró o quien era su propietario, como erróneamente lo plantea la

² Casación del 10 de junio de 1993, MP. Gustavo Gómez Velásquez, radicado 7669; casación del 29 de octubre de 1993, MP. Jorge Enrique Valencia Martínez, radicado 7644 Y Casación del 15 de junio del 2000, MP. Nilson Pinilla Pinilla, radicado 12372.

defensa, dado que en esas particulares condiciones por las armas incautadas responden todos los que acordaron llevarlas. Este criterio ha sido sostenido pacíficamente por la jurisprudencia desde antaño por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en términos que se transcriben a continuación:

*“... Limitar el alcance del verbo portar a la idea de llevar el arma en la mano, o en la cintura, o de alguna manera adherida al cuerpo, es restringir en forma indebida su significación jurídico penal, pues porta no solo quien la lleva consigo **sino todos aquellos que conocedores de esta circunstancia participan en la empresa delictiva común.***

No tiene razón de ser admitir que, si el arma es muy grande, un cañón por ejemplo y lo llevan entre cuatro personas, todos portan, en cambio sí es pequeña, aunque hayan acordado llevarla con ellos, únicamente porta el que la tenga en sus manos. Para ilustrar lo errónea de esta posición, bastaría tener en cuenta que en casos semejantes sería suficiente que sortearan quién toma el arma, para que en el evento de ser descubiertos la responsabilidad solo recayera sobre esa persona.

Abundando en ejemplos, si a dos individuos que son sorprendidos momentos antes de realizar un atentado se les encuentra una granada u otro artefacto explosivo cuyo porte y eventual utilización acordaron, pero que solo uno de ellos lleva consigo, la conducta de portar es imputable a los dos.³ (negrilla y cursiva de la Sala)

El criterio acabado de exponer se ha mantenido incólume hasta hoy, como lo ilustran las siguientes citas jurisprudenciales:

(...) No es atinado sostener que, en los delitos cometidos por un número plural de personas, que han actuado bajo un designio común, la acción se divida para responsabilizar a cada interviniente sólo por la fracción de hecho que haya ejecutado materialmente. De ahí que para estos efectos el acto colectivo debe apreciarse en su conjunto⁴.

La Sala también ha sostenido que, cuando varias personas deciden cometer un delito y para su realización utilizan armas de fuego, están creando un riesgo

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de septiembre de 1993, radicado 7272

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia Auto AP196/14 42768 del 29 de enero de 2014

jurídicamente desaprobado que a todos les corresponde asumir, pues la decisión de incorporar a la tarea delictiva las armas se atribuye a todos y por tanto también será de todos la responsabilidad por los delitos que se cometan con el empleo de esas armas en desarrollo de la conducta punible convenida. (Subrayado nuestro)

En conclusión, para esta magistratura no existe duda alguna de la voluntad y el acuerdo previo entre los acusados para portar las armas incautadas que muy probablemente serían utilizadas en la ejecución del plan acordado previamente, razón suficiente para tenerlos como coautores del reato que pone en peligro la seguridad pública.

6.3. Reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema.

En el escrito de apelación, la defensa solicita conceder en forma subsidiaria a sus defendidos al reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, toda vez que -según este- las condiciones de pobreza en que están sumergidos fueron determinantes para la comisión del delito.

Sobre el tema en particular, no existe una postura pacífica en esta magistratura, toda vez que los miembros de la Sala mayoritaria son del criterio de que la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema prevista en el artículo 56 del C. P. es una cuestión que tiene que ver con la culpabilidad del procesado, específicamente con la exigibilidad de la acción, por lo que el espacio procesal para discutirla nunca podría ser la audiencia de individualización de pena y sentencia reglada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en tanto este espacio procesal solo está diseñado para determinar la cantidad y la calidad de pena una vez que la persona ha sido hallada responsable de la comisión de una conducta delictual (típica, antijurídica y culpable). Ahora bien, el Dr. **BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**, es del parecer que -por excepción- y en unos eventos específicos sí es posible traer a colación ese debate en la mencionada audiencia, tal y como se explicará en la aclaración parcial de voto, que acompaña esta providencia, donde se plasmarán los argumentos

disidentes, así como las razones por las cuales, a pesar de no compartirse este criterio, se estima prudente confirmar el fallo de primera instancia.

