

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Carga Dinámica de la prueba/...” El bloque de constitucionalidad imperante en Colombia implica el reconocimiento de la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano hasta que no se demuestre lo contrario. Por esa razón la parte defendida y más concretamente el enjuiciado no tiene que demostrar su inocencia por tratarse de un derecho de carácter negativo que lo ampara y al contrario es al Estado a quien corresponde desvirtuarla. La carga probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, quien a través de sus agentes, con los elementos de convicción solicitados, decretados y practicados en el juicio oral, debe probar la existencia del comportamiento punible y la consiguiente responsabilidad penal del procesado. Probada la existencia del comportamiento punible y la responsabilidad del procesado, le corresponde a la defensa aducir las pruebas con el propósito de desvirtuar la certeza para condenar o para introducir por lo menos duda razonable. Además, si lo que pretende es atenuar la responsabilidad del procesado, también debe apuntalar su actividad probatoria a la demostración de la existencia de una de tales causales...”

Carga de la Prueba/ - Le corresponde a la defensa aducir las pruebas con el propósito de desvirtuar la certeza para condenar- / Es evidente que el porte del arma sin permiso de autoridad competente fue probado por la fiscalía y que a la luz de los dictados de la carga dinámica de la prueba le correspondía a la defensa probar, con los mecanismos necesarios a su alcance con los que desde luego contaba, poner en tela de juicio la certeza para condenar o por lo menos generar duda. Por esa razón la Sala considera que era a la parte defendida a la que correspondía probar la existencia de esas llamadas, y de ser posible también su contenido, y no a la Fiscalía General de la Nación como equivocadamente lo pretende el impugnante, lo decimos con respeto, ni mucho menos al Tribunal oficiosamente. Recuérdese que este es un sistema de partes en el que obviamente una vez establecida por parte de la Fiscalía General de la Nación la existencia de comportamiento punible y la consiguiente responsabilidad del procesado, le corresponde a la defensa aducir, por tener acceso a esos medios probatorios que obedecen a la estrategia defensiva que diseñó o ideó, desvirtuar la certeza para condenar, atenuar la responsabilidad o por lo menos crear duda.



SENTENCIA 036

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Radicación: 2015-0120
Procesado: Segundo Antonio Ávila Montenegro
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de
fuego, accesorios, partes o municiones.

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez.**

Aprobado: Acta **064 de mayo 12 de 2016**, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16
de 1968

Tunja, **veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Hora: nueve
y treinta de la mañana (9:30 a.m.)**

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación
interpuesto por el defensor del acusado Segundo Antonio Ávila
Montenegro, contra la sentencia de 4 de diciembre de 2014 mediante la

cual el Juez Penal del Circuito de Guateque lo condenó a 109 meses de prisión al encontrarlo responsable del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, tomando otras determinaciones.

HECHOS

El 11 de enero de 2014 a las 6:15 de la mañana, mediante llamada telefónica a la Estación de Policía de Macanal se informó que en la vereda el Dátil se encontraba una persona en actitud sospechosa. Los agentes se trasladaron al sitio y encontraron a Segundo Antonio Ávila Montenegro a quien le practicaron una requisa encontrando en la pretina del pantalón un revólver marca llama con seis proyectiles y no presentó documentación que lo autorizara para portar o tener el arma, por lo que se le capturó y judicializó.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Segundo Antonio Ávila Montenegro se identifica con la C.C. 4.148.482 de Macanal, hijo de Antonio Ávila Galindo y María de Jesús Montenegro (fallecidos), nació en Macanal (Boyacá) el 11 de diciembre de 1967, de 46 años, casado, agricultor, cursó hasta séptimo de bachillerato, reside en la vereda Tibacota, finca San Martín del municipio de Macanal, convive con Omayra Monroy Gamba y seis hijas. Mide 1.71 metros; delgado; piel trigueña; cabello corto, liso y negro; frente amplia; ojos medianos, castaños; labios delgados; orejas grandes de lóbulo adherido y calvicie coronaria.

ANTECEDENTES PROCESALES

Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa el 12 de enero de 2014 (i) se legalizó la captura de Segundo Antonio Ávila Montenegro; (ii) se le imputó el delito de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones y (iii) se le impuso medida de aseguramiento privativa de libertad en establecimiento de reclusión. El imputado no aceptó los cargos y la decisión de imponerle medida de aseguramiento fue confirmada por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa el 29 de enero de 2014.

El 4 de marzo de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa. El 6 de marzo de ese año el Juez titular de ese juzgado se declaró impedido para conocer del asunto, impedimento que aceptó el Juez Penal del Circuito de Guateque el 12 de marzo de 2014, citando para audiencia de acusación.

Las audiencias de acusación y preparatoria se realizaron los días 30 de abril y 2 de julio de 2014. El juicio oral se surtió los días 22 de agosto y 2 de octubre de 2014, anunciándose a su finalización sentido de fallo condenatorio. La sentencia se leyó el 4 de diciembre de 2014 y contra ella la defensa interpuso recurso de apelación que oportunamente sustentó por escrito y que la Sala se ocupa de desatar.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

El Juez Penal del Circuito de Guateque condenó a Segundo Antonio Ávila Montenegro a 109 meses de prisión al encontrarlo autor responsable del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, le negó la suspensión condicional de

la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y ordenó el comiso del arma de fuego incautada.

Consideró que no fue controvertido ni hay duda que el 11 de enero de 2014 el acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro tenía un arma de fuego. La situación de flagrancia en la que fue capturado está demostrada con el testimonio de Yeimar Aguilar Suárez, quien de manera coherente y verosímil señaló que el acusado fue sorprendido llevando un arma de fuego, no otorgando credibilidad a los testigos presentados por la defensa, quienes manifiestan coincidentemente que el arma se la encontró el procesado en una vía pública pero el devenir histórico de los hechos por ellos relatados y los vínculos de amistad y laborales con el procesado, hacen que sus dichos sean valorados con mayor rigurosidad.

Lo dicho por la defensa referido a que Segundo Antonio Ávila Montenegro, quien tiene antecedentes penales por el delito de porte ilegal de armas, encontró el arma de fuego en una vía pública, circunstancia de no frecuente ocurrencia, genera para el despacho *a quo* cierta prevención, aunado a que el acusado no dio explicación sensata de por qué sin necesidad recogió el arma y se la llevó para la casa, no siendo de recibo la espera de una eventual recompensa cuando desconocía de dónde provenía el artefacto y nada sabía sobre ofrecimiento de alguna remuneración.

Si el acusado avisó a la policía desde cuando encontró el arma, no es creíble que los agentes no hubieran acudido al lugar y lo hubieran convocado 15 días después para que la entregara, circunstancia que ningún soporte probatorio tiene en el proceso aparte del dicho del acusado. La poca credibilidad de las exculpaciones dadas por el procesado encuentra eco en las contradicciones en las que incurre respecto al momento en que decide informar a la policía sobre el

descubrimiento del arma, la cual no puede explicarse sino en la mendacidad del procesado.

Resalta el *a quo* la casualidad que se le presenta al acusado refuerza la poca credibilidad de su dicho, pues en el momento de hallar el arma y cuando fue a entregarla se encontraba con la misma persona de nombre Salomón, siendo esta la única persona que respalda sus afirmaciones. Tampoco es creíble la afirmación hecha por el acusado referida a que cuando se disponía a entregar el arma el comandante Aguilar lo judicializó porque supuestamente no quiso colaborarle informándole dónde habían narcóticos, pues no surge de la actuación que la policía haya acudido al lugar en busca de estupefacientes ni que el acusado haya tenido inconvenientes con el agente como para que lo perjudicara con esa afirmación.

Las pruebas de la defensa no se orientaron a controvertir que el procesado tenía en su poder el arma de fuego pero sí a las razones por las cuales las llevaba consigo, sin desvirtuar probatoriamente que los agentes de policía hubieran mentido al informar que el procesado llevaba el día de los hechos un arma de fuego, pues centró el debate en demostrar una causal excluyente de antijuridicidad.

El *a quo* concluyó que la conducta de Segundo Antonio Ávila Montenegro era típica, antijurídica y culpable. Resolvió imponer la pena dentro del cuarto mínimo que estableció entre 108 a 117 meses de prisión, imponiendo 109 meses así como las demás decisiones que se señalaron en la parte inicial de este acápite.

2.- Del motivo de impugnación.

La defensa de Segundo Antonio Ávila Montenegro pretende se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se dicte una de carácter absolutorio. Sustenta su inconformidad con los siguientes argumentos:

Jamás se tuvieron en cuenta las llamadas que los testigos dicen ocurrieron entre los policías que realizaron la captura y el acusado, infiriéndose que los policiales mienten, existiendo duda que impediría un fallo condenatorio.

El 11 de enero de 2014 Segundo Antonio Ávila Montenegro, luego de encontrar el arma de fuego, llamó de su celular 3123532159 al celular 3127912464 del patrullero Yeimar Aguilar Suárez, agente activo de la policía nacional. Sin embargo en el juicio este agente manifestó que se había encontrado al procesado en la carretera y al requisarlo le encontró un arma de fuego, hecho que no es cierto, máxime cuando los testigos presentados en el juicio difieren con el dicho de la policía.

La fiscalía no verificó pruebas tan sencillas como los cotejos de las llamadas telefónicas y sus transcripciones, lo cual eventualmente se podría haber practicado de oficio y daría certeza al juzgador para dictar sentencia.

Del dicho de José Salomón Joya Vargas puede colegirse que el acusado está diciendo la verdad, considerando que son los policías quienes en aras de un positivo y tener un reconocimiento engañaron a Segundo Antonio Ávila Montenegro y lo inculparon de un delito que no cometió, pues es verdad que el procesado se encontró el arma en la vía pública y quiso entregársela a la policía, siendo su actuar atípico del delito endilgado.

Se conculcó el debido proceso por cuanto a las audiencias no comparecieron varios de los testigos solicitados por fiscalía y defensa, sin que el juez los hiciera comparecer, teniendo el poder discrecional para hacerlo, impidiendo que fueran contrainterrogados para aclarar los hechos y lograr una sentencia absolutoria. Debió aplicarse el *in dubio pro reo*, pues los testimonios son contradictorios y ello ha debido conducir al juez a emitir fallo absolutorio.

Pide se tengan como pruebas las surtidas en el proceso y si es de resorte del Tribunal se practiquen los cotejos telefónicos de los números enunciados y las demás que se estimen pertinentes para esclarecer los hechos.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN PROBATORIA

1.- De la Fiscalía.

1.1.- Rubén Darío Barrera Niño (9').

Con este testigo la fiscalía incorporó:

- Informe de balística de 11 de enero de 2014 (folio 122) como evidencia No. 1 de la Fiscalía.

Se presenta informe sobre el revólver marca Llama, modelo Scorpio, sin números serial e interno borrados por el sistema de limado, de funcionamiento mecánico por repetición, de 6 cartuchos calibre 32 L, y también de 6 cartuchos. Se concluye que el arma de fuego está en buen estado de funcionamiento y es apta para disparar. Los cartuchos examinados están en buen estado y son aptos para ser utilizados en armas de fuego compatibles con su calibre. El formato de cadena de custodia se aprecia a folio 128.

1.2.- Patrullero Yeimar Aguilar Suárez (31').

Hace 10 años es patrullero de la policía en Boyacá. Sostiene que el 11 de enero de 2014 estaba laborando en la estación de Policía de Macanal y a eso de las 6:15 horas llamaron a la estación informando que un ciudadano estaba en actitud sospechosa en la vereda el Dátil. Al llegar al lugar que les describió quien dio la información se encontraron con Segundo Ávila, a quien luego de hacerle un registro corporal se le encontró en la pretina

del cinturón un revólver marca Llama, calibre 32 con 6 cartuchos del mismo calibre. Se le manifestó que les diera a conocer el permiso para portar esa arma y les dijo que no lo tenía, procediendo a capturarlo en flagrancia, trasladándolo posteriormente a la estación de policía de Macanal.

Contrainterrogado por la defensa refiere que el patrullero Álvaro Jiménez Bustamente estaba de turno y él recibió la llamada, fue a llamarlo a su casa que dista media cuadra de la estación y le comentó que habían llamado diciendo que había una persona sospechosa. No le preguntó quién llamó, señalando que quienes llaman a la policía no están obligados a dejar sus datos personales. Cuando llamaron les indicaron el sector El Dátil y fueron a patrullar por ese sector y se encontraba Segundo Ávila y ninguna otra persona, expresando que nunca lo había visto. Segundo Ávila iba solo y consideró que tenía actitud sospechosa porque iba a las 6:15 por un sector donde no transita casi gente. Reitera que al sector el Dátil también fueron el comandante de estación Intendente Héctor Andrés Muñoz y el patrullero Robín Castellanos Avendaño, señalando que no tomaron fotos de la captura porque no habían llevado cámara y sí hicieron el procedimiento de captura en flagrancia. El revólver incautado estaba solo, no había bolsas, lo tenía dentro de la pretina del cinturón, encontrándolo cuando se le realizó el registro corporal.

Con este testigo la Fiscalía incorporó:

- Informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia de 11 de enero de 2014, como evidencia No. 2 de la Fiscalía (folio 129);

En ese informe textualmente se relata lo siguiente

"SIENDO LAS 06:15 HORAS DEL DÍA 11 DE ENERO DE 2014 MEDIANTE LLAMADA TELEFÓNICA HECHA A LA ESTACIÓN DE POLICÍA, UN CIUDADANO DONDE INFORMA QUE EN LA VEREDA

DÁTIL SE ENCONTRABA UN CIUDADANO EN ACTITUD SOSPECHOSA, INMEDIATAMENTE NOS DIRIGIMOS AL LUGAR EN MENCIÓN AL SECTOR ALTO AMARILLO VEREDA EL DÁTIL MUNICIPIO DE MACANAL SE ENCONTRÓ UN CIUDADANO DE NOMBRE SEGUNDO ANTONIO AVILA MONTENEGRO, CÉDULA DE CIUDADANÍA NRO. 4148482 DE MACANAL, NATURAL Y RESIDENTE EN MACANAL, VEREDA TIBACOTA, CASADO, DE 36 Años De Edad, Nacido El 01 DE DICIEMBRE DE 1966, SÉPTIMO DE BACHILLER, NRO TELEFÓNICO, 3123532159, EN LA VÍA QUE CONDUCE A LA ESCUELA EL DÁTIL, Y AL PRACTICARLE DE UN REGISTRO CORPORAL, SE LE ENCONTRÓ EN LA PRETINA DEL PANTALÓN, PARTE DERECHA, UNA ARMA DE FUEGO TIPO REVÓLVER, MARCA LLAMA, CALIBRE 32, SIN SERIE NI NÚMERO, COLOR GRIS CROMADO, CACHAS DE MADERA COLOR CAFÉ, LA CUAL CONTENÍA (06) CARTUCHOS PARA LA MISMA CALIBRE 32, Y AL SOLICITARLE EL SALVO CONDUCTO PARA EL PORTE DE LA MISMA MANIFESTÓ NO TENERLE, SE PROCEDIÓ A REALIZAR DE LA CAPTURA POR CONFIGURARSE LOS ELEMENTOS DE LA FLAGRANCIA..."

- Acta de derechos de capturado y acta de buen trato de fechas 11 de enero de 2014, como evidencia No. 3 de la Fiscalía (folio 130);
- Formato de incautación de arma de fuego de 11 de enero de 2014, como evidencia No. 4 de la Fiscalía (folio 131);
- Álbum fotográfico correspondiente al arma de fuego incautada de fecha 11 de enero de 2014, como evidencia No. 5 de la fiscalía (folio 132).

1.3.- Investigador y/o Analista de la Policía Iván Fernando Gutiérrez Rátiva (5').

Adelantó los actos urgentes del caso relacionado con la captura de Segundo Antonio Ávila Montenegro pero no estuvo en el momento de la captura.

Con este testigo la fiscalía incorporó:

- Formato único de noticia criminal (folio 134) como evidencia No. 6 de la fiscalía.
- Formato de identificación plena de Segundo Antonio Ávila Montenegro, individualización y arraigo, como evidencia No. 7 de la Fiscalía (folio 138);
- Formato de solicitud de antecedentes y anotaciones judiciales, como evidencia No. 8 de la fiscalía (folio 141);
- Respuesta dada a la solicitud de antecedentes, como evidencia No. 9 de la Fiscalía (folio 142);

Respecto de antecedentes penales de Segundo Antonio Ávila Montenegro el patrullero Edwin Jahir Salcedo Patiño, consultor de la base de datos SIJIN DEBOY señala que el Juzgado Penal de Circuito número 1 de Garagoa mediante oficio 1268 del 17 de julio de 2013 comunicó sentencia penal condenatoria de 120 meses por el delito de fabricación, tráfico, porte armas de fuego y lesiones personales dolosas.

- Informe ejecutivo FPJ-3 de 11 de enero de 2014, como evidencia No. 10 de la fiscalía (folio 144);
- Solicitud de análisis de EMP y EF, como evidencia No. 11 de la fiscalía (folio 148);
- Oficio 2051 de 19 de marzo de 2014, como evidencia No. 12 de la fiscalía (folio 149). En este se informa que a nombre de Segundo Antonio

Ávila Montenegro aparece registrada un arma revólver, serie IM5281E, calibre 38L, marca Llama, siendo la última novedad revalidación de 9 de junio de 1999, permiso No. 576157, con fecha de vencimiento 9 de septiembre de 2002.

2.- De la Defensa.

2.1.- José Salomón Joya Vargas (1h 21').

Reside en la vereda Dátil del municipio de Macanal (Boyacá) y tiene 22 años de edad. El 11 de enero de 2014 estaba en la casa que queda a la orilla de la carretera. Recuerda que ese día vio que don Segundo iba cruzando por la carretera y como el caso había pasado antes Segundo de pasada le dijo que iba a entregar esa arma porque no quería problemas y luego se despidió. Que iba a entregarla a la policía, comentándole que no quería seguir en esos casos, hablando como dos minutos. Solo fue el saludo y ya, expresando que lo conoce hace mucho tiempo porque tiene finca en otra vereda. Cuando se encontró con Segundo Antonio Ávila Montenegro no había policías, reiterando que él iba por la carretera que conduce del Dátil a Tibacota, Garagoa, Macanal; iba solo, encontrándose con él como a las 6:30 casi a las 7:00, conversando unos dos minutos. Que le dijo que iba a entregar el arma, teniendo en cuenta los casos que ya le habían pasado, contestándole el declarante que eso estaba bien. No vio el arma, ignorando dónde la llevaba.

Contrainterrogado por la fiscalía dice que durante toda su vida conoce a Segundo Antonio Ávila Montenegro porque son vecinos, tratándose como amigos y compañeros de trabajo. Cuando se encontró con Segundo este le comentó que iba a entregar el arma. Añade que más antes, en diciembre 27 iba subiendo para la finca y se encontró con Segundo Ávila, quien le dijo que había un revólver ahí botado, que sirviera de testigo porque de pronto iban a decir que era de él, diciéndole que no se metía en esas cosas, despidiéndose y siguiendo, no sabiendo más. Recuerda que fue el

27 de diciembre porque ese día tenía que hacer vueltas en Macanal de unos papeles y cuando se encontró con Segundo no había más personas por ahí. Al preguntarle si sabía que Segundo Antonio Ávila Montenegro había tenido inconvenientes por cuestiones de armas contesta que sabe que él ha tenido sus problemas y toda la vereda se iría a enterar, razón por la cual le dijo que los problemas debía dejarlos atrás y que debía entregar esa vaina.

2.2.- Acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro (1 h 34').

Refiere que fue procesado por lesiones personales y porte ilegal de armas en el 2011 por un problema que tuvo con un muchacho en su casa hiriendo a quien lo atacó, manifestando que fue sentenciado y se le concedió la prisión domiciliaria en el año 2013, purgándola en la vereda Tibacota, finca San Martín. El 27 de diciembre de 2013 salió hacia un cultivo de arveja que tiene al otro lado de la vía pública; al pasar la carretera vio un arma que estaba a la orilla de la cuneta ubicada a la entrada de la casa, poniéndose nervioso porque pensó que algo malo habría pasado. Pasó Salomón Joya y fue cuando lo paró y le dijo que había un arma ahí, que quién sabe de quién sería. Dice que paró, esperó un ratico, sacó un papel que tenía de la inspección de Macanal y llamó a la inspección, respondiendo el policía Aguilar, informándole del arma que estaba ahí, contestándole el policía que ya se iban para allá, que irían a conseguir un vehículo. Como no fue la policía el 6 de enero se fue a presentar al INPEC y llamó de nuevo a la inspección, contestándole que no habían ido por motivos del año nuevo y el 6 de enero, que guardara el arma porque irían en esos días y que buscarían un carro para ir. El 10 de enero lo llamaron a las 10:00 am los agentes de la policía diciéndole que alistara el arma porque iban por ella, que esperara nueva llamada. A las 7:00 pm lo llamaron de nuevo a decirle que a las 7:00 am del día siguiente fuera al sitio Alto Amarillo, pero les dijo que no podía ir allá porque estaba en prisión domiciliaria, expresándole que se lo estaban ordenando. A las 6:00

am del día 11 el comandante Aguilar lo llamó a decirle que estaban en el sitio; echó el arma en un bolso y se fue, encontrándose como a los 20 minutos con Salomón a quien le dijo que llevaba el arma para entregarla porque ahí abajo lo estaba esperando la policía. Cuando llegó al sitio Alto Amarillo vio que la policía estaba esperándolo, encontrándose 4 agentes de civil, vestidos con ruana. Le entregó el arma al comandante Aguilar, quien le dijo que debía ir a Macanal porque tenía que firmar unos papeles. Al llegar a Macanal le dijeron que debía colaborar diciéndoles dónde había cocinas de narcóticos, que la policía le daría plata, contestándole que no podía hacerlo; que se pusieron a hacer los papeles de entrega del arma, procediendo a leerse los el comandante, reiterándole que debía colaborarles respecto a los laboratorios porque necesitaban pasar un buen positivo, negándose. Le dijeron que firmara los papeles y como no había colaborado iban a reportar a la fiscalía que lo habían encontrado con la posesión del arma, diciéndole el comandante que ya había firmado el acta de captura y de inmediato el comandante reportó el caso a la fiscalía, procediendo a esposarlo y llevarlo al puesto de salud para prueba de alcoholemia. Refiere que los derechos del capturado se los leyeron en Macanal y no en el sitio donde les entregó el arma. Señala que el arma se la encontró en la vía y de ello se dieron cuenta William Alberto Monroy y José Salomón Joya. Iba a entregar el arma porque estaba ocasionando un peligro donde estaban, pues tiene 7 menores de edad y vio que tenía 6 balas; que por el problema que le pasó juró que nunca más tendría armas de fuego; que al ver el arma pensó que quizá el arma tenía salvoconducto y de pronto el dueño aparecería, por lo que llamó a la policía, con la esperanza que le dieran alguna recompensa.

Contrainterrogado por la fiscalía reitera que cuando encontró el arma no había nadie y como a los 15 minutos pasó José Salomón Joya en moto y como a la media hora pasó William Alberto Monroy también en moto. No se le ocurrió decirles que llamaran a la policía sobre eso porque él ya había llamado. No podía decirle a nadie más porque podía eventualmente ir

alguien por el arma cuando él estaba durmiendo. No tomó el arma sino que la depositó ayudado con una garlancha en la mitad de la alcantarilla para que las personas que pasaran no la vieran. Dice que con los policías que lo capturaron eran amigos; que le preguntaron por información de laboratorios porque necesitaban presentar un positivo, información sobre capturados o hacer un allanamiento, que la policía nacional estaba ofreciendo plata para que informaran pero como vieron que no les dijo nada entonces lo capturaron. Dice también que a su señora y a su hermana les comentó, dando estas sus versiones ante la fiscalía.

Análisis probatorio.

La Sala cree oportuno referirse previamente al principio de la carga dinámica de la prueba que la Sala de Casación Penal ha precisado Jurisprudencialmente¹ así:

“(...) De otro lado, conviene señalar que frente a casos como el presente y en relación con la carga de la prueba, la Sala ha manifestado:

“Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos².

Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en

¹ Sentencia de Casación 40634 del 31 de julio de 2013. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

² “Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

la comisión del mismo, principio que se conoce como onus probandi incumbit actori, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.

Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del in dubio pro reo, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor.

Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de «carga dinámica de la prueba», que ya ha sido desarrollado por la Sala³ reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas

³ “Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754.”

las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella.

Lo anterior, porque dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

Por eso, dijo la Sala en el antecedente citado, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado —no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste—, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, ha de reiterarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio

suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.”⁴

Y más recientemente reiteró:

“...se impone abordar el tema de la carga de la prueba en el ámbito penal y su relación inmanente con el postulado constitucional de presunción de inocencia.

Al respecto, de forma por demás decantada, tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria penal se han ocupado de reiterar que el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 Superior⁵ abarca el reconocimiento general de que una persona sometida a investigación o juzgamiento por la presunta comisión de una conducta punible, se reputa inocente hasta el mismo momento en que por sentencia en firme se desvirtúa tal garantía con la declaración de culpabilidad, conforme a las pruebas que legal y oportunamente hayan sido allegadas al proceso.

Tal axioma, por lo tanto, contrae la obligación para el Estado, en ejercicio de su poder jurisdiccional, de procurar el recaudo y la práctica de los medios de convicción indispensables para que la pretensión invocada en la acción penal por el órgano acusador, tenga el soporte necesario para que el juez de conocimiento emita el juicio de reproche correspondiente.

Correlativamente, el núcleo esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia releva al sujeto investigado de aportar pruebas tendientes a demostrar que la infracción penal no existió o la ausencia

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación No. 31147.

⁵ “En el mismo sentido, consultar los artículos 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 de la Ley 600 de 2000.”

de responsabilidad en la misma a cualquier título, porque, se insiste, la carga de la prueba se radica en cabeza del ente acusador.

Este apotegma se complementa a su vez con el principio in dubio pro reo, ya que ante la duda acerca de cualquiera de los elementos del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad—, se impone la prevalencia de la incertidumbre y la consecuente absolución del implicado.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido:

«En el proceso penal se habla de carga de la prueba en sentido negativo porque al acusado no le corresponde probar su propia inocencia, ésta se presume mientras la actividad probatoria no demuestre lo contrario y logre desvirtuar esa verdad provisional que lo protege; la obligación probatoria recae en la parte acusadora quien debe demostrar los elementos constitutivos de la pretensión penal y desvirtuar el derecho de inocencia que ha de entenderse integrado en el debido proceso.»⁶

En el sistema regido por la Ley 600 de 2000, este deber se torna intenso si se considera que conforme al artículo 234, que prevé el principio de investigación integral, «el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia».

Con todo, la Sala ha admitido que en ciertos casos, cuando quiera que la Fiscalía ha cumplido con el rol probatorio asignado, es viable aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, según el cual, los medios de persuasión deben ser aportados por quien esté en mejor

⁶ “Auto del 12 de mayo de 2010, radicación 32.359.”

capacidad de hacerlo, dada la dificultad que en algunas oportunidades representa para el agente estatal abarcar el tema de prueba.

