



SALA PENAL

Medellín, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado en la fecha, acta Nro.: 130.

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro.: 66

Radicado: 0500160002062024-03249-01.

Delito: Fabricación, tráfico o porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

Procesado: Jesús Evelio Botero Osorio.

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello.

Lectura: 29 de agosto de 2024. 9:10 a.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal del recurso de apelación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía contra la decisión proferida el 15 de agosto de 2024 por el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, quien negó la solicitud de preclusión de la investigación elevada por el delegado del ente persecutor con fundamento en la causal consagrada en el numeral 6° del artículo 332 del C.P.P.

SUPUESTO FÁCTICO

Según lo consignado por la Fiscalía en su escrito de acusación, los hechos objeto de investigación ocurrieron así:

El 06 de Febrero del año en curso aproximadamente a las 16:30 horas, a la altura del sector de la Estación de servicio LOS LAGOS ubicado sobre la vía la pintada-Medellín, ruta 2509 kilómetros 52+450 jurisdicción del municipio de Caldas, personal adscrito a la Estación de Policía Tránsito y Transporte, cuadrante vial Nro 5 MEVAL en labores de patrullaje, vigilancia, registro y control, capturaron en situación de flagrancia al señor JESUS EVELIO BOTERO OSORIO con C.C Nro 71.397.024 de Caldas, conductor del vehículo tipo automóvil placa EIO-835, quien llevaba en su poder al interior del baúl, cuatro

bultos de estopa contentivo cada uno de seis rollos de mecha de seguridad color amarillo claro sin marca (24 rollos) para un total de 6.000 metros de mecha de seguridad, material que resultó apto e idóneo para ser utilizado como accesorio de voladura conforme a evaluación realizada por un perito explosivista de la SIJIN MEVAL.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 7 de febrero de 2024 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas (A), se legalizó la captura del encausado y se le imputó el delito de Fabricación, Tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (Artículo 366 C.P.P), cargos que no fueron aceptados por el procesado. La Judicatura impuso la medida de aseguramiento preventiva domiciliaria.

El ente investigador presentó escrito de acusación, el 29 de mayo de 2024, correspondiéndole por reparto el conocimiento del proceso al Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín.

En sesión adelantada del 9 de agosto de 2024, y sin que se hubiera surtido la audiencia de acusación; ante el Juzgado en mención, la Fiscalía solicitó preclusión de la indagación a favor del prenombrado indiciado con fundamento en la causal prevista en el numeral 6° del artículo 332 del C.P.P., a saber, por "imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia".

En audiencia del 15 de agosto de los corrientes, el A quo decidió negar la preclusión. La anterior decisión dejó inconforme al delegado de la Fiscalía, quien interpuso y sustentó el recurso de apelación que se apresta a decidir la Sala. La defensora contractual del encausado se pronunció como no recurrente, coadyuvando la solicitud del fiscal.

DE LA PETICIÓN PRECLUSIVA

La Fiscalía alegó la causal 6 del artículo 332 de Ley 906 de 2004, e indicó que el encausado fue capturado llevando material bélico, respecto al que no tenía permiso, por lo que objetivamente está demostrada la tipicidad.

Arguyó que el procesado según su declaración y la de sus familiares y amigos, cumple dos funciones laborales, esto es fabrica y vende productos de aseo y además transporta mercancías y personas en su automotor. Indicó que ello, conforme a lo dicho por María Teresa Botero Osorio, Luis Horacio Ochoa, Nora Cano Saldarriaga, Jesús López Caro, Omar Cano e Isabel Cristina Botero; y que, además existe un recibo de industria y comercio para la empresa que se dedica a la elaboración de productos de aseo a nombre del señor Botero Osorio.

Señaló que, de acuerdo a lo revelado por el procesado en su interrogatorio, él estaba entregando productos de aseo a varias veredas; y en el lugar denominado El Comino, paró a ofrecer productos a una señora que vende jugos, se quedó 5 minutos cuando se le acercaron 2 muchachos que le encomendaron llevar 4 costales al parque de Caldas. Le pagaron \$25.000 y no le dijeron el contenido de los paquetes. Que ellos iban adelante suyo en una moto tipo bóxer, y que todos iban sobre los 50 kms. En el punto denominado Lagos, se le acercó la Policía y le cuestionaron el contenido de los costales. Luego de su detención y la inspección, se enteró que se trataba de mecha detonante.

Reseñó que la Fiscalía indagó a los policiales que hicieron la captura por qué detuvieron la marcha de vehículo y uno de ellos reseñó que, porque iba a alta velocidad, mientras el otro manifestó que porque los vidrios estaban oscuros. No existía información de que la persona portara elementos ilícitos. Confirmaron que eran costales de estopa y

que estaban cocidos, circunstancia que descarta que el conductor conociese lo que contenían. Iteró que se le indagó a los policiales qué les dijo el procesado cuando le hallaron el material, y señalaron que él les manifestó que lo contrataron para llevar eso hasta Caldas. Negaron que el capturado les hubiera señalado lo de perseguir a los motociclistas.

Aunado a esa actividad, se recibieron los testimonios de las personas que ese día tuvieron contacto con el procesado, y hablaron de su actividad de más de una década de venta de productos de aseo, manifestaciones que se sumaron a lo dicho por su padre. Realizó que se ubicó a la señora vendedora de jugos, llamada Milena, quien a la pregunta de si vio que al señor Evelio lo abordaron para una encomienda, respondió no tener presente esa situación.

Que adicionalmente, la labor de investigación del funcionario de la SIJIN se enfocó en ubicar cámaras de seguridad en el Comino y todo el recorrido de allí hacia abajo y no fue posible obtener videos de seguridad que den cuenta de la presencia de esa moto. Es decir, fue imposible reforzar las exculpaciones del encausado. En conclusión, solicitó la declaratoria de preclusión para el procesado por esa falta de conocimiento del objeto.

La defensa del acusado coadyuvó la solicitud realizada por la Fiscalía. Precisó que luego de las audiencias concentradas se recaudó información de por qué razón el señor Botero Osorio estaba transportando esos costales en su carro.

Expuso que la Fiscalía ha cumplido con su obligación de recaudar la prueba para solicitar la preclusión. Indicó que esta causal es la más amplia y que no basta la acreditación de los elementos objetivos para un juicio contra su prohijado, sino que además se debe verificar el conocimiento del encausado sobre el ilícito.

Cuando su prohijado le explicó los motivos por los que estaba transportando esos objetos, se determinó que él tiene una empresa familiar, y que además es la persona que vela y responde tanto económica como emocionalmente por su padre y sus demás familiares. Se encarga de la distribución de los productos de aseo y además hace transportes de encomiendas y personas.

Adujo que su prohijado, tal vez confiado, estaba haciendo su ruta habitual y le resultó esa carrera y no vio problema en llevar esos costales hasta Caldas. Indicó que, si él hubiese sabido que el producto que llevaba era ilícito, bien pudo no hacer el pare que le pidieron los policiales, y por el contrario lo hizo tranquilamente. Ello sumado, a que en el informe no se dijo que tuviese una actitud sospechosa. Ello da cuenta de su desconocimiento.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El A quo, tras reseñar los hechos objeto de investigación y lo expuesto por el Delegado Fiscal, indicó que la pretensión se funda en la manifestación del indiciado y la declaración de sus familiares y clientes. Realzó que no se pudo verificar la presencia de los muchachos que se desplazaban en la moto y que a pesar que se buscaron cámaras de seguridad, no se encontraron.

Expuso que no se accedería a la solicitud de la Fiscalía, pues de conformidad con lo señalado con la Corte Suprema de Justicia, esta causal se configura cuando agotada de manera acuciosa el recaudo probatorio se establece que la presunción de inocencia, se mantiene. Esbozo que esta causal implica que exista una certeza frente a su consumación y citó las decisiones AP 1233-2015, AP 900-2014 y la 36407-2023.

Insistió en que es indispensable que se acredite la certeza en la acreditación de la causal y manifestó que el Despacho no considera que este caso encuadre en esta causal. Se requiere la certeza de que la Fiscalía no cuenta con elementos materiales probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia, circunstancia que acá no se presenta pues si se analiza con los medios de prueba que se cuenta en este proceso, usualmente se emite sentencia condenatoria; es decir con los elementos recaudados si se prueban los elementos objetivos del tipo.

Sostuvo que normalmente una persona sabe que es lo que está transportando en su vehículo, y que, aunque en este caso se pretende probar que el señor Jesús Evelio incurrió en un error de tipo, pues él no sabía que llevaban esos costales, ese ítem debe ser verificado en juicio.

Por otra parte, sustentó que los elementos traídos no prueban que él no sabía que contenían los costales. Los elementos hacen menos probable esa situación, es decir hay un grado de probabilidad, no obstante, se requiere es certeza. Precisó que no se discute que el procesado vende productos de aseo, hace domicilios y ello, hace menos probable que se dedique a algo ilícito, pero no lo desdice totalmente.

Acotó que la presencia de los dos chicos de la moto no está comprobada y en vista que no se excluye esa situación no se puede hablar de que se desvirtuó la presunción de inocencia. Insistió en que los elementos deben ser presentados en juicio y allí se debe valorar, si el procesado sabía o no, pues lo que surge de ello es un tema de duda y eso se debe resolver en el juicio oral. Por esa razón, concluyó que no se configura la causal expuesta y denegó la pretensión elevada por el Fiscal.

DE LA IMPUGNACIÓN

El delegado de la Fiscalía insistió en que en este momento hay un trabajo investigativo adelantado que demuestra que no existe otra labor pendiente de realizar en pro de demostrar esta causal de preclusión.

Indicó que la causal habla de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia y que lo que aquí se alega es que la Fiscalía presenta esa imposibilidad porque no hay otras actuaciones que permitan derribar esa presunción.

Expuso que se agotaron todas las pesquisas posibles para arribar a esa determinación y que no existe ninguna otra actividad que permita surtir otra conclusión. Indicó que la teoría expuesta es plausible, en tanto el procesado no conocía qué era lo que estaba transportando. Ese aspecto se acreditó con las manifestaciones de los policiales que evidencian que los costales estaban sellados; al igual que las fotos expuestas por lo que el señor Botero Osorio no tenía la posibilidad de conocer cuál era el contenido de los costales.

Señaló que está acreditado que el procesado se dedica al transporte de personas y enseres, y que todo ello unido, da a entender que la presunción de inocencia no se puede desvirtuar en este caso. Adujo que la teoría del desconocimiento del procesado como un error de tipo se vislumbra en este estadio y que someter al ciudadano al juicio lo afecta enormemente.

Iteró que no hay más actividad o investigación que realizar para desvirtuar la presunción de inocencia y que la causal es admisible pues no se debe acreditar una total certeza, sino que no existe más acción por adelantar en el tema de investigación. Solicitó se reconsidere la decisión adoptada y se ordene la preclusión de la investigación.

DE LOS NO RECURRENTES

La defensa del procesado coadyuvó la petición de la Fiscalía y solicitó se acceda al decreto de la preclusión. Indicó que hay situaciones que se deben ventilar en el juicio, pero conforme lo dicho por la Fiscalía con los elementos materiales probatorios aportados en la solicitud de preclusión, el Juez va a llegar a esa certeza más allá de toda duda que no hay otra actividad que agotar.

Acotó que en la decisión del A quo no se observa esa inconformidad con la actividad, es decir él no manifiesta que faltó en el acto de investigación, pues la Fiscalía y la Defensa agotaron las pruebas posibles por recaudar, y no se van a poder allegar más pruebas o más elementos puesto que el caso correspondió a una captura en flagrancia y se concluyó todo lo que se debía hacer.

Se intentó verificar la presencia de esas personas, no existe registro fílmico alguno, por lo que se agotó y todos y cada uno de las posibilidades que había. Con el análisis de estos elementos se avizora que su prohijado no conocía lo que transportaba.

Esbozó que, aunque en el juicio oral se debe debatir, el elemento subjetivo del tipo que la persona tenga, es decir el conocimiento y voluntad que detente, que en este caso no se cuenta con ese dolo en su cliente y por ello, traer a declarar a los patrulleros, a los vecinos, a los familiares es absolutamente innecesario pues van a decir lo mismo que ya manifestaron, por tanto, le asiste razón a la Fiscalía en su solicitud de preclusión.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

Inicialmente cabe precisar que de acuerdo con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, la decisión apelada tiene la naturaleza de un auto

interlocutorio que resuelve un aspecto sustancial de la actuación y contra el cual proceden los recursos ordinarios.

En este sentido cabe precisar a su vez que el artículo 177 ibidem prevé que la apelación se concederá en el efecto suspensivo, entre otros, contra «*el auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión*», por lo que de acuerdo a lo reseñado es claro que la decisión mediante la cual se niega o decreta la preclusión de la investigación es un auto interlocutorio, criterio pacífico adoptado por la Sala de Casación Penal de la CSJ¹.

A su vez el trámite del recurso de apelación contra autos, reglado por el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, dispone que: «*...Se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia. Si el recurso fuere debidamente sustentado se concederá de inmediato ante el superior en el efecto previsto en el artículo anterior.*»

Huelga significar que habida cuenta del momento procesal en que se formula la petición de preclusión, esto es, con anterioridad a la etapa de juzgamiento, ningún reparo se formula en cuanto a la legitimación que le asiste al peticionario en orden a deprecar la terminación anticipada del proceso por una cualquiera de las causales contenidas en el artículo 332 del C.P.P.

Por lo tanto, es preciso señalar a continuación que a la luz entonces de lo normado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía. Por lo demás, este colegiado no observa factor invalidante del trámite y en consecuencia procederá a resolver de fondo la

¹ CSJ AP, 21 de mayo de 2014, rad. 43764, CSJ AP, 27 Feb. 2013, rad. 40736 y CSJ AP, 16 abril de 2008, rad. 29540, entre otras.

problemática que se le plantea en esta oportunidad como juez de segunda instancia.

Bajo tal perspectiva y como acostumbra la Sala en este tipo de casos, como obligado prefacio cabe significar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta Política a la Fiscalía General de la Nación le corresponde el ejercicio de la acción penal y en desarrollo de dicha obligación le compete adelantar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, formulando cuando a ello haya lugar la respectiva acusación o solicitando en su defecto preclusión de la investigación, pues frente a dicha posibilidad la jurisprudencia tiene decantado opera el principio de reserva judicial.

Esto dijo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

*"La decisión de preclusión corresponde adoptarla al juez de conocimiento, dado que se trata de una función jurisdiccional de la cual fue despojada la Fiscalía General de la Nación en el nuevo esquema procesal oral acusatorio, pues constituye una concreción del derecho a la justicia, en tanto que comporta la cesación de la acción penal y en algunos eventos se materializa la inocencia del investigado, concluyendo así un conflicto sometido al conocimiento del aparato judicial de forma definitiva, con igual fuerza de cosa juzgada."*²

También tiene aquilatado la Sala de Casación, que debido a los efectos de cosa juzgada material que produce el decreto preclusivo ya de la indagación, ora de la investigación, artículo 334 del C.P.P., se exige que las causales que la fundamentan se encuentren demostradas con un grado de certeza que supere cualquier duda razonable, pues de lo contrario, como se anunció, corresponde al persecutor continuar con el trámite del proceso, tal como lo dispone el artículo 250 de la Constitución Política³, o, en todo caso, a la judicatura negar la petición de terminación extraordinaria del trámite.

² CSJ, SP. Auto del 7 de noviembre del 2018, radicado AP4924-2018, 52.232, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

³CSJ, SP, radicado AP3724-2015 (43407) del 1 de Julio de 2015.

En este sentido: *"la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que, si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite"*⁴.

Como se puede discernir de los argumentos esbozados y de la jurisprudencia traída a colación, en lo que a la preclusión atañe es exigencia indiscutida la cabal demostración de las causales invocadas, por lo que precisado lo anterior cabe señalar lo que ha dicho la jurisprudencia sobre las causales genéricas y específicas, objetivas y subjetivas, que la normatividad legal consagra como generadores del fenómeno jurídico de la preclusión de la investigación:

"De la norma transcrita se desprende que la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento únicamente pueden declararse con base en las causales genéricas o específicas taxativamente señaladas en la ley. Son genéricas la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía propia, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, y la retractación y el pago en los casos previstos en la ley (artículo 82 Ley 599 de 2000, y 38 Ley 600 de 2000), y específicas, la inexistencia o atipicidad de la conducta punible, la demostración de alguna causal excluyente de responsabilidad, o la acreditación de que el procesado no fue quien realizó el comportamiento delictivo objeto de la actuación penal (artículo 39 Ley 600 de 2000).

*Oportuno se ofrece agregar que la doctrina y la jurisprudencia han distinguido entre causales objetivas y subjetivas de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento. Por las primeras se entienden, la muerte del procesado, la prescripción, etc., denominadas, comúnmente, de improseguibilidad de la acción, pues impiden a la administración de justicia continuar adelantando el proceso y debe declararlas el funcionario en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos de ninguna naturaleza. Las subjetivas, en cambio, se relacionan con fenómenos de tipicidad, ausencia de responsabilidad (justificación e inculpabilidad), etc., y se erigen como motivo de improseguibilidad solamente cuando se hallan plenamente demostradas en el proceso."*⁵

Además, es del caso traer a colación que también procede la preclusión en cualquier etapa del trámite por extinción de la acción

⁴CSJ, Auto del 30 de Julio de 2014, Rad. 44042.

⁵CSJ, SP. Auto del 01/11/07, radicado 28.482, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

penal, artículo 77 del Estatuto Procedimental Penal, a saber, por la muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, oblación, amnistía, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la ley, como ocurre con las previsiones del artículo 82 del C. P., que contempla el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos esta como causales extintivas de la acción penal.

Bajo el anterior marco teórico cabe precisar igualmente que:

*"... una vez instaurada la denuncia o iniciada de oficio la indagación, el Fiscal elaborará el programa metodológico orientado a constatar la materialidad u autoría de los hechos investigados. Si luego de desplegar amplias y suficientes labores investigativas, a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, logra establecer la configuración del delito e inferir razonablemente la autoría o participación en el mismo, imputará cargos al investigado. Por el contrario, si no obtiene dicha convicción y, además, encuentra presente alguna de las causales previstas en el artículo 322 de la Ley 906/04, podrá solicitar la preclusión de la investigación."*⁶

Por lo tanto, y en ello insiste la Sala: *"... la causal que se invoque debe estar debidamente probada, lo que implica que quien solicite la preclusión tiene la obligación de entregar los elementos de prueba y argumentos suficientes para demostrar, más allá de toda duda, que se configura el motivo..."*⁷

En esta oportunidad, la preclusión de la indagación incoada por el ente acusador se fundamenta en la causal contenida en el numeral 6° del canon 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, **la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.**

Frente a la aludida causal, huelga señalar que la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la misma se presenta cuando:

⁶ CSJ, SP. Auto del 18 de marzo del 2020, SP916-2020, 55.629, M. P. Éyder Patiño Cabrera.

⁷ *Ibid.*

«[...] cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- el Ente Acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación exhaustiva y que, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y su correlato, el in dubio pro reo.

(...)

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía, alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal.

Significa lo anterior que en etapa de indagación o de instrucción, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, no se pueda afirmar con probabilidad de verdad que el hecho delictivo existió o que el implicado es su autor o partícipe.

En consecuencia, si evaluada la indagación o la investigación no se alcanza el estándar de conocimiento necesario para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por la causal sexta, dado que es constitucionalmente inadmisibles, mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para acusar o para precluir por una causal diversa a la enlistada en el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004».

18.

Así las cosas, la **imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia** supone que el ente investigativo haya desarrollado un esfuerzo serio y suficiente en orden a establecer todas las particularidades del hecho que se indaga, en otras palabras, obrar con la mayor acuciosidad, de modo que si a pesar de esa actividad racional, ponderada, prudente, y lógicamente direccionada no se logra desvirtuar la ocurrencia del hecho, o la participación y la responsabilidad del agente en el evento investigado.

La argumentación entonces que permita la prosperidad de la preclusión que se invoca debe cumplir con los siguientes ítems: que los medios de conocimiento obtenidos no demuestren la comisión del

⁸ CSJ, SP. AP6363-2015. 42949. 28/10/2015.

injusto o la responsabilidad del individuo implicado; que no exista forma de allegar razonablemente otros elementos de convicción que permitan la demostración de tales supuestos y que la Fiscalía ya haya agotado toda la actividad investigativa posible y de la misma no es posible afirmar que el encausado es responsable del ilícito.

Como se puede apreciar, es necesario que el ente persecutor demuestre que realizó una investigación profunda: *"... y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo."*⁹

Superadas las cuestiones liminares es menester señalar que una vez sopesados los argumentos esbozados por la primera instancia, por la Fiscalía, y por la defensa, así como los medios demostrativos y de convicción arrimados al trámite, sale a relucir que estos dejan entrever que las conductas objetos de la indagación o averiguación endilgadas al encausado encuentran adecuación objetiva en el tipo penal de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de uso privativo de las fuerzas armadas (art. 366 C.P.).

Es decir, la faz objetiva del comportamiento desplegado por el sujeto activo de la acción penal se amolda a la perfección a los elementos objetivos del tipo penal en comento y por lo tanto no se puede hablar de atipicidad objetiva de entrada y es menester entrar a considerar el elemento subjetivo de ese tipo penal, es decir el dolo (conocimiento más voluntad sobre el ilícito).

En lo que tiene que ver con las comprobaciones de la tipicidad subjetiva, esgrimió la Fiscalía que la hipótesis alternativa plausible es que existió un error de tipo en el encausado; esto es, que él no tenía conocimiento que esos costales portaban ese detonante privativo de

⁹ CSJ, SP. Auto del 4 de marzo del 2020, rad. AP818-2020, 55.834, M. P. Patricia Salazar Cuellar.

las fuerzas armadas. Ello debido a su actividad económica, esto es, se dedica a hacer acarreos de enseres y transporte de personas; a que el transporte de esos costales derivó de que fue contratado por dos sujetos que se desplazaban en una moto tipo bóxer para que los llevara hasta el parque de Caldas y a la forma cómo se encontraban dispuestos los costales, ya que estaban cosidos y no era posible determinar su contenido. Para sustentar su dicho tanto Fiscalía como defensa aportaron los siguientes elementos materiales probatorios:

1. Declaración jurada FPJ15, del 6 de agosto de 2024, rendida por el policía Anderson Sandoval Narváez. (fiscalía).
2. Declaración jurada FPJ15, del 6 de agosto de 2024, rendida por el policía Duberley de Jesús Acevedo Muñoz. (fiscalía).
3. Fotografía del automóvil identificado con placas EIO-835, en el que se observa el baúl abierto de un carro con varios costales adentro. (fiscalía).
4. Álbum fotográfico realizado por el investigador Ferney Cardona Acevedo, compuesto por 4 folios, de fecha 25/06/2024. En el mismo se observa una captura de pantalla de Google maps; una fotografía de las afueras de la vivienda del encausado y 5 donde se observa al señor Botero Osorio exhibiendo insumos y elementos de su negocio de productos de aseo. (defensa)
5. Listado de proveedores y listados de clientes del señor Botero Osorio. (6 folios) (defensa).
6. Formulario del Registro Único tributario a nombre del encausado. (1 folio) (defensa).
7. Factura de servicios públicos del contrato 196567, del mes de abril de 2024 y con la dirección Calle 128 sur, 59-185. Caldas. (1 folio) (defensa).
8. Impuesto predial de la dirección Calle 128 sur, 59-185. Caldas. (1 folio) (defensa).

9. Impuesto de industria y comercio a nombre del encausado y de la razón social productos de hogar Indix. (4 folios) (defensa).
11. Facturas de compra y venta de productos químicos para elaboración de productos de aseo. (12 folios) (defensa).
12. Declaración a nombre del encausado, fechada para el 7 de febrero de 2024, tomada por el defensor Carlos Zapata. (3 folios) (defensa).
13. Declaración firmada por la señora María Teresa Botero Osorio, fechada para el 7 de febrero de 2024, tomada por el defensor Carlos Zapata. (3 folios) (defensa).
14. Declaración firmada por el señor Compañon de Jesús López Cano, fechada para el 7 de febrero de 2024, tomada por el defensor Carlos Zapata. (3 folios) (defensa).
15. Fotografías de la vivienda del encausado tomadas por el defensor Carlos Zapata. (10 folios) (defensa).
16. Historia laboral del procesado. (13 folios) (defensa).

De la exhaustiva revisión de los anteriores elementos materiales probatorios, es dable afirmar que en efecto el señor Botero Osorio tiene una empresa dedicada a la fabricación de productos de aseo y que en esa medida distribuye los mismos en su vehículo, identificado con las placas EIO-835, por diferentes veredas del municipio de Caldas y sitios aledaños.

Ahora bien, la principal exculpante del procesado en punto a su conocimiento sobre el contenido de los costales con el material explosivo, radica en que presuntamente dos sujetos lo abordaron y a cambio de pagarle una suma dineraria, estos le solicitaron que transportara ese paquete hasta el parque de Caldas (A). En su declaración, el procesado señaló:

“Yo ayer en la tarde como a las tres, estaba llevando del parque de caldas una cajonera del sector conocido como el sesenta (60), ya cuando venía de regreso, sobre la vía me salieron dos muchachos y me pusieron la mano, porque en muchas ocasiones se encuentra gente que le pone a uno la mano y los traiga al pueblo y me pagan el pasaje, entonces me dijeron que si les llevaba unos bultos al pueblo por el parque, me bajé ellos me ayudaron a subir los como estaban tapados no vi que contenían pero si note como unos carretes, los metimos al baúl y ellos se subieron en una moto pequeña como tipo bóxer y que los siguiera, cuando venía por la recta ellos se adelantaron, en ese momento subía una patrulla de la policía, yo continuo andando, pero llegando a los lagos me alcanzan y me piden que me orille, yo paro me dicen que porque venía tan rápido y me piden un registro, verifican el baúl y me dice que los acompañe a las estación (...).”

Según su manifestación, y dado que no existen cámaras de seguridad en el sector que permitan verificar que fue contactado por dos personas que se transportaban en una motocicleta bóxer y que presuntamente los iba siguiendo por el camino para entregarles el paquete, que las declaraciones de los policiales que realizaron su captura resultan fundamentales para constatar la veracidad de sus dichos. En este punto se cuenta con la declaración de los agentes del orden Anderson Sandoval Narváez y Duberley de Jesús Acevedo Muñoz.

El primero de los policiales se encuentra descartado para aportar información relevante al proceso en punto a si una motocicleta bóxer con dos personas antecedió al vehículo del señor Botero Osorio, pues él no se encontraba en la vía y acudió de forma posterior cuando fue llamado por los otros agentes captores.

Por su parte en la declaración del policial Duberley de Jesús Acevedo Muñoz, no se observa que la Fiscalía General de la Nación le hubiese preguntado sobre esta cuestión que resulta fundamental para el asunto de marras. Su declaración versa sobre lo siguiente:

“Con el subintendente RAMON SANCHEZ nos encontramos realizando turno en el cuadrante 10 de caldas del cual compete (...), realizamos la señal de pare a un vehículo (...) se le solicita un registro al conductor del vehículo (...) al realizar el registro del vehículo y al comprobar el

baúl del mismo se observan 4 bultos que al identificar se ve un cable (...).

Que manifestaciones efectuó el señor JESUS EVELIO BOTERO OSORIO para el momento del hallazgo del material ilícito: el señor (...) manifestó que a él le habían contratado para transportar esos bultos por los lados del alto de minas para llevarlos hasta el municipio de caldas, ya que, según él, trabajaba con ese vehículo, el no dijo nada más”.

Así mismo, se extraña que la declaración del otro policial que participó en la aprehensión del señor Botero Osorio no fue recaudada, pues nótese que no se observa documento alguno que contenga los dichos del agente RAMÓN SÁNCHEZ, quien pudiera aportar más información sobre los momentos previos a la captura del encausado; si vio la mencionada moto, si observó a los sujetos, si el procesado iba siguiendo a alguien o si detalló alguna particularidad que pueda aportar a la teoría defensiva del encartado, o a la de la Fiscalía en su calidad de ente al que le corresponde formular la acusación.

A diferencia entonces de lo que entiende el censor y la primera instancia, para este colegiado, aún queda material probatorio por recaudar en aras de constatar el dicho del procesado y por ende confirmar si en efecto, fue contratado por terceros para transportar el material explosivo o si, por el contrario, conocía lo que contenían los costales y aun así decidió moverlos por las vías antioqueñas, con todas las consecuencias que ello acarrea.

En los términos de las citas jurisprudencias citadas y ante la falta de pruebas por recaudar resaltadas por esta instancia, advierte esta Magistratura que aún es viable ahondar en el interrogatorio al policía Duberley de Jesús Acevedo Muñoz para que relate lo que recuerde y le conste y, citar para declaración jurada al agente Ramón Sánchez para que en similares términos sea interrogado; de manera que no es dable señalar como lo hace la Fiscalía que se está ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del encausado, pues se itera

es menester terminar de recaudar la prueba suficiente para sostener que hubo o no dolo por parte del procesado en la comisión del ilícito.

En criterio entonces de esta Sala emerge apresurada la solicitud de preclusión elevada por el delegado fiscal, siendo necesario recordar que la preclusión hace tránsito a cosa juzgada material y formal y como tal no se puede tomar a la ligera, con más veras cuando tal como lo enseña la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, no todos los casos son iguales y en consecuencia no pueden medirse con el mismo rasero.

En el asunto de marras es necesario reclamar mayor actividad investigativa y elementos de juicio con los cuales verificar los dichos del procesado y por ende si su coartada tiene fundamentos o por el contrario es una teoría exculpatoria que pretende encubrir su responsabilidad penal.

Recordemos que la aquiescencia de la causal sexta exige un total esfuerzo en el recaudo de medios o elementos probatorios, en punto a que el fiscal pueda afirmar que con lo que cuenta no es dable desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, pues no existe prueba suficiente para sostener con probabilidad de verdad la ocurrencia del hecho, la vinculación del procesado con el mismo, el dolo y la antijuridicidad de aquel. Por lo tanto, la Sala confirmará la decisión apelada por los motivos expuestos previamente.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-00206-2024-03249-01
Procesado: Jesús Evelio Botero Osorio
Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de
uso privativo de las fuerzas armadas.

PRIMERO: CONFIRMAR en virtud de lo visto y analizado en la parte considerativa de este proveído la decisión apelada en el asunto de marras.

SEGUNDO: En consecuencia, se dispone la remisión del expediente al juzgado de origen. Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO.**

Firmado Por:

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **654f6a6ac9cc841ec06120779cd6d38a3e9c5b6eb5276bddd90768c37deb147c**

Documento generado en 28/08/2024 04:53:10 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>