Continuando con el análisis del problema jurídico, tenemos que el texto normativo que establece el acto de individualización de la pena y sentencia, consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 447. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA: *Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.*

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral. ...

Ahora bien, esto no obsta para que en casos excepcionales cuando una de las partes o intervinientes necesite de una prueba para fundamentar sus peticiones, si no la tiene a la mano le pueda pedir su práctica al juez y este determine su pertinencia y conducencia atendiendo al preciso objeto de tal audiencia, esto es, “*las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado*”. Incluso el juez puede hacerlo oficiosamente y para ello, claro está, puede suspender la audiencia; pero es lo cierto y verdadero, que el artículo 447 lo único que le manda al juez es que le permita a las partes pronunciarse sobre los aspectos antedichos para que se tome la decisión de la calidad y la cantidad de pena que se le ha de imponer al condenado, lo que de suyo implica, además, que tal acto procesal está vedado para discutir cualquier aspecto de

responsabilidad, pues tal cuestión es propia del juicio oral o bien de la delimitación que de ella se haga a través de los allanamientos o preacuerdos.

Y es que esas circunstancias modificadoras de la responsabilidad, no pueden llegar pervertir las bases estructurales del proceso penal, tal como de manera contundente y categórica lo ha dejado sentado la Sala de Casación en las sentencias 26716 de 2007 y 24913 de 2005 y en los autos con radicación 25389 de 2006 y 36609 de 2011, entre otros, en todas las cuales el común denominador es la oposición categórica del alto Tribunal a que en la audiencia del art. 447 se ventilen tales circunstancias, como quiera que ese aspecto ya debió ser debatido en el juicio oral o simplemente incluido en la imputación, previa concertación con la Fiscalía en aras de provocar un allanamiento a cargos, o en el acuerdo, por lo que acceder a lo pedido por la defensa, sería abrir espacios para retractaciones parciales, lo cual no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Le sobra razón a la Corte en ser enfática en este hecho, pues es claro que el legislador en uso de su poder de configuración, diseñó un procedimiento el cual está dividido por etapas, preclusivas por cierto, que tienen por meta la sentencia. Así en los procesos ordinarios, la audiencia de imputación servirá para la comunicación formal de los cargos que la Fiscalía tiene en contra de una persona; la audiencia de acusación es el espacio procesal para delimitar el objeto de debate, el saneamiento del proceso, el descubrimiento de pruebas de la Fiscalía y el reconocimiento de las víctimas; la audiencia preparatoria es la etapa para el alistamiento del juicio oral y en este se desarrolla toda la dialéctica probatoria y argumentativa de las partes para establecer la responsabilidad penal que le puede caber al procesado.

Ahora bien, si el debate procesal termina con un sentido de fallo condenatorio por haberse determinado la responsabilidad del acusado, el siguiente paso será la audiencia de individualización de pena, en la cual, obviamente, ya no se podrán discutir temas de responsabilidad, porque tal cuestión quedó finiquitada y cerrada en el estanco procesal anterior. Así,

esta nueva etapa simplemente servirá para que el juez atendiendo a las condiciones de todo orden de la persona judicializada determine la cantidad de pena a imponer y la manera como se va a ejecutar atendiendo a los principios que informan a la misma.

Entonces, no puede permitirse bajo ninguna situación, que una vez concluida la etapa de determinación de responsabilidad, bien por la vía del juicio, del allanamiento a cargos o de los preacuerdos, con clara violación del principio de preclusividad o de estanqueidad, se pretenda reabrir un debate ya clausurado, lo que incluso atentaría contra el principio de la irretractabilidad de las admisiones de responsabilidad bajo el esquema de la justicia premial.

En conclusión, sobre este aspecto en particular, advierte la Sala Mayoritaria que no es procedente alegar la circunstancia de marginalidad en la audiencia que consagra en el artículo 447 Procesal, y en esa medida, la pretensión del recurrente no está llamada a prosperar, no quedando más alternativa que **CONFIRMAR** íntegramente el fallo objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bello, el 23 de octubre de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: copia de esta providencia será enviada a la juez de instancia.

Radicado: 05001-60-00206-2012-18980
Procesado: DANIEL ALFONSO GONZÁLEZ y otros
Delito: PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADO

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado
-con aclaración parcial de voto-

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO

En forma muy respetuosa y cordial, procedo a exponer los argumentos sobre el punto objeto de disenso en la providencia de la referencia.

Sobre el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema, debe establecerse en primer lugar que no existe una postura unificada ni en este Tribunal, ni en la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad de cuestionar la existencia de una diminuyente punitiva, un fenómeno post-delictual o un exceso en una causal de ausencia de responsabilidad, en la audiencia de individualización de pena, luego de emitido un sentido de fallo condenatorio. La gran mayoría sostiene que dicho aspecto debe ser discutido y probado exclusivamente en el juicio oral; otros afirman que esa circunstancia debe incluirse en la formulación de la imputación que efectúa la Fiscalía, toda vez que hace parte del *factum* o hecho jurídicamente relevante.

En lo que concierne al suscrito, en los tiempos actuales y conforme la legislación Procesal Penal vigente, el estado de marginalidad se puede integrar al proceso de varias formas:

1) En la formulación de la imputación: cuando la Fiscalía reconoce la existencia de dicha circunstancia, ya sea porque los elementos materiales probatorios recopilados durante la investigación o en los actos urgentes (estos últimos en situación de flagrancia) demuestran su configuración.

2) En la formulación de acusación: En este evento, la Fiscalía como titular de la acción penal, y teniendo como base elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de que esta persona está inmersa en esa diminuyente punitiva, puede variar la calificación provisional efectuada en la imputación y calificar el delito incluyendo esta diminuyente en el escrito de acusación.

3) En la audiencia preparatoria: En este estadio procesal, la existencia de la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema puede ser objeto

de estipulación probatoria, es decir, se puede acordar como un hecho probado por las partes, sin que requiera de soporte documental alguno, claro está siempre y cuando solo sirva para acreditar la existencia del delito, sin comprometer la responsabilidad penal.

4) En el juicio oral: Es la fase del proceso por excelencia donde se debe debatir, controvertir y probar dicha disminuyente punitiva, como quiera que su existencia conlleva necesariamente el reconocimiento de la responsabilidad penal.

5) En la audiencia de individualización de la pena establecida en el artículo 447 del C.P.P: Es una circunstancia que no es descartable sobre todo por situaciones prácticas o reales que en las que se imposibilita alegarla en instancias anteriores y también hay situaciones jurídicas que lo explican. Es especialmente aceptable esta posibilidad en el **allanamiento**, normalmente los casos que se conocen son de personas capturadas en flagrancia y los términos son perentorios en orden a hacer la imputación, lo que impone para la Fiscalía el no contar con pruebas de esta condición, debido a lo precario y veloz del trámite preliminar, esta no puede incluirse en la calificación, y en esa medida, es eventualmente aceptable que su debate se efectúe en la audiencia de individualización de pena conforme el artículo 447 del C.P.P., al fin y al cabo ya se ha desvirtuado la presunción de inocencia, lo que implica que se demostró la existencia del delito y la responsabilidad en su comisión.

En este caso es imperioso que quien alegue la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, no solo aporte los elementos probatorios que revelan su existencia, sino que cumpla además con la carga que le asiste de demostrar que esa situación particular influyó de manera directa en la ejecución del comportamiento ilícito.

Ahora bien, pese a que la Corte Suprema de Justicia considera que dicha circunstancia es un aspecto concomitante a la comisión de la conducta punible y no un efecto post delictual (CSJ SP 21 marzo. 2007, rad. 25862 SP. 16 mayo 2007, rad. 26716), prohibiendo por ende la intromisión de

factores modificadores de la responsabilidad por fuera del marco de la imputación allanada, esta magistratura considera que ello no es aplicable en todos los eventos, pues si bien es cierto se trata de una circunstancia que altera los límites punitivos, ello no quiere decir que, ante su demostración material, el juez no pueda abordar su estudio, sino que debe hacerlo con sumo respeto del principio de razonabilidad y proporcionalidad de las penas, para no incurrir en arbitrariedades o en excesos legales, al momento de efectuar los descuentos de ley.