Sobre el particular, la Corte aseguró en pretérita oportunidad:

«No obstante, en atención al denominado concepto de la “carga dinámica de la prueba”⁷, cuando el Estado ha demostrado con idoneidad la responsabilidad del acusado como para sustentar una condena, cumpliendo así la carga probatoria necesaria, le corresponderá a la defensa, en sentido amplio, presentar otros elementos de juicio que desvirtúen tal posición cuando quiera que se busque controvertir la certeza para condenar o introducir la duda razonable que permitiera adoptar idéntica determinación.»⁸

Es así que, como regla general, el órgano investigativo es el que debe probar con medios lícitos y legales que la persona acusada de participar en una conducta ilícita es responsable, para de esta manera desvirtuar la presunción de inocencia que precede cualquier imputación; pero excepcionalmente, entonces, es viable acudir a las cargas probatorias dinámicas.

4. En el caso de la especie, el censor asegura que el Ad quem erró al aplicar el principio in dubio pro reo tras indicar en el fallo que el procesado no estaba obligado a probar la circunstancia exculpante aducida por el procesado en la confesión calificada, por cuanto ello le corresponde al Estado como titular de la acción penal, y le asiste razón.

En efecto, si bien como se anotó atrás, la Fiscalía no solo estaba obligada a recopilar todos los elementos de convicción tendientes a acreditar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad

⁷ “Confrontar, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación 31147”

⁸ “Auto del 19 de mayo de 2010. radicación 33.567.”

penal del implicado en orden a derruir la presunción de inocencia sino a recaudar los medios de prueba que pudieran favorecerlo (circunstancias de atenuación punitiva o de ausencia de responsabilidad) —esto último en vigencia de la Ley 600 de 2000 por virtud del principio de investigación integral⁹—, lo cierto es que cuando el ente acusador logra probar con contundencia la comisión o la participación del investigado en el reato, en el procesado concurre el deber de ejercer el derecho de contradicción aportando o solicitando la práctica de todos aquellos elementos de persuasión tendientes a favorecer una decisión absolutoria por inocencia o duda probatoria”.

Con sustento en lo dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia, está Sala de decisión concluye que el mencionado principio tiene soporte en los siguientes fundamentos:

- 1.- El bloque de constitucionalidad imperante en Colombia implica el reconocimiento de la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano hasta que no se demuestre lo contrario. Por esa razón la parte defendida y más concretamente el enjuiciado no tiene que demostrar su inocencia por tratarse de un derecho de carácter negativo que lo ampara y al contrario es al Estado a quien corresponde desvirtuarla.
- 2.- La carga probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, quien a través de sus agentes, con los elementos de convicción solicitados, decretados y practicados en el juicio oral, debe probar la existencia del comportamiento punible y la consiguiente responsabilidad penal del procesado.

⁹ “Pues en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal el rol de la fiscalía como ente acusador y parte sometida al principio de igualdad de armas, adquirió un carácter estricto, de tal forma que dejó de estar obligado a recaudar prueba que pudiera favorecer al procesado, salvo que en su ejercicio investigativo la encuentre, debiendo en este caso, revelarla en procura de hacer efectivo el fin constitucional de justicia y el postulado de lealtad procesal.”

3.- Probada la existencia del comportamiento punible y la responsabilidad del procesado, le corresponde a la defensa aducir las pruebas con el propósito de desvirtuar la certeza para condenar o para introducir por lo menos duda razonable. Además, si lo que pretende es atenuar la responsabilidad del procesado, también debe apuntalar su actividad probatoria a la demostración de la existencia de una de tales causales.

Con base en lo anterior la Sala analizará la prueba recaudada, conforme a las reglas de la sana crítica, en conjunto, mediante la determinación de hechos relevantes así:

1.- Circunstancias en que fue incautada el arma.

El patrullero Yeimar Aguilar Suárez señaló que a eso de las 6:15 de la mañana¹⁰ una persona llamó a la estación de Policía de Macanal para informar que un ciudadano estaba en actitud sospechosa en la vereda “El Dátil”. Por eso se trasladaron al lugar y encontraron a Segundo Ávila, a quien previo registro corporal le encontraron en la pretina del cinturón un revólver marca Llama, calibre 32 con seis cartuchos del mismo calibre; se le solicitó el permiso para portar el arma y dijo no tenerlo por lo que se le capturó en flagrancia, trasladándolo a la estación de Policía de Macanal.

Agregó que Segundo Ávila iba solo y consideró que tenía actitud sospechosa porque se trasladaba a las 6:15 por un sector por donde casi no transita gente. Que al “Dátil” también se trasladó el comandante de la estación intendente Héctor Andrés Muñoz y el patrullero Robín Castellanos Avendaño; que no tomaron fotos de la captura pero efectuaron el procedimiento de captura en flagrancia. Aclaró que el revólver incautado estaba sólo, no había bolsas y lo tenía en la pretina del cinturón.

¹⁰ Se refiere al día de los hechos.

En el Informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia se consigna que a eso de las 06:15 horas del día 11 de enero de 2014 telefónicamente llamaron a la estación de policía para informar que un ciudadano se encontraba en actitud sospechosa en la vereda “Dátil”, razón por la que los uniformados se dirigieron inmediatamente a ese lugar y en el sector Alto Amarillo de esa vereda transitaba sobre la vía que conduce a la escuela de “El Dátil”, Segundo Antonio Ávila Montenegro identificado con C.C. 4.148.482 de Macanal a quien después de practicarle registro corporal se le encontró en la pretina parte derecha del pantalón un arma de fuego tipo revólver, marca Llama, calibre 32, sin serie ni número, color gris cromado, cachas de madera café, con 6 cartuchos para la misma calibre 32. Al solicitarle el salvo conducto para portar el arma manifestó no tenerlo por lo que se le capturó en flagrancia.

El acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro dijo que a las 6 a.m. del día 11 de enero de 2014 el comandante Aguilar lo llamó a decirle que estaban en el sitio; echó el arma en un bolso y se fue, encontrándose como a los 20 minutos con Salomón a quien le dijo que llevaba el arma para entregarla porque la policía lo estaba esperando abajo. Cuando llegó al sitio Alto Amarillo vio que cuatro agentes de la policía vestidos de civil y ruana lo esperaban. Le entregó el arma al agente Aguilar y este le dijo que debía ir a Macanal a firmar unos papeles. En Macanal le dijeron que debía colaborarles diciendo dónde estaban las cocinas de narcóticos, que la policía le daría recompensa, contestando que no podía hacerlo. Realizaron los papeles de entrega del arma que le leyó el comandante, reiterándole que debía colaborar respecto de los laboratorios pues necesitaban pasar un buen positivo, negándose a ello. Le pidieron que firmara los papeles y que como no había colaborado reportarían a la Fiscalía que lo habían encontrado en posesión del arma. El comandante le dijo que ya había firmado el acta de captura reportando inmediatamente el caso a la fiscalía; lo esposaron y llevaron al puesto de salud para prueba de alcoholemia.

Es evidente que el 11 de enero de 2014 Segundo Antonio Ávila Montenegro a eso de las seis y treinta de la mañana llevaba consigo un arma de fuego tipo revólver marca llama, calibre 32 L con número de identificación borrado, cuando transitaba por el sitio Alto Amarillo de la vereda “El Dátil” del municipio de Macanal, arma para la que no tenía el correspondiente permiso para porte.

Pero la circunstancia que origina el porte del arma y desde luego la inmediata captura en flagrancia del procesado Segundo Antonio Ávila Montenegro es diametralmente opuesta en la medida en que el patrullero Yeimar Aguilar Suárez señala que un ciudadano llamó a eso de las 6:15 de la mañana para informar que una persona se encontraba en actitud sospechosa en la vereda “El Dátil”, razón por la que se desplazaron al lugar y de otro lado, porque el procesado Segundo Antonio Ávila Montenegro refiere que ese día el comandante Aguilar lo llamó para citarlo en el sitio Alto Amarillo para que le entregara el arma, de cuya existencia ya le había informado el procesado.

Para la Sala es importante determinar cuál de las dos versiones tiene mayor anclaje probatorio en aplicación de las reglas de la sana crítica.

En primer lugar es importante señalar que el patrullero Yeimar Aguilar Suárez sostuvo que un ciudadano llamó telefónicamente a la estación de policía para informar que una persona se encontraba en actitud sospechosa en la vereda “El Dátil” y más adelante expresó que cómo iba solo a las 6:15 por un sector por donde casi no transita gente, consideró que evidentemente se encontraba en actitud sospechosa y por eso lo requirieron para realizarle registro corporal encontrando en su poder el arma de fuego, concretamente en la pretina del pantalón.

La Sala considera que el argumento que proporciona el uniformado no es satisfactorio a luz de las reglas de la lógica y de la experiencia, pues es evidente que transitar o caminar por un camino en lugar despoblado o

solitario no genera u ocasiona ningún tipo de problemas, pues en una zona deshabitada es imposible generar problemas de seguridad a congéneres inexistentes o a sus pertenencias.

Además, si el lugar era despoblado, entonces la Sala se pregunta qué habitante llamó a la policía y por qué los uniformados se trasladan al lugar sin averiguar por lo menos en qué consistía esa “*actitud sospechosa*”, pues la más elemental cautela imponía precaver cualquier celada o situación adversa, frente a los innumerables problemas de orden público que a diario deben afrontar los uniformados. Además hacía poco había amanecido, por lo que es improbable que de noche, los pocos habitantes de la región hubieran percibido actitudes sospechosas. Por lo demás refulge que transitar por un camino desolado no genera peligro a bienes y mucho menos a residentes inexistentes, circunstancia que frente a un observador imparcial no genera sospecha.

Sorprende también la diligencia y rapidez con la que los uniformados responden al llamado y se trasladan a la vereda, sin proveerse de las mínimas cautelas para precaver eventuales peligros, pues es evidente que llamadas anónimas pueden generar problemas de seguridad a los organismos de seguridad.

De otro lado tampoco se probó que hubiesen existido conversaciones telefónicas entre el procesado y el uniformado Aguilar para enterarlo del hallazgo del arma de fuego por parte de Ávila Montenegro, pues ningún medio probatorio se adujo a instancias de la parte defendida tendiente a acreditar este hecho en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba.

2.- Supuestas llamadas efectuadas a la policía y entre la policía y el procesado.

El patrullero Yeimar Aguilar Suárez sostiene que el 11 de enero de 2014 se encontraba laborando en la estación de policía de Macanal y a eso de las 6:15 horas llamaron a la estación informando que un ciudadano estaba en actitud sospechosa en la vereda “El Dátil”, razón por la que se trasladaron al lugar.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa refiere que el patrullero Álvaro Jiménez Bustamante estaba de turno y fue quien recibió la llamada, desplazándose a la casa donde reside a media cuadra de la estación para llamarlo y comentarle sobre la información recibida respecto de la persona sospechosa. Dice que no preguntó quién llamó, señalando que quienes llaman a la policía no están obligados a suministrar sus datos personales. Cuando los llamaron les indicaron el sector “El Dátil” y cuando fueron a patrullar por el sector se encontraron únicamente a Segundo Ávila, expresando que nunca lo había visto.

El acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro señaló que el 27 diciembre 2013 se dirigió a un cultivo de arveja que tiene al otro lado de la vía pública y al pasar la carretera encontró un arma en la orilla de la cuneta a la entrada de la casa. Que como Salomón Joya pasaba le dijo que había un arma en ese lugar, ignorando de quién sería. Como tenía un documento de la inspección de policía de Macanal llamó a ese lugar, respondiendo el policía Aguilar a quien le informó del arma y éste le dijo que se dirigían al lugar después de conseguir un vehículo. Como la policía no fue y el 6 de enero debía presentarse al INPEC, nuevamente llamó a la inspección, contestándole que no habían ido debido a la finalización de año, que guardara el arma porque en esos días irían. El 10 de enero lo llamaron los agentes de la policía a las 10 de la mañana diciéndole que alistara el arma porque iban por ella, que esperara nueva llamada. A las 7 de la noche lo llamaron de nuevo a decirle que a las 7 de la mañana del día siguiente fuera al sitio Alto Amarillo, a lo que inicialmente se negó por encontrarse en prisión domiciliaria, expresándole que era una orden. A las 6 de la

mañana el agente Aguilar lo llamó a decirle que estaba en el sitio; depositó el arma en un bolso y se fue, encontrándose como a los 20 minutos con Salomón, a quien le dijo que llevaba el arma para entregarla porque abajo lo esperaba la policía.

Es importante señalar que en este aspecto también las pruebas de la fiscalía y de la defensa entran en contradicción en la medida en que el patrullero Aguilar da cuenta de una llamada anónima recibida por el patrullero Álvaro Jiménez Bustamante que motivó la presencia en su casa y el posterior traslado a la vereda “El Dátil”, pues se decía que en lugar se encontraba un ciudadano en actitud sospechosa.

Sin embargo es lógico deducir que alguna información tenían los uniformados, pues motivados por ella necesariamente se trasladaron a la vereda “El Dátil”, en la que previo el registro corporal del procesado, le encontraron llevando consigo el arma de fuego.

Sin embargo esa afirmación de Yeimar Aguilar Suárez sobre la supuesta llamada anónima está huérfana de respaldo probatorio, pues quien dice haberla recibido -el patrullero Álvaro Jiménez Bustamante-no declaró en el proceso y por tanto este hecho se origina en la misma fuente informativa.

De otra parte la llamada que dice recibió el hoy procesado Segundo Antonio Ávila Montenegro de parte del uniformado Yeimar Aguilar Suárez tampoco tiene respaldo probatorio.

Es evidente que el porte del arma sin permiso de autoridad competente fue probado por la fiscalía y que a la luz de los dictados de la carga dinámica de la prueba le correspondía a la defensa probar, con los mecanismos necesarios a su alcance con los que desde luego contaba, poner en tela de juicio la certeza para condenar o por lo menos generar duda. Por esa razón la Sala considera que era a la parte defendida a la

que correspondía probar la existencia de esas llamadas, y de ser posible también su contenido, y no a la Fiscalía General de la Nación como equivocadamente lo pretende el impugnante, lo decimos con respeto, ni mucho menos al Tribunal oficiosamente. Recuérdese que este es un sistema de partes en el que obviamente una vez establecida por parte de la Fiscalía General de la Nación la existencia de comportamiento punible y la consiguiente responsabilidad del procesado, le corresponde a la defensa aducir, por tener acceso a esos medios probatorios que obedecen a la estrategia defensiva que diseñó o ideó, desvirtuar la certeza para condenar, atenuar la responsabilidad o por lo menos crear duda.

Eso significa que las llamadas supuestamente realizadas entre el procesado y el agente Aguilar de la policía referente a la información previa sobre la tenencia del arma encontrada, le correspondía probarlas a la defensa y si no lo hizo ese hecho se tiene por inexistente.

3.- Aspectos concernientes al arma de fuego.

Se presentó informe de balística del 11 de enero de 2014 en el que examinado el revólver marca llama, modelo Scorpio, sin número serial e interno por ser borrados por el sistema de limado, de funcionamiento mecánico por repetición, de seis cartuchos calibre 32 L y con seis cartuchos, se determinó que es un arma de fuego en buen estado de funcionamiento apta para disparar y que los cartuchos examinados también se encontraban en buen estado y eran aptos para utilizarse en armas compatibles con ese calibre.

Con el investigador y/o analista de la policía Iván Fernando Gutiérrez Rátiva la fiscalía incorporó el oficio 2051 del 19 de marzo de 2014 en el que se documenta que a nombre de Segundo Antonio Ávila Montenegro aparecía registrada un arma revólver, serie IM5281E, calibre 38 L, marca llama y como última novedad la revalidación del permiso 576157 de 9 de julio de 1999 con fecha de vencimiento a 9 de septiembre de 2002.

Se probó que el procesado no tenía permiso para portar el arma que llevaba consigo la mañana del 11 de enero de 2014, pues se acreditó plenamente que le había sido expedido permiso pero para portar un revólver calibre 38, diferente al que llevaba consigo el día de marras pues se trataba de un revólver calibre 32 con su munición. Además que con dicha arma se podía poner en peligro la seguridad pública dado el perfecto estado de funcionamiento y también la de los cartuchos pues eran aptos para detonarse en armas de ese calibre

Así las cosas el elemento o ingrediente normativo del tipo penal consistente en la inexistencia de permiso para portar el arma tiene plena acreditación.

4.- Hallazgo del arma y entrega de la misma.

José Salomón Joya Vargas dice que el 11 de enero estaba en la casa que queda a la orilla de la carretera. Recuerda que ese día vio a Segundo cruzar por la carretera y este le dijo que iba de entregar esa arma porque no quería problemas y luego se despidió. Que iba a entregarla a la policía comentándole que no quería seguir en esos casos, hablando como dos minutos. Precisa que ese día cuando se encontró con Segundo Antonio Ávila Montenegro no había policías, reiterando que él iba solo por la carretera que conduce del “Dátil” a Tibacota, Garagoa y Macanal.

Añadió que el 27¹¹ iba subiendo para la finca y se encontró con Segundo Ávila, quien le dijo que había un revólver ahí botado, que sirviera de testigo porque de pronto iban a decir que era de él, diciéndole que no se metiera en esas cosas, se despidió y siguió su camino sin enterarse de más pormenores.

El acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro dice que el 27 de diciembre de 2013 salió hacia un cultivo de arveja que tiene al otro lado

¹¹ al parecer se refiere al mes de diciembre inmediatamente anterior.

de la vía pública y al pasar la carretera vio un arma a la orilla de la cuneta ubicada a la entrada de la casa, circunstancia que le suscito nerviosismo, pues pensó que algo malo habría pasado. En ese momento pasó Salomón Joya, lo paró y le comentó que había un arma ahí, que ignoraba de quién sería.

Más adelante reiteró que el arma se la encontró en la vía y que de ello se dieron cuenta William Alberto Monroy y José Salomón Joya. Que iba a entregar el arma porque estaba ocasionando un peligro donde estaba, pues tiene siete menores de edad y vio que tenía seis balas. Que por el problema que le pasó juró que nunca más tendría armas de fuego. Al ver el arma pensó que quizás tenía salvoconducto y de pronto el dueño aparecería, por lo que llamó a la policía, con la esperanza de obtener alguna recompensa.

En el contrainterrogatorio formulado por la fiscalía reitera que cuando encontró el arma no había nadie y que como a los 15 minutos pasó José Salomón Joya en moto y como a la media hora pasó William Alberto Monroy también en motocicleta. Aclaró que no tomó el arma sino que la depositó ayudado con una garlancha en la mitad de la alcantarilla para que las personas que pasaban no la vieran.

En síntesis recuérdese que José Salomón Joya Vargas declaró que el 27 de diciembre tenía que realizar unas diligencias en el municipio de Macanal y en la mañana se encontró con Segundo Antonio Ávila Montenegro quien le informó del hallazgo de un revólver minutos antes. Este ciudadano refiere también, curiosamente, que el 11 de enero de 2014 nuevamente se encontró con el hoy procesado quien le dijo que iba a entregar esa arma porque no quería problemas y luego se despidió. Aunque resulta por lo menos curioso que el mismo ciudadano de cuenta del hallazgo del arma el 27 de diciembre y de la supuesta entrega el 11 de enero siguiente, no lo es menos que no hay ningún medio de convicción

que desacredite la versión otorgada por este testigo, que corrobora totalmente la del procesado.

Eso significaría que la intención del procesado, según lo manifiesta el testigo, no era hacer porte del arma para crear o alterar el orden público y la seguridad ciudadana, sino que al contrario su intención era entregar el arma a los uniformados para salvaguardar ese bien jurídico.

Así las cosas por lo menos existiría duda respecto de la situación que originó el porte del arma el día de hechos, pues la policía señala que por una llamada anónima, de un ciudadano que no se identificó, le atribuyeron a otro ciudadano actitud sospechosa que no se informó en qué consistía y que la policía derivó simplemente de transitar por un camino solitario y desolado. Eso significa, por todas esas circunstancias, por lo menos la existencia de duda frente a la ilicitud en el actuar del procesado.

Dicho de mejor manera la Sala considera que existiría duda, pues es posible que el procesado haya dado noticia a los uniformados del hallazgo del arma y de su posterior entrega, por las circunstancias que se han dejado reseñadas a lo largo de este análisis probatorio. Por tanto frente a la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento existiría duda pues lo pretendido por el procesado era entregarles el arma para salvaguardar eso sí la seguridad pública.

5.- Antecedentes del procesado Segundo Antonio Ávila Montenegro.

Respecto de la existencia de antecedentes penales de Segundo Antonio Ávila Montenegro, el patrullero Edwin Jahir Salcedo Patiño, consultor de la base de datos SIJIN DEBOY señala que el Juzgado Penal de Circuito número 1 de Garagoa mediante oficio 1268 del 17 de julio de 2013 comunicó sentencia penal condenatoria de 120 meses por el delito de fabricación, tráfico, porte armas de fuego y lesiones personales dolosas.

José Salomón Joya Vargas en el contrainterrogatorio formulado por la fiscalía informó que Segundo Antonio Ávila Montenegro había tenido inconvenientes por cuestiones de armas, que había tenido sus problemas y que toda la vereda se iría a enterar, razón por la cual le dijo que los problemas debía dejarlos atrás y que debía entregar esa “*vaina*”.

El acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro refiere que fue procesado por lesiones personales y porte ilegal de armas en el año 2011 por un problema que tuvo con un muchacho en su casa, hiriendo a quien lo atacó, por lo que fue sentenciado y se le concedió la prisión domiciliaria en el año 2013 purgándola en la vereda Tibacota, finca San Martín.

Se advierte que el procesado ya había sido condenado por porte ilegal de armas, se encontraba según su dicho en prisión domiciliaria y esta circunstancia vista aisladamente haría generar el dolo, pues el procesado conocía perfectamente los hechos constitutivos de la infracción penal y supuestamente realizó nuevamente el comportamiento punible. Sin embargo por esa misma circunstancia es lógico que pretendiera evitar nuevos inconvenientes por la comisión de un reato de la misma naturaleza, por lo que este aspecto entraría a reforzar la duda de la existencia del comportamiento punible por ausencia de antijuridicidad.

Esto es lo que en sentir de la Sala encuentra demostración en el plenario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, parte inicial del inciso cuatro, señala que: “[T]oda persona se presume inocente mientras no sea declarado judicialmente culpable (...)”, precepto que ha sido desarrollado en el artículo séptimo del C.P.P., contenido de la ley 906 de 2004 así:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

La Honorable Corte Suprema de Justicia ha interpretado ese compilado normativo de la siguiente forma¹²:

“Como viene de verse, es incuestionable que la certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, que a la postre comporta la noción de verdad racional dentro del diligenciamiento punitivo, no es característica exclusiva del sistema procesal penal acusatorio.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del

¹² Sala de Casación Penal, SP 4316 -2015, radicación 43,262, abril dieciséis (16) de dos mil quince (2015)

principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales (...).”

Como se dijo al analizar la prueba legalmente practicada en el juicio oral se probó que el 11 de enero de 2014 Segundo Antonio Ávila Montenegro a eso de las 6:30 de la mañana llevaba consigo un arma de fuego tipo revólver reseñada por su características a lo largo del juicio, cuando transitaba por el sector Alto Amarillo vereda “El Dátil” de Macanal.

Además se probó que no contaba con permiso para portar el arma pues se le expidió permiso pero para portar un arma diferente a la que llevaba consigo el día de marras. También que por su perfecto estado de funcionamiento dicha arma era apta para poner en peligro la seguridad pública al igual que los cartuchos que resultaron aptos para detonarse en armas de ese calibre.

La Sala concluyó, con base en el principio de la carga dinámica de la prueba, que a la defensa le correspondía probar la existencia de las llamadas cruzadas entre la policía y el acusado porque obedecían a su estrategia defensiva y también de ser posible su contenido orientado a informar del hallazgo y del propósito de entrega a los uniformados, porque establecida la existencia de comportamiento punible y la consiguiente responsabilidad del procesado por la parte acusadora, le correspondía a la parte defendida desvirtuar la certeza para condenar, atenuar la responsabilidad o por lo menos crear duda. Como no lo hizo, este hecho se tiene por inexistente.

Pero la circunstancia que originó el porte del arma aparece contradictoria u opuesta, pues mientras el procesado Segundo Antonio Ávila Montenegro refiere que ese día el intendente Aguilar lo citó en el sitio Alto Amarillo para la entrega del arma, de cuya existencia ya le había informado previamente, el mencionado patrullero dice que un ciudadano informó telefónicamente a eso de las 6:15 de la mañana sobre la actitud sospechosa de otro ciudadano que transitaba en la vereda “El Dátil” a donde se desplazaron.

La versión del uniformado no genera seguridad ni certeza sobre el acontecer teniendo en cuenta que no se le informó ni preguntó en qué consistía esa actitud sospechosa; porque la supuesta actitud sospechosa la dedujo solo de transitar por un sector por donde no lo hace la gente, argumento deleznable porque caminar por lugar solitario o despoblado no generaría peligro contra personas o sus bienes justamente por tratarse de zona deshabitada; porque si el lugar era despoblado, entonces qué residente llamó a la policía; porque los uniformados se trasladaron al lugar sin averiguar las circunstancias de las que se derivaba esa “*actitud sospechosa*” para precaver celadas o situaciones adversas derivadas de potenciales problemas de orden público que asolan las regiones; porque hacía poco había amanecido y la oscuridad impedía percibir cualquier

actitud sospechosa por los muy escasos habitantes; porque frente a un observador imparcial transitar o caminar por un camino en lugar despoblado o solitario no constituye *per se* actitud sospechosa y finalmente porque sorprende la diligencia y rapidez con la que la policía respondió a un llamado anónimo que puede generar problemas de seguridad para sus integrantes.

De otra parte, la versión del acusado Segundo Antonio Ávila Montenegro sobre el hallazgo del arma y su posterior entrega está corroborada por José Salomón Joya Vargas, pues aunque resulte curioso que el mismo testigo de cuenta de esas circunstancias ocurridas en días distintos, no lo es menos que no existe medio de convicción que desacredite su dicho por lo que la versión del procesado tiene anclaje probatorio y por ende posee la virtualidad de generar duda frente a la plasmada por el uniformado.

Eso significaría como posible que la intención del procesado no consistía en hacer porte ilegal del arma para poner en peligro la seguridad pública, sino que al pretender su entrega a los uniformados deseaba salvaguardar ese bien jurídico. Téngase en cuenta que el procesado ya había sido condenado por porte ilegal de armas y según su dicho se encontraba gozando de prisión domiciliaria, aspecto por el que en sana lógica pretendiera evitar consecuencias restrictivas de su libertad y punitivas, argumento que refuerza la duda acerca de la existencia del comportamiento punible por ausencia de antijuridicidad.

Dicho de otra manera la Sala considera que por lo menos existiría duda frente a la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento, pues es posible que el procesado haya dado noticia a los uniformados del hallazgo del arma y de su posterior entrega para salvaguardar la seguridad pública, por las circunstancias que se han dejado reseñadas a lo largo de esta providencia.

En consecuencia se impone revocar la providencia para en su lugar absolver al procesado de los cargos que le fueron atribuidos por razón de los hechos aquí juzgados, excepto lo resuelto en el numeral cuarto que ordenó el comiso del arma a favor de las Fuerzas Armadas, que se confirma.

Por lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Penal administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia impugnada para en su lugar **ABSOLVER** al procesado Segundo Antonio Ávila Montenegro de los cargos que le fueron imputados por razón del presente proceso, excepto en lo decidido en el numeral cuarto que se **CONFIRMA**, por las razones expuestas.

SEGUNDO. Como consecuencia de la decisión anterior se le **CONCEDE LIBERTAD INCONDICIONAL E INMEDIATA**. Oportunamente expídase la boleta de libertad a no ser que esté solicitado por otra autoridad, evento en el que se dejará a su disposición.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ

Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrado

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario