



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	05001-60-00206-2014-09701
DELITO	FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO
PROCESADO	LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 36 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Dra. María Cecilia Gómez Galeano, defensora contractual del señor **LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ**, contra el fallo condenatorio proferido el 27 de noviembre de 2015, por el Juez Veintiséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, dentro del proceso que se adelantó en su contra por el punible de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de fuego.

2. HECHOS

El 23 de febrero del año 2014, aproximadamente a las 06:30 de la mañana en la carrera 70A entre las calles 93 y 94 del Barrio Castilla de esta ciudad, se encontraban tres patrullas motorizadas de la Policía haciendo labor de patrullaje en el sector, cuando observaron un grupo de siete jóvenes que estaban conversando entre ellos. Inmediatamente procedieron a efectuarles una requisa, cuando uno de los sujetos –identificado posteriormente como

LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ- adoptó una actitud sospechosa y comenzó a alejarse del lugar, razón por la cual los agentes le pidieron un registro, sin embargo, este hizo caso omiso al requerimiento y siguió retirándose hasta ingresar en un inmueble hacia un segundo piso, siendo perseguido por los policiales quienes no lo perdieron de vista, pudiendo observar cómo sacaba de la pretina de su pantalón un arma de fuego tipo pistola y la arrojaba hacía las escalas de la parte interna de una vivienda.

Seguidamente los policiales recogieron el artefacto bélico y procedieron a capturar al señor Avendaño González, empero, este opuso resistencia y comenzó a gritar alertando a los moradores del lugar que salieron a defenderlo y atacaron a los oficiales, tratando de impedir el arresto, lo que no ocurrió porque afortunadamente llegaron algunos refuerzos de la autoridad, subieron al capturado en la camioneta de la Policía y lo pusieron a disposición de la Fiscalía.

3. RECUENTO PROCESAL

El 24 de febrero del año 2014, ante el Juez Diecisiete Penal Municipal con función de control de Medellín, se legalizó el procedimiento de captura del procesado y se formuló imputación en contra de **LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ** por el delito de **FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**, no obstante, este no se allanó a los cargos. Igualmente, por solicitud de la Fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio.

Seguidamente, la Fiscalía 65 Seccional de Medellín presentó escrito de acusación en contra del citado ciudadano, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, donde se llevó a cabo la audiencia de acusación (en la que valga resaltar se varió la calificación y se acusó al procesado por el delito imputado, incluyendo la circunstancia de agravación contenida en el numeral 3 del inciso 3 del artículo 365 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la ley 1453 de 2011), esto es, por oponer resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.

Posteriormente se llevaron a cabo la audiencia preparatoria y el juicio oral, donde luego de los alegatos de conclusión se emitió sentido de fallo condenatorio. Finalmente, el 27 de noviembre de 2015, se emitió sentencia condenatoria en su contra, imponiéndosele una pena de 216 meses de prisión y la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, por haberlo hallado responsable del delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES AGRAVADO**, decisión que fue impugnada exclusivamente por la defensa.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensora del procesado, solicita revocar la decisión de primera instancia y en su lugar, absolver a su defendido aduciendo la existencia de dos tipos de impugnabilidades: la objetiva y la subjetiva. La primera, esto es, la **IMPUGNABILIDAD OBJETIVA**, hace alusión a una errada valoración por parte del A quo, pues en su sentir, este no tuvo en cuenta los indicios presentados por la defensa, donde se establece la ausencia de participación en el delito de su representado, ya que en su teoría del caso, estima que lo que hubo aquí fue un concierto por parte de algunos miembros de la fuerza pública para inculpar al señor **LIVINTON**, en especial, porque a quien pretendían capturar no era a este, sino a su hermano, quien logró escaparse, de manera que su intención era buscar a todas luces un “positivo” con el cual poder sustentar un amañado informe de captura, plagado de falsedades y de mentiras que fueron puestas al descubierto en el juicio oral.