Piénsese por ejemplo en un caso similar, donde no se discutió nunca en juicio oral la existencia de un antecedente penal en contra de un procesado, porque tal y como lo señala el artículo 376 de la ley 906 de 2004, este tipo de evidencia es inadmisibile, ya que atenta contra el principio de presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, en tanto se estaría juzgando a una persona por lo que es y no por lo que hace. Sin embargo, esta misma evidencia, cotidianamente es ingresada por la Fiscalía durante la audiencia del artículo 447 del C.P.P., una vez se ha establecido la responsabilidad penal del acusado, y la misma en muchos casos incide en los extremos punitivos de forma negativa y sin tener la calidad de fenómeno post delictual.

De manera que, en esas mismas condiciones, si la Fiscalía durante la audiencia de individualización de pena, puede en cierta manera desmejorar al acusado al referir situaciones dentro de los antecedentes, personales, sociales y familiares que inciden negativamente en los límites punitivos, no advierte la Sala cual es el inconveniente para que la defensa, en igualdad de armas, aporte las pruebas correspondientes, para acreditar la existencia de una situación influenciada por la ignorancia, marginalidad o pobreza extrema, cuando lo único que apareja es un beneficio de carácter punitivo.

Por otro lado, hay que recordar que el conocimiento para condenar, se funda precisamente en las pruebas debatidas en el juicio oral, las cuales deben estar relacionadas directamente con los hechos objeto de investigación que sean relevantes para determinar la responsabilidad del acusado, por ende, se entiende que las circunstancias que rodean la

realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, no son medios de convicción al interior del debate probatorio, sino aspectos relevadores de su personalidad.

Nótese que, tanto para la Fiscalía como para la Defensa, por la premura del tiempo algunas veces y, además, porque la prioridad dentro del juicio del ente acusador es probar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, a diferencia de la de la defensa que es, precisamente controvertir lo pretendido por la Fiscalía, la marginalidad es un aspecto que se torna consecuente de la demostración de las circunstancias anteriores. Además, desde el punto de vista jurídico y de garantías fundamentales de defensa como el derecho de no autoincriminación y la presunción de inocencia, no es presentable a este sujeto el invocarla de manera previa, pues tácitamente se está reconociendo la responsabilidad penal.

En efecto, si se analiza con detalle la marginalidad se tiene que las razones por las cuales se cometió la conducta punible, son de índole muy subjetiva y solo se tiene fundamento para alegarlas una vez se ha desvirtuado la presunción de inocencia. Es muy difícil concebir un ejemplo en donde se pueda en juicio oral alegar esta situación en forma concomitante con la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del imputado. Es lo que explica la posibilidad de que en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. se pueda debatir esta situación, que por demás es de muy difícil prueba.

La segunda gran posibilidad de alegación de esta circunstancia es en el evento en que sea parte de la negociación: En este caso, tanto en los procesos que terminan por allanamiento como en los preacuerdos, la rebaja que comporta esta circunstancia de marginalidad, puede ser ofrecida por la Fiscalía como beneficio o contraprestación por la renuncia del procesado a la presunción de inocencia, igual la defensa está en condiciones de proponerla. En este evento, la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en señalar que cuando se acude a esta figura, y la Fiscalía reconoce y verifica su real existencia en la imputación seguida de un allanamiento, esta hace parte íntegra de la calificación, tornándose inmodificable, en tanto que, si se

acude a ella como elemento negociador de pena, no requiere soporte probatorio alguno.

Empero, cuando el preacuerdo consagra un tipo de negociación diferente, esto es, cuando se elimina una circunstancia de agravación, se elimina un cargo específico o se tipifica la conducta en forma más benévola, no es permitido bajo ningún criterio, que en la audiencia del artículo 447 del CPP se incluyan nuevas situaciones que no fueron puestas en conocimiento de la Fiscalía, no solo porque atenta contra los principios de buena fe y lealtad procesal, sino que constituye una actuación temeraria, en la medida en que se oculta esta situación de forma deliberada para descubrirla en la precitada audiencia, con la idea de lograr un beneficio adicional de reducción punitiva, situación que contraría el espíritu de las negociaciones según el cual es admisible una sola rebaja (artículo 351 de la ley 906 de 2004), no varias como se pretende equivocadamente.

Sin embargo, como puede verse, en el caso que nos ocupa el apelante permitió que se agotaran las distintas fases señaladas en precedencia para aducir -como último recurso y sin fundamento probatorio alguno- la existencia de una circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema, actuación que a juicio del suscrito no solo es opuesta a sus argumentos principales, en la medida en que el reconocimiento de esta disminuyente punitiva, en cierto modo implica una aceptación de responsabilidad penal; sino que resulta abiertamente impertinente y temeraria, toda vez se utiliza el recurso de apelación, para introducir un elemento nuevo que no hizo parte del debate probatorio realizado en el juicio oral y con ello lograr la obtención de una sustancial e inmerecida rebaja de la pena, provocando además la congestión del aparato judicial, al promover un recurso manifiestamente carente de fundamento legal.

Obsérvese que los procesados fueron capturados en situación de flagrancia y puestos a disposición de las autoridades judiciales de manera inmediata, sin embargo, durante el trámite del proceso seguido en su contra, cuya duración se extendió por más de 3 años, no se hizo mención alguna a esa situación de pobreza, de manera que no es viable bajo ningún contexto, que

una vez culminado el juicio oral y emitido el sentido de fallo condenatorio, se abra un espacio procesal para debatir la existencia de la mencionada circunstancia de marginalidad, si durante el todo el tiempo transcurrido no se hizo alusión a esta, como una situación particular que haya influido de manera directa en la ejecución del comportamiento ilícito.

En efecto, durante la audiencia de individualización de pena, la defensa aportó una serie de documentos compuestos por recibos de servicios públicos, certificados de afiliación al Sisbén y a EPS, registro civil de nacimiento, y escritos firmado por vecinos sobre el comportamiento del señor Villa Echavarría, que si bien dan cuenta de las modestas situaciones económicas en que vive, lo cierto es que resultan insuficientes para predicar la existencia de la disminuyente punitiva, mucho más para decir que ello fue la razón que lo condujo a él o a los demás coautores a cometer un delito tan grave como el que hoy nos convoca.

No cree el suscrito que 6 personas adultas, sin ningún tipo de limitación física, con edades entre los 19 y 34 años de edad, sin obligaciones familiares acreditadas, que tienen en su poder dos armas de fuego de gran valor pecuniario en el mercado negro como las incautadas (Revolver marca Ruger plateado calibre 38 largo y un revolver Smith & Wesson calibre 38 largo), puedan afirmar que se encuentran en circunstancias de pobreza extrema, eso sin mencionar que para la fecha de la captura y según sus propias manifestaciones en la audiencia de imputación, todos laboraban, es decir que desarrollaban actividades económicas diversas que les permitían subsistir, como oficios varios o ventas ambulantes y si bien estas pueden no ser las mejores remuneradas, son suficientes para desvirtuar la situación superlativa de pobreza, de manera que si no se probó este requisito, mucho menos se puede afirmar que existe un vínculo de conexidad entre esas circunstancias personales y la comisión del delito.

Admitir lo contrario, esto es, que cualquier persona en precarias condiciones económicas o con empleos informales poco remunerados está en situación de pobreza extrema y que la misma es determinante para la comisión de ilícitos, sería tanto como premiar punitivamente a los ciudadanos que optan

por incurrir en la ilegalidad, por el simple hecho de vivir en los barrios marginales y por ende, avalar o incentivar la delincuencia en los estratos bajos, con la promesa de que no serán sancionados drásticamente, debido a su situación económica.

Así las cosas, como quiera que no se probó esa relación consecucional entre el ilícito investigado y las modestas condiciones económicas de los acusados, no es viable admitir ningún factor causal que permita la atenuación del delito, de ahí que no queda más que despachar en forma negativa el argumento de los recurrentes, impartiendo confirmación íntegra al fallo de primer grado.

Al final, aunque el suscrito llega a la misma conclusión con la Sala mayoritaria, lo cierto es que el debate en mi sentir aún no ha terminado, insisto que mi esfuerzo se centra en armonizar el Sistema Procesal Penal, con los principios contenidos en nuestro Código penal y también con nuestra Constitución Política.

Sin otro particular,

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado.