



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado ponente

SP2162-2016

Radicación N° 46033

(Aprobado Acta No. 46)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Surtido sin éxito el trámite de insistencia dispuesto en el auto mediante el cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO* contra la sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior de Antioquia el 5 de diciembre de 2014, a través de la cual confirmó la dictada el 17 de junio anterior por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado del mismo departamento que condenó al mencionado como determinador de los delitos de homicidio agravado, en concurso homogéneo -en las personas de *Mónica Marcela Castañeda Álvarez* y *Fredy Alexander González Acuña*-, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones y como autor de concierto para delinquir agravado,

se decidirá lo que en derecho corresponda acerca de la eventual vulneración de garantías fundamentales anunciada en tal determinación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el auto inadmisorio aludido fueron reseñados por esta Colegiatura de la siguiente manera:

“Según el escrito de acusación, el 23 de enero de 2013, a las 09:35 horas, el patrullero José Palacio Mosquera recibió reporte de disparos al interior de una vivienda ubicada en la carrera 21 N° 13A-53, barrio El Triángulo, de Caucasia, por lo cual se trasladó a ese lugar y allí encontró a una mujer sin signos vitales y a un hombre aún vivo —que posteriormente falleció en el Hospital San Jerónimo, de Montería— pudiendo verificarse, luego de la investigación respectiva, que quien habría ordenado "dicho hecho" fue CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO alias "El Doctor", al parecer comandante de “Los Urabeños”.

Tras materializarse la orden de captura en contra del último en alusión, se celebró, el 25 de febrero de 2013, audiencia preliminar concentrada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Caucasia, en cuyo desarrollo se impartió legalidad a la aprehensión, la Fiscalía formuló imputación contra FORONDA BLANCO, la cual éste no aceptó, y el despacho judicial dictó medida de aseguramiento intramural.

El 20 de mayo de 2013, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del prenombrado por los delitos de homicidio agravado (arts. 103 y 104-7 del C.P.), en concurso homogéneo, y heterogéneo con concierto para delinquir agravado (art. 340-2 ibídem) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones (art. 365 ejusdem, modificado por el 19 de la Ley 1453 de 2011), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de Antioquia.

Ante ese despacho judicial se tramitaron las audiencias de formulación de acusación, donde la Fiscalía ratificó los cargos, preparatoria y de juicio oral, a cuyo término se anunció sentido condenatorio del fallo.

El 17 de junio de 2014, se dio lectura a la sentencia de primer nivel, por cuyo medio se condenó a CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO a las penas principales de cuatrocientos ochenta y seis (486) meses de prisión y multa por valor de 2.700 salarios mínimos legales mensuales, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de veinte (20) años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un término de quince (15) años. En la misma determinación, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Recurrida en apelación esta decisión por la defensa, el Tribunal Superior de Antioquia la confirmó el 5 de diciembre ulterior.

Contra esta última decisión, la misma parte, de manera exclusiva, la recurrió extraordinariamente mediante libelo...”.

Dicho escrito, conforme ya se precisó, fue inadmitido por la Corte. Sin embargo, en la misma decisión se previno sobre la eventual vulneración de garantías fundamentales “de CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO al condenarlo por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones y al imponer la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en su monto máximo legal”.

Se dispuso así que una vez se surtiera, en caso de interponerse, el mecanismo de insistencia, retornara la actuación al Despacho para pronunciarse sobre el asunto.

El mismo casacionista promovió mecanismo de insistencia contra el auto inadmisorio de la demanda, al cual no se accedió según se determinó en proveído de 25 de noviembre ulterior, motivo por el cual las diligencias retornan al despacho para los fines anunciados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se indicó, el objeto del presente proveído se circunscribe a establecer si se materializó violación de garantías fundamentales (i) al condenar al procesado como determinador del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones sancionado en el artículo 365 del C.P., modificado por el 19 de la Ley 1453 de 2011, y (ii) al imponer la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en su monto máximo legal. A ello se procederá, entonces, en acápites independientes.