Refiere que mientras la versión de los policías es que fue capturado mientras huía, los videos aportados por la defensa muestran que estaba dialogando en forma calmada con ellos y que estos ingresaron y lo arrastraron por los escalones de la vivienda, evidenciando la configuración de un falso positivo, actividad que es comúnmente usada por la fuerza pública. Concluye diciendo que el A quo fundó la sentencia en resúmenes descontextualizados de los interrogatorios, de ahí que persiste en impugnar los indicios equivocadamente adoptados para predicar la existencia del

delito. Concluye diciendo que la sentencia de primer grado causa agravio a su cliente, un padre cabeza de familia, desempleado que fue condenado sin fundamento coherente.

En segundo lugar, frente a la **IMPUGNABILIDAD SUBJETIVA**, estima que se encuentra facultada legalmente para apelar el fallo, que el mismo fue sustentado oportunamente, que hubo una abierta violación de la ley por falso juicio de existencia, de identidad y de raciocinio, que se ignoraron pruebas testimoniales y video-gráficas, que los testigos de la Fiscalía carecen de veracidad y que la sentencia se fundamenta en una mentira. Por último, cita el artículo 232 del C.P.P sobre los requisitos para condenar, la definición del termino de duda, y unas extensas citas sobre el principio de *in dubio pro reo*, las normas internacionales sobre protección a los derechos Humanos y unas cuantas sentencias de constitucionalidad, y con base en ello demanda la revocatoria del fallo de condena y la consecuente absolución de su representado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, despacho que profirió la providencia enervada.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el valor suasorio que el A quo les otorgó a los testigos de la fiscalía, es suficiente para predicar el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad del señor **AVENDAÑO GONZÁLEZ** en los hechos por los cuales se le acusó, o si -como lo dice la recurrente- no se probó que el procesado haya sido el responsable del delito de porte ilegal de arma de fuego, sino que todo se trata de un falso positivo.

En relación con la materialidad típica de la infracción por la que se procede, según el inciso 1º del artículo 365 del Código Penal (modificado por el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007 y el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011) y la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencias

radicado 33202 del 8 de junio de 2011, 36544 del 2 de noviembre de 2011, 38542 del 25 de abril de 2012 entre otras), este tipo penal para su configuración requiere de los siguientes elementos:

(i) Una pluralidad de acciones: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar. (ii) Un objeto material, consistente en por lo menos un arma de fuego de defensa personal o en municiones de la misma índole. Y (iii) un ingrediente “sin permiso de autoridad competente”, que es normativo en la medida en que contempla una valoración de índole jurídica (autorización legal), pero que es más descriptivo en tanto alude a una situación o circunstancia predominantemente fáctica (no tener el salvoconducto)”

Conforme los requisitos enlistados en precedencia y aplicados al caso objeto de estudio, se estableció que el señor **AVENDAÑO GOZÁLEZ**, al parecer fue sorprendido en situación de flagrancia desarrollando uno de los verbos rectores descritos en la norma, esto es portar, así mismo, en lo que tiene que ver con el segundo componente, se dio por cierto vía estipulación que el objeto material encontrado en las escalas del inmueble en el que fue capturado, luego de que este lo arrojara, y que posteriormente fue incautado, era una pistola calibre 9 mm marca Pietro Beretta, semiautomática, con un proveedor y 6 cartuchos del mismo calibre, misma que fue analizada por el experto en balística y que resultó ser apta para producir disparos.

En cuanto al tercer elemento, es decir la ausencia de salvoconducto, se considera que dicho ingrediente normativo fue debidamente acreditado, no solo con la estipulación probatoria número tres, donde las partes dan por cierto que el señor **AVENDAÑO GONZÁLEZ** carece de permiso vigente para porte de armas de fuego, sino también con los testimonios de los patrulleros que participaron en la captura del acusado y que dieron cuenta de cómo al leerle sus derechos, lo interrogaron sobre el citado permiso, recibiendo respuesta negativa.

En este orden, es forzoso predicar la configuración del primero de los requisitos que el legislador prevé en el artículo 381 de la ley 906 de 2004 para emitir sentencia condenatoria, esto es, la certeza sobre la existencia

del delito, conforme lo expuesto en acápite anteriores, quedando pendiente, lo atinente a la responsabilidad del acusado.

Ahora bien, luego de una reconstrucción de los acontecimientos, estima la Sala que no hay discusión sobre la existencia material del arma de fuego incautada en el lugar del suceso, como tampoco hay controversia sobre la presencia, en esa hora y lugar, del señor Livinton Avendaño González, de manera que, a partir de estos dos tópicos, analizaremos tanto la prueba de cargo como la de descargo aportada, a fin de establecer si los argumentos de la apelante son razonados y debe entonces procederse a la revocatoria de la condena.

Desde ahora hemos de manifestar que tal como lo exteriorizó el juez de primer grado, no se encuentran contradicciones en las versiones de los policiales Carbal Meléndez, Patiño Infante, Páez Arrieta, Vargas Barrera, Buriticá Ríos y Castrillón Jiménez, en la medida en que cada una de ellas -en su esencia-, guardan congruencia, como quiera que ponen en conocimiento del juzgador que aproximadamente a las 06:00 de la mañana del 23 de febrero de 2014, en la calle 70A con carrera 93-94 del barrio Castilla, mientras realizaban un patrullaje de rutina, observaron en la vía pública varios jóvenes conversando entre ellos, uno de los cuales, al notar su presencia, comienza a retirarse y a caminar ligeramente hasta una residencia.

Inmediatamente los agentes del orden le solicitaron en dos ocasiones una requisita, pero este hizo caso omiso e ingresó por una puerta hacia un segundo piso, siendo perseguido por los agentes, que lograron ver cuando se sacaba un arma de la pretina del pantalón y la arrojaba hacia la parte superior de las escalas, no obstante, el artefacto fue recogido por el agente Patiño Infante, mientras que el agente Carbal Meléndez continuó la persecución hasta la aprehensión efectiva del sujeto que se identificó como **LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ**. Así mismo dijeron los policiales que al momento de la captura, el ciudadano en cuestión se arrojó al piso y comenzó a gritar, lo que llamó la atención de los vecinos y amigos del sector que desataron una especie de asonada, tratando de evitar que fuese retenido.

Por su parte, la Defensa -a través de los testimonios de varias personas del barrio-, concretamente de los señores Cesar Augusto Castrillón Jiménez, Lina Marcela Miranda, Dairo de Jesús Marín y Sor Enid Rincón Ramírez, pretendió demostrar que, -contrario a lo narrado por los agentes de policía-, la captura del señor **AVENDAÑO GONZÁLEZ** se dio en forma diferente, sin razón aparente y ejerciendo una violencia desmedida. Refieren al unísono estos testigos (a excepción del patrullero Castrillón Jiménez) que los jóvenes que estaban en la vivienda -incluido el acusado- no estaban haciendo nada, mientras que los policiales llegaron tumbando puertas, dándoles garrote e incluso hicieron varios disparos; afirmaciones estas que resultan banales, primero porque no tienen respaldo probatorio alguno, y segundo, porque no se acreditó que los funcionarios que estuvieron en el operativo tuviesen interés en perjudicar al acusado, mucho menos se puede deducir que su relato es producto de una perniciosa imaginación, máxime cuando estos lograron la incautación del elemento bélico en cuestión.

Considera esta colegiatura que pese a que las versiones de los testigos de descargo, intentan mostrar a **LIVINTON** como ajeno a la conducta ilícita, ello carece de la fuerza suficiente para predicar que estamos frente a un evento en el cual se pretende inculpar a ésta persona en aras de obtener un falso positivo, pues emerge de manera sólida que en el lugar dónde se encontró la pistola y se capturó al acusado, este fue visto segundos antes deshaciéndose de la misma, sin que en ningún momento haya sido perdido de vista por los uniformados, quienes procedieron a recogerla para su incautación, situación esta que justificó su captura en flagrancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, concretamente en su numeral primero, que este fenómeno se presenta cuando *“La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión el delito”*.

En cuanto a las críticas de la censora, dirigidas específicamente a cuestionar la intención de los agentes de policía de conseguir a todas luces un *“falso positivo”*; los actos violentos que desplegaron en contra del procesado y sus amigos, la violación de la ley por la existencia de falsos juicios de existencia, identidad y de raciocinio y la inaplicación del principio de in dubio pro reo, se estima que las mismas no solo fueron planteadas de

forma asistemática, lo que dificulta comprender su significado, sino que las situaciones planteadas como inconsistencias legales, resultan irrelevantes, en la medida en que fueron ampliamente justificadas por los testigos de cargo.

Obsérvese que la llegada de los patrulleros al lugar de los hechos, no obedeció a ningún aviso o denuncia de algún ciudadano inconforme, tampoco estaban buscando la oportunidad para capturar al procesado, simplemente estaban cumpliendo con su deber legal de efectuar vigilancia en el sector, precisamente por tratarse de un barrio conflictivo con influencia de combos delincuenciales-. Ahora bien, como lo dijo el testigo Edwin Alexander Patiño Infante, las 3 patrullas (cada una compuesta por dos policías) estaban terminando el turno de noche que va desde las 8:00 pm hasta las 7:00 de la mañana, es decir, ya estaban próximos a descansar, cuando se presentó el altercado en la dirección señalada, la Sala no observa elementos de juicio para sostener un montaje, actuaron en cumplimiento de su deber, hicieron presencia en esos lugares, la actuación de los policías fue muy inmediata en el sentido de observar a la persona en una actitud sospechosa que fue seguida y efectivamente se encontró el arma y luego paso el evento de su aprehensión todo ello en presencia de vecinos del lugar, e, incluso fue filmada la escena, ello indica más una actitud de transparencia en el obrar que confirma la rectitud de la actuación.

En ese orden, la teoría del caso planteada por la defensa, sobre la inculpación de su cliente y las mentiras de los patrulleros de la Policía, no pasa de ser más que una simple hipótesis carente de soporte probatorio alguno, sobre todo si tenemos en cuenta que sus declaraciones en juicio oral, son coincidentes en la versión de lo ocurrido, al señalar como había sido el hallazgo del artefacto bélico y la captura del acusado, de manera que no se puede cuestionar la labor de los agentes del orden, simplemente por cumplir sus funciones legales y constitucionales en su horario de trabajo; por el contrario, debe resaltarse que a pesar de que llevaban toda la noche en vigilancia, y que ya estaban prontos a culminar su turno, cumplieron con el procedimiento en forma adecuada, extendiendo su labor fuera de la jornada, llevando al capturado hasta la Fiscalía y dejándolo a disposición

junto con el arma incautada, situación que en modo alguno puede ser objeto de sospecha o reproche.

Expone la apelante que el fallo impugnado es violatorio de la ley por la configuración de falsos juicios de existencia, identidad y de raciocinio, según dice, porque hubo exclusión, suposición, adición, distorsión, mutilación de la prueba y transgresión de las reglas de la sana crítica. Al respecto, se considera que dicho argumento no solo es disperso e incomprensible, sino que carece de desarrollo alguno, pues si bien afirma que se ignoró la prueba testimonial y videográfica, no esgrime en qué consiste ese cercenamiento, qué aspectos ajenos al dossier probatorio trascendentales para el caso se agregaron o se omitieron, que hecho en particular se dio por cierto, cuáles fueron los postulados de la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia que desconoció el *A quo* en la valoración probatoria; en fin, se planteó un supuesto error indirecto, pero sin el respectivo desarrollo argumentativo, circunstancia que releva a la Sala de un examen profundo de este aspecto, como quiera que no es dable completar enunciados ni auscultar el espíritu de lo que la recurrente quiso decir.

Otra crítica de la censora es que los policías se extralimitaron en el procedimiento de la captura, ya que los videos ingresados en el juicio oral revelan que el procesado nunca opuso resistencia y que, por el contrario, fue víctima de las agresiones de los agentes del orden. Sobre este punto en particular, a pesar de que en el recurso no se discutió de manera expresa lo atinente a la circunstancia de agravación deducida en la audiencia de formulación de la acusación (lo que en principio constituiría un límite de la competencia del superior) al examinar la actuación, se advierte que dicho aspecto se encuentra íntimamente vinculado con este punto en concreto, circunstancia que impone un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala, en aras de dar prevalencia al derecho fundamental al debido proceso¹.

Lo primero que debe resaltarse es que la citada causal extensiva del punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, previene que la pena mínima del delito se duplique **“Cuando se oponga resistencia en**

¹ Ver Sentencia 41264 del 13 de agosto de 2014 (SP10691-2014). MP. Eyder Patiño Cabrera.

forma violenta a los requerimientos de las autoridades". En ella se describe una acción positiva y simultánea de la comisión del delito de porte ilegal de armas con la violencia a los requerimientos de las autoridades, esto es, hay una coexistencia en tiempo y espacio entre la realización de la conducta punible y la oposición del autor y la intervención de la autoridad, que representa en sí, un incremento en el riesgo de lesión al bien jurídico tutelado de la seguridad pública o a otros diversos a este.

Ahora bien, frente a las circunstancias que agravan la pena para el referido punible, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que su imputación depende de la existencia de una relación causal entre ellas y el verbo rector que las describen, en cuanto conlleva a un mayor riesgo para la seguridad pública. Así lo señala la sentencia 35116 del 24 de octubre de 2012 al expresar lo siguiente:

(...)

"Para su imputación debe deducirse la presencia de una relación causal entre la comisión de cualquiera de los verbos alternativos y aquellas, referida a la mayor potencialidad del riesgo de vulneración del bien jurídico protegido.

En otras palabras, no basta realizar una adecuación de los hechos probados en el tipo penal, sino que se hace necesario verificar si entre la acción desplegada por el agente y la circunstancia modificadora de la punibilidad hay relación causal para poderse atribuir y, por lo mismo, modificar el mínimo de pena, por cuanto la misma puso en mayor potencialidad de riesgo de vulneración del bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

... Las circunstancias modificadoras de la pena previstas en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, que son tanto para la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones -de defensa personal- y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas para su imputación, el agente tiene que haber puesto en mayor riesgo el bien jurídico protegido de la seguridad pública, siendo del resorte del juzgador valorar si esa consecuencia fue prevista por él con su comportamiento doloso.².

² Casación, noviembre 10 de 2005, radicación 20665; reiterada en los fallos de septiembre 17 y octubre 27 de 2008, radicaciones 28700, 29979 respectivamente.

Por consiguiente, la incorporación de dicha circunstancia en la construcción del juicio de derecho está condicionada a que el sentenciador concluya, mediante la actividad probatoria, que la oposición al requerimiento de las autoridades en casos de porte de armas de fuego, aumentó potencialmente el riesgo de vulneración del bien jurídico de la seguridad pública, por ejemplo, cuando la persona –con el fin de evitar el arresto- acciona el artefacto en contra de las autoridades o cuando se denota una relación teleológica con la comisión de otros punibles, como por ejemplo, la persona se resiste a la captura para tratar de evitar el descubrimiento del arma con la cual –momentos antes- se perpetró un homicidio o un hurto, o quien esgrime una granada explosiva para evitar la captura, etc.

En el caso que nos ocupa, la circunstancia de agravación en comento no se encuentra acreditada ni fáctica, ni probatoriamente, básicamente porque en el examen de los videos aportados por la defensa, donde se observa el momento en que los jóvenes son abordados por las autoridades de policía, se advierte que Livinton –si bien se resistía al arresto- no lo hacía con la intención de ocultar otro delito o para evitar la incautación de arma (pues la arrojó al piso antes de la captura) sino que su oposición deviene del mismo instinto de conservación, de no querer ser encarcelado, ante el evidente sorprendimiento en flagrancia de que fue objeto.

Sumado a ello, en cuanto al elemento normativo “*resistencia violenta*” se observa que la fuerza ejercida por el procesado, en comparación a la desplegada por los patrulleros, quienes lo superaban en número (6 contra uno) fue ínfima, tanto así que lo único que hizo fue arrojarse al piso y a pedir auxilio, hecho que en modo alguno puede interpretarse como una agresión a las autoridades, quienes ejercieron una fuerza lícita para cumplir con la captura, al llevarlo contra su voluntad al panel de la Policía, ello a pesar que hubo cierta solidaridad de algunas vecinas del lugar quienes trataron de impedir la captura, ello no significa que puedan tratar al acusado con ese agravante que le duplica la pena, nótese que esa resistencia era relativamente más pacífica que la de todos los presentes.

En ese entendido, dadas las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, por tratarse de un mero porte ilegal, no había lugar al discernimiento de la referida agravante, pues la misma, sin duda, está destinada para eventos diferentes al que se analiza y esa indebida aplicación produce como consecuencia ineludible el que se imponga un guarismo de aflicción que no guarda correspondencia con la entidad de la conducta punible; ya que la resistencia al arresto por cuenta del acusado, no tiene la trascendencia de la que se ha revestido, pues esta se dio luego que fue incautada el arma, a más con poca eficacia, pues tirarse al suelo para impedir la captura no expresa una valoración de una violencia tal para considerar la agravante.

En conclusión, podemos afirmar que ninguno de los argumentos expuestos por la defensora del procesado tienen la capacidad de derruir la tesis esbozada por el Juez de primera instancia y, en consecuencia, el camino a seguir por la Sala no es otro que el de **CONFIRMAR** la providencia objeto de apelación, claro está con la **MODIFICACIÓN** señalada en el párrafo que antecede relacionada con la inexistencia de la causal de agravación punitiva, en este punto el magistrado ponente presentó un argumento complementario referido a la congruencia que no fue acogido por los compañeros de Sala y, por ello, obrará como aclaración de voto.

En consecuencia, en virtud de que la circunstancia modificadora de la pena prevista en el artículo 365, numeral 3°, no fue correctamente aplicada al supuesto fáctico declarado como probado en el fallo impugnado, no queda más alternativa que proceder a dosificar nuevamente la pena, excluyendo la citada circunstancia de agravación, de manera que la sanción final que deberá purgar el señor **AVENDAÑO GONZÁLEZ** será de 108 meses, equivalentes a 9 años de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal. . En este sentido se modificará el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RADICADO: 05001-60-00206-2014-09731
PROCESADO: LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ARMA DE FUEGO

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida el 27 de noviembre de 2015 por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, en contra del señor **LIVINTON AVENDAÑO GONZÁLEZ** por el delito de **FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS O MUNICIONES**, pero se **MODIFICA** el numeral primero en el sentido de que la pena principal a imponer a este será de **NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN**. Entendiéndose desde luego, que la pena accesoria sigue la suerte de la principal. Las razones quedaron expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en este estrado y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada al Juez de instancia.

CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado (con aclaración de voto)

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO.

En la discusión de Sala se debatió el punto sobre la pertinencia del argumento relacionado con la congruencia, por mayoría se consideró que era suficiente el fundamento probatorio, al no existir la agravante, no hay necesidad de hacer más reflexiones jurídicas. Contario a lo anterior, a pesar que es la misma conclusión, considero que sí es muy pertinente hacer una reflexión respecto al problema de congruencia que se presenta en este caso. Veamos:

La Fiscalía en la audiencia de formulación de la acusación, le dedujo al procesado la circunstancia de agravación prevista en el numeral 3 del artículo 365 del Código Penal, que hace alusión a presentar resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades. Sin embargo, durante los alegatos de conclusión, dicha delegada **solicitó condena exclusivamente por el tipo penal básico, sin hacer alusión expresa a la agravante, petición que fue acogida en su integridad por el Juez de primer grado**, quien profirió sentido de fallo por la conducta punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, sin mencionar la agravante punitiva.**

Empero, al momento de proferir la sentencia en cuestión, en el acápite de la dosificación punitiva, al tasar la pena, el *A quo* duplicó la sanción dando aplicación a la agravante, lo que llevó a la imposición de una pena de 216 meses de prisión, equivalentes a 18 años, circunstancia que a juicio de la Sala constituye una clara trasgresión al principio de congruencia y también de legalidad del delito y de la pena en la medida en que el juez de primer grado modificó sustancialmente su decisión en perjuicio del condenado, desconociendo el carácter vinculante de la misma, el cual ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia.

Cuando se analiza el problema de la congruencia, se parte de la base que solo es un problema de correlación entre la acusación y la sentencia; sin embargo, a mi juicio es un problema que atañe también al sistema probatorio y, sobretodo, a un concepto que se está planteando últimamente que es el estándar de prueba, como unos requisitos mínimos de elementos

de juicio, no importa la denominación, presentados en principio por el Fiscal, sobretodo cuando compromete derechos fundamentales de la persona a la cual se le atribuye un delito y sin descartar también que lo puedan hacer la víctima y el Ministerio Público y cuando la defensa ejerza su derecho de defensa activa bien puede hacerlo. Es el juez de control de garantías o de conocimiento, según el caso, quien verifica, previa la controversia y la participación de los demás intervinientes, el cumplimiento de esos mínimos de prueba que en general, reitero, comprometen o afectan derechos fundamentales. Es una regla que garantiza una decisión racional y respetuosa de la dignidad humana. Unos proponen y el juez dispone.

Véase como en las más importantes decisiones se requiere esa exigencia probatoria, verbigracia, a manera de enunciación tenemos que para archivar las diligencias, iniciar la investigación, para formular la imputación, para la legalización de la captura, para interceptar comunicaciones, hacer seguimientos de personas, el rastreo en bases de datos, los registros y allanamientos, para dictar medidas de aseguramiento, para suspenderlas o revocarlas, para las medidas cautelares sobre bienes, el comiso, la preclusión, la acusación, la absolución perentoria, los acuerdos, negociaciones y allanamientos, para el principio de oportunidad, para la absolución simple y llana, como causal de casación, para la acción de revisión, la imposición de pena, los subrogados, los beneficios judiciales y administrativos, para los efectos de cuando se presenta una enfermedad grave o el estado de embarazo o de maternidad, para descontar pena por trabajo y estudio, etc.

Para efectos de una sentencia condenatoria el estándar o la exigencia probatoria es la más alta, en términos del derecho anglosajón es una carga probatoria superior a la duda razonable, en palabras del derecho continental es un nivel propio de la certeza de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado. Para llegar a ello la Fiscalía tiene la carga de la prueba, y por ello la adecuación punitiva conforme a lo probado lo mismo que los elementos de orden subjetivo. Las demás partes tienen el derecho a participar en la discusión probatoria y también a controvertir el cargo realizado por el ente acusador.

En el sistema acusatorio la congruencia con el aditivo probatorio juega un papel esencial; en la acusación el cargo es decir la pretensión punitiva es provisional (en la inmensa mayoría de los sistemas con control judicial), presentada la prueba y luego de la dialéctica de la misma se pasa a los alegatos de conclusión, ahí la pretensión es definitiva, el Fiscal concluye y pide al juez una concreta y específica condena no solo en cuanto al tipo penal sino de todos sus elementos complementarios, es con esta que se concretiza la congruencia entre lo que pide el ente acusador y lo que el juez debe hacer, si acepta la pretensión o la rechaza. No se puede hacer variación fáctica ni jurídica, es decir que al presentar el alegato conclusivo por parte de la Fiscalía ahí se manifiesta el poder del ente acusador, pero este no es absoluto, menos caprichoso, sino fundamentado fáctico, probatorio y jurídicamente –excepcionalmente la víctima en ejercicio de sus derechos fundamentales de verdad, tiene cierta potestad de pedir condena (ver sentencia 43837 de 2016 Sala Penal), en este punto el control hecho cuando se pretende una preclusión sigue los mismos parámetros de fundamentación y de debate.

Lo expresado por el delegado de la Fiscalía es el marco fáctico, probatorio y jurídico del cual los demás sujetos procesales se basan para generar la última posibilidad de controversia en esa instancia procesal, los unos para respaldarla y los otros para controvertirla. El juez no obra en forma correcta si una vez establecido ese marco jurídico se sale del mismo e impone una versión distinta, peor aún si esta agrava la situación del acusado. Nótese como una forma de actuar como la criticada, además, sorprende a los demás sujetos procesales e intervinientes no pudiendo ellos debatir el punto de controversia. En otras palabras, toda la dialéctica del sistema se suprime y volvemos al sistema del juez inquisidor. Por excepción cuando la situación es favorable al acusado, y no se vulneran de manera grave los derechos de la víctima y la sociedad, el juez sí puede degradar la situación jurídica de esa persona, el funcionario judicial tiene que tener un respaldo probatorio suficiente.

Insisto en la idea que todo lo anterior se debe fundar en la prueba. Ahora, surge un problema muy complejo y es cuanto la pretensión acusatoria es

contraevidente. Aclaro, si la prueba da para pedir absolución y el fiscal pide absolución y el juez absuelve no se presenta inconveniente. Si la prueba da para pedir condena y el fiscal obra de conformidad y el juez condena, no hay reparo de ninguna naturaleza. En cambio, cuando este pide condena y no hay elementos para ello, existe una dificultad que es subsanable por los otros sujetos y en especial por el juez. O, cuando existen elementos para condena y el fiscal pide absolución se evidencia una falla grave, en aras a aplicar justicia material, que lo sustancial prime sobre lo formal, que se realicen los derechos de la sociedad y de la víctima, el juez tiene que pronunciarse. En cada caso concreto podrá analizar la pertinencia de una nulidad o de una condena, de todas maneras, si el Ministerio Público o la víctima pidieron condena y argumentaron su posición a más si dieron oportunidad de defensa y controversia, no se vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa, menos cuando constitucionalmente se permite la existencia de un acusador privado.

En casos como el presente, si la Fiscalía no dedujo en su alegato conclusivo la causal de agravación y el juez acoge sin tal situación la condena, mal hace si en la sentencia, sorprendiendo a todos, la reconoce y la aumenta, en este caso la situación es dramática, son nueve años de incremento a la pena base, y, como se dijo en su momento, desde el punto de vista sustancial esta causal de agravación no se da.

Además, la Sala Penal de la Corte tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la redacción de la sentencia. Así lo expuso el alto tribunal al señalar lo siguiente: ***“Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances.”***

(...)

En resumen: la sentencia que pone fin al proceso en el sistema de la Ley 906 de 2004 es un acto complejo que se conforma con el sentido del fallo que, motivado sucintamente con los aspectos señalados en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el juez debe anunciar al finalizar el debate oral, y la providencia finalmente redactada y leída a las partes, siendo

imperativo para el juez que ésta guarde armonía, consonancia, congruencia con aquel aviso, porque las dos fases de ese único acto constituyen una unidad temática³

Conforme lo expuesto, es evidente que el incremento de la pena en 9 años más de prisión, por una circunstancia de agravación por la que no se solicitó condena y frente a la cual no se hizo referencia alguna al momento de la emisión del sentido del fallo, constituye una transgresión al principio de congruencia, que impone su corrección oficiosa, no solo por tratarse de un asunto de legalidad, sino porque el juez de conocimiento -tanto en primera como segunda instancia- está en la obligación de corregir los actos irregulares, con el fin de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los intervinientes (artículo 10 ley 906 de 2004). Ello permite que no solo en casación o en tutela se corrijan los yerros, sino en cualquier momento en que el juez de primera o segunda instancia evidencie la vulneración de un derecho fundamental.

Sin otro particular,

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
MAGISTRADO

³ Sala Penal 40334 del 25 de septiembre de 2013.