(i) Vulneración de garantías al condenar por el delito de porte ilegal de armas:

Para fundamentar tal decisión el *a quo* señaló, al abordar la responsabilidad penal de *FORONDA BLANCO* a título de determinador de los delitos de homicidio agravado, en concurso homogéneo, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, lo siguiente:

Efectivamente en este caso se cumplen todos los requisitos que permiten hablar de determinación, pues es evidente que fue la orden del procesado la que hizo nacer el dolo homicida en los autores del mismo, verificándose así el nexo de causalidad entre la intervención de aquel y la muerte de estas personas, la que efectivamente se materializó de manera dolosa por parte de los autores materiales de la misma.

Siendo así se dirá que constatada la materialidad de las conductas contra la vida y la manera cómo se perpetraron estos homicidios, existe certeza de que los mismos fueron llevados a cabo de manera dolosa y se utilizó como medio para la comisión de éstos armas de fuego, de allí que deba la persona que indujo a la comisión de los mismos responder en calidad de determinador del doble homicidio y del porte de arma de fuego¹.

Tal argumento se complementa con el expuesto más adelante, sin que obren más en relación con la responsabilidad de FORONDA BLANCO como determinador del delito contra la seguridad pública, de acuerdo con el cual:

Precisamente, por haber ordenado FORONDA BLANCO que acabaran con todos los que estuvieran en esa casa al momento de inducir a los autores materiales del delito, tal y como lo declaró Álvarez Guzmán, se desprende que conocía la forma en que iba a realizarse el homicidio y que tal circunstancia hacía parte integral de la determinación y en consecuencia debe responder por ella. Así como del porte de arma, pues fue así, como se estableció desde la planeación que iba a cometerse el acto criminal². (subraya fuera de texto).

¹ Pág. 27 del fallo de primer grado.

² *Ibidem*, pág. 31.

Por su parte, el Tribunal no abordó en lo sustancial la temática referida al delito en cuestión, simplemente aseveró que estaba debida y suficientemente acreditada la tipicidad y responsabilidad por los diversos delitos endilgados³.

Es decir que el fundamento de la responsabilidad por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones por el cual se condenó a *FORONDA BLANCO* radicó en que determinó los homicidios agravados en las personas de *Mónica Marcela Castañeda Álvarez* y *Fredy Alexander González Acuña*, y como para su comisión el autor o autores materiales utilizaron armas de fuego, se impone condenarlo igualmente por esa ilicitud en la misma condición. No obran argumentos adicionales que sustenten esa determinación.

Sin embargo, tal motivación resulta sofisticada, pues, de un lado, no está demostrado que el determinador haya inducido al autor o autores materiales a perpetrar el homicidio utilizando armas de fuego, mucho menos ilegales, amén de que su empleo no determina la tipicidad automática de la referida delincuencia, concretamente en lo que respecta al elemento normativo “*sin permiso de autoridad competente*”, erigiéndose así un evidente error de hecho por falso raciocinio en cuanto inaplicable la regla de experiencia según la cual el uso de armas de fuego en la comisión de ciertas conductas delictivas revela *per se* su procedencia ilícita, al descartarse de tajo que también pueden usarse armas amparadas, como se plasmó por

³ Págs. 6, 7 y 9 del fallo de segundo grado.

esta Colegiatura en CSJ. SP, abr. 25 de 2012, rad. 38542, al acotarse que:

[E] ingrediente del tipo objetivo “sin permiso de autoridad competente”, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, tiene que probarse con medios de conocimiento distintos a los relacionados con la simple posesión, tenencia o porte del arma de fuego o de la munición. Lo anterior, por lo siguiente:

Dicho elemento tiene un indiscutible componente descriptivo, en el sentido de que alude a una situación fáctica según la cual el agente debe realizar la acción sin contar con autorización o salvoconducto legal.

(ii) La Fiscalía tiene la carga procesal de sustentar tal ingrediente típico con medios probatorios.

(iii) Por lo tanto, no es posible ‘presumir’ la configuración de dicho enunciado sin que haya prueba de la cual pueda predicarse su existencia.

Y (iv) tampoco podrá extraerse argumentativamente, ni siquiera con base en máximas de la experiencia.

(...)

En este asunto, los funcionarios de segunda instancia estimaron demostrado el ingrediente “sin permiso de autoridad competente” del artículo 365 del Código Penal con un argumento contrario a la presunción de inocencia, según el cual la aserción fáctica de realizar un injusto contra el patrimonio económico utilizando armas de fuego (en su criterio sustentado gracias a los testimonios del conductor y del ayudante de la furgoneta asaltada) era suficiente para demostrar todos los elementos típicos del delito contra la seguridad pública.

(...)

La Corte encuentra que, de esta manera, la segunda instancia violó de manera indirecta la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 365 del Código Penal, y correlativa ausencia de aplicación de las disposiciones que consagran la presunción de inocencia, debido a un error de hecho por falso raciocinio en la apreciación probatoria, atinente a la transgresión de las reglas de la experiencia.

(...)

Esa postura no es razonable ni observa los requisitos de generalidad o universalidad. Presenta como un hecho altamente probable que todos los hurtos (y todos los delitos, en general) provienen de personas que carecen de autorización legal para llevar consigo armas de fuego, sin que haya motivos de peso (de orden social, cultural, conductual, etc.) para tal suposición. El razonamiento termina siendo un prejuicio del siguiente tenor: “si una persona incurre en un comportamiento abiertamente ilegal o contrario al orden jurídico, todos los demás actos relacionados con aquél también lo son”.

(...)

No es posible plantear este tipo de hipótesis, ni mucho menos declarar probada la realidad histórica del ingrediente típico, cuando no haya prueba de la cual sea posible derivar, de manera razonable, la circunstancia relativa a la ausencia de permiso de la autoridad competente.

El aludido defecto de motivación pone de manifiesto la vulneración del proceso como es debido y, como corolario, de las garantías fundamentales de CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO.

Esa postura, del mismo modo, es consecuente con la expuesta en otras decisiones de la Colegiatura, en las que, al igual que en la reseñada, se casó oficiosamente la sentencia de segunda instancia impugnada para, en su lugar, absolver por la conducta delictiva de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones por no estar acreditado el elemento normativo referido. Así, en SP, jun. 8 de 2011, rad. 33202, la Corte, luego de acceder a petición de insistencia promovida por un integrante de la Sala, casó parcial y oficiosamente una sentencia de segunda instancia, tras verificar que ninguna motivación se expuso para sustentar tal imputación y determinar que *“la Fiscalía no acreditó los elementos configurativos de ese delito”*, procediendo a la correspondiente redosificación punitiva.

Más específicamente en SP, sep. 7 de 2011, rad. 36887; SP, nov. 2 de 2011, rad. 36544 y SP, nov. 7 de 2012, rad. 36578, se adoptó igual determinación, tras comprobar que en el diligenciamiento no se aportó prueba alguna encaminada a corroborar la ilegalidad del arma o las armas utilizadas o, lo que es igual, a verificar el elemento normativo del tipo consistente en *“sin permiso de autoridad competente”*, al margen de, como se señala en la segunda providencia mencionada, imponer una especie de tarifa legal probatoria para alcanzar esa demostración, resultando válido, por ejemplo, el testimonio de un experto que logra detectar alteración de los sistemas de identificación del arma usada, en tanto ello constituiría un serio indicio acerca de su ilegalidad.

Contrario sensu, en el asunto de la especie, la Fiscalía no aportó ningún elemento de juicio tendiente a demostrar que el procesado indujo a los ejecutores a utilizar armas de fuego no amparadas en la realización de la conducta delictiva y menos aún a verificar el ingrediente normativo reseñado, lo cual tampoco se infiere de lo estipulado por las partes, cuyo objeto se centró en la materialidad de los homicidios, sin relación con la ilegalidad de las armas usadas, las cuales, dicho sea de paso, no fueron incautadas.

Y, como se destacó en la última decisión referida, resulta insuficiente sustentar el elemento normativo -en este caso para colegir por vía de determinación la responsabilidad- con *“elementos de persuasión relacionados con la mera posesión, tenencia o porte del arma de fuego o de la munición”*, pues para ello *“es necesario partir de datos o hechos de naturaleza objetiva, emanados de los medios conocimiento recaudados durante la audiencia del juicio oral, incluso, estipulación de las partes en ese sentido, que permita concluir de manera razonable y fundada que la posesión o tenencia del arma o munición adolece (sic) de amparo jurídico”*.

Corroborada la vulneración de las garantías fundamentales de CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO al condenarlo por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, se procederá a casar parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, absolverlo de tal infracción, cuyos efectos en la dosificación punitiva se concretarán en acápite posterior.

(ii) Vulneración de garantías fundamentales derivada de la imposición de la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas:

Lo primero que se debe precisar sobre este particular es que la determinación anterior de prescindir de la condena por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones no apareja necesariamente la exclusión de esta sanción accesoria, como se indicó en la remembrada decisión CSJ. SP, nov. 7 de 2012, rad. 36578, en asunto sustancialmente similar al *sub judice* donde igualmente tal conducta concursaba con el punible de homicidio agravado, sosteniéndose que:

Como el a quo, en decisión confirmada por el Tribunal, le impuso por el concurso de hechos punibles de homicidio agravado, homicidio agravado en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones una pena de 34 años y 5 meses de prisión, donde por el último de las conductas determinó e individualizó el quantum de 1 mes, será éste, el que se debe sustraer, donde de la operación aritmética se arroja un resultado para por imponer 34 años y 4 meses de prisión (sic).

Dado que la pena accesoria de prohibición del ejercicio de derechos y funciones públicas se fijó en el máximo legal de 20 años, no se altera, por tanto, no sufrirá modificaciones.

Diferente ocurre con la pena privativa de otros derechos consistente en la prohibición para ejercer el derecho a la tenencia y porte de armas, el cual por sustracción de materia de la condena que la genera, habrá de revocarse. En lo demás, el fallo del Tribunal deberá permanecer incólume. (subraya fuera de texto).

En ese orden, resulta necesario recoger este criterio, pues tal pena accesoria no es de aplicación exclusiva y excluyente del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, en tanto lo esencial es que se justifique su imposición estableciéndose un nexo con la conducta punible atribuida en concreto, como de forma reiterada lo tiene dicho la Sala (cfr. entre otras, CSJ. SP, nov. 30 de 2011, rad. 37392; SP, may. 11 de 2011 rad. 34614; SP, mar. 2 de 2011 rad. 26422 y SP, jun. 16 de 2006, rad. 23724), en desarrollo de lo previsto en el artículo 52 del C.P., conforme al cual *“[l]as penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”*.

De esa forma, piénsese en una conducta sexual en la que se somete a la víctima mediante el uso de ese tipo de artefacto o en un hurto calificado en el que se emplea para asegurar su comisión, como lo precisó la Sala en otra oportunidad (CSJ. AP, sept. 21 de 2011, rad. 37303), al señalar:

Ahora, también se establecerá la pena accesoria de prohibición de porte o tenencia de armas en el mismo tiempo, pues pese a que la acción penal derivada del delito de porte ilegal de arma de fuego se encuentra prescrita, lo cierto es que en la comisión del punible contra el patrimonio se utilizó un revólver, circunstancia por la cual se configuró la calificación de tal comportamiento, esto es, por la violencia ejercida sobre las personas y por colocar a las víctimas en condiciones

de indefensión. (subraya fuera de texto).

Aclarado el punto, entrará la Sala a determinar si se concreta vulneración de garantías al imponer esta sanción accesoria a CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO.

Al respecto, cabe precisar que en el auto inadmisorio de la demanda de casación se anunció el eventual quebranto *ius fundamental* por imponer esta pena “*en su monto máximo legal*”, bajo el entendido de que al establecerla por el término máximo legal de quince (15) años⁴, previsto en el inciso sexto del artículo 51 del Código Penal, se habría desconocido el principio de legalidad en cuanto ha debido aplicarse el sistema de cuartos contemplado en el artículo 61 del C.P., respetando, además, los criterios empleados para fijar la pena principal aflictiva de la libertad.

No obstante, una revisión más detallada del asunto evidencia que su aplicación no encuentra asidero y por ello se prescindirá de su imposición.

En efecto, la fundamentación expuesta por el *a quo* - recuérdese que del tema no se ocupó el Tribunal (el punto no fue objeto de alza)- se ofrece insuficiente para justificar su imposición:

Como pena accesoria se impone la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, término máximo que fija el artículo 51 del código penal, así como la privación del derecho a la

⁴ Pág. 34 del fallo de primer grado.

tenencia y porte de armas de que habla el artículo 49 del estatuto penal por 15 años.

Determinación que se toma con fundamento en lo establecido en el artículo 52 del Código Penal, ya que la pena de prisión conlleva la accesoria a la que se hizo alusión en primer lugar y la segunda, se impone en tanto estima por la judicatura (sic) que con la restricción de tal derecho se contribuye a evitar conductas similares a la que fue objeto de condena. (subraya fuera de texto).

Es claro que esta argumentación tampoco colma, como ocurrió con la atribución del delito contra la seguridad pública, los presupuestos de una debida motivación para imponer la sanción accesoria en los términos del reseñado artículo 52 del C.P. al prescribir que “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena” (subraya fuera de texto).

El *a quo*, sin brindar razones, simplemente copió el último factor de la preceptiva legal (para prevenir la comisión de conductas similares), lo cual nunca será suficiente para justificar su imposición, en la medida en que resulta imperativo exponer los motivos concretos que lo soportan. En este caso particular, por qué la imposición de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas para los delitos por los que se condena prevendrá su futura comisión, ya sea desde la perspectiva de las funciones de prevención general o especial de la pena, conforme lo establece el artículo cuarto del ordenamiento sustantivo, pero nada se dice sobre el particular.

Merced a la carencia de motivación aludida, se prescindirá de imponer esta pena.

(iii) Efectos concretos de lo decidido en la dosificación punitiva:

La marginación de la condena por el ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones en contra de *CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO* impone una disminución de la pena de prisión de doce (12) meses, *quantum* específico en que el *a quo* incrementó dicha sanción por razón de este delito⁵, sin que el Tribunal hubiera modificado este aspecto.

Tal determinación, oportuno se ofrece precisarlo, carece de incidencia para alterar el monto de la sanción pecuniaria fijada, en tanto ella procedió exclusivamente por el delito concurrente de concierto para delinquir agravado, como bien se explica en la misma sentencia⁶.

En consecuencia, **la pena de prisión a imponer a CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO será de cuatrocientos setenta y cuatro (474) meses.**

Resta señalar, que los demás ordenamientos de la sentencia impugnada se mantendrán incólumes dado que no se afectan con esta determinación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de

⁵ Pág. 34 *ibídem*.

⁶ *Ibídem*.

Casación Penal, administrando justicia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia.

2. ABSOLVER a *CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO* de la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones por la que fue acusado, en virtud de los motivos expuestos en precedencia.

3. IMPONER, en consecuencia, como pena definitiva a *CARLOS ALBERTO FORONDA BLANCO* cuatrocientos setenta y cuatro (474) meses de prisión, como determinador de los delitos de homicidio agravado, en concurso homogéneo, y autor de concierto para delinquir agravado.

4. REVOCAR la imposición de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego al mencionado.

5. En todo lo demás, el fallo impugnado no sufre modificaciones.

6. Cítese para audiencia de lectura del fallo.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria