REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Aprobado mediante acta # 643 del 19 de julio de 2016. H: 8:00 a.m.

Pereira (Risaralda), diecinueve (19) de Julio de Dos mil Dieciséis (2.016).

Hora: 8: 40 a.m.

Procesado: JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*

Delitos: Porte ilegal de armas de fuego y utilización de menores de edad en la comisión de delitos

Radicación # 666823104001 2013 00047 02

Procede: Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de sentencia absolutoria.

Decisión: Revoca parcialmente fallo confutado

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida en las calendas del veintiuno (21) de noviembre del 2.013 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal dentro del proceso que se le siguió al ciudadano **JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES** (A) *“Juanchal”*, quien fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Porte ilegal de armas de fuego y utilización de menores de edad en la comisión de delitos.

ANTECEDENTES:

Los hechos tuvieron ocurrencia a eso de las 21:00 horas del 23 de diciembre del 2.012 en el parque principal del municipio de Santa Rosa de Cabal, y están relacionados con la captura, a la altura de la carrera 15 con calle 12, por parte de efectivos de la Policía Nacional del ahora Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*, en el instante en el que huía en compañía de unos menores de edad, momentos después que intentó accionar un arma de fuego de fabricación hechiza en contra de un grupo de jóvenes que se encontraban aglomerados en dicho parque.

Según se desprende de lo dicho por la Fiscalía en la acusación, lo que motivó el accionar de JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”,* está relacionado con una serie de enfrentamientos surgidos entre combos o pandillas de barrios rivales, así se tiene que (A) *“Juanchal”* hacia parte del combo del barrio *“Los Laureles”*, y que la noche en la cual ocurrieron los hechos, en compañía de dos menores de edad, intentó accionar un arma de fuego de fabricación artesanal, diseñada para disparar municiones de calibre .38 y 5,56 mm, en contra de unos jóvenes que hacían parte del combo del barrio *“La Estación”*, pero por circunstancias ajenas a su voluntad no consiguió su propósito debido a que el arma de fuego se *encasquilló*.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 24 de diciembre de 2012 se llevaron a cabo las audiencias de control de garantías (legalización de la captura, formulación de la imputación, legalización de elementos incautados e imposición de medida de aseguramiento) ante la Jueza penal municipal con función de control de garantías de Santa Rosa de Cabal, vistas en las cuales se impartió legalidad al procedimiento de captura, se le imputó cargos al hasta ese momento señalado, por la presunta comisión del ilícito de Utilización de menores de edad en la comisión de delitos, en concurso con el de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, cargos a los que el imputado guardó silencio. A continuación se procedió a legalizar el arma de fuego artesanal tipo changón e imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El escrito de acusación data del 20 de febrero del 2.012, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, ante el cual el 11 de marzo de esta anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía enunció los EMP y la evidencia física y la defensa solicitó el descubrimiento probatorio. La audiencia preparatoria fue iniciada el 31 de mayo de 2013 en donde la defensa realizó el descubrimiento de los EMP y EF, sin presentarse estipulaciones probatorias y las partes justificaron el ingreso de los elementos con vacación probatoria.
3. La audiencia de juicio oral se llevó a cabo en sesiones celebradas los días 31 de julio, 14 de agosto y 6 de noviembre del 2.013, y unas vez que se agotaron las fases pertinentes del juicio oral, se anunció el sentido del fallo el cual resultó ser de carácter absolutorio, lo que conllevó a que el Procesado fuera puesto en inmediata libertad. Posteriormente la sentencia se emitió el 21 de noviembre del 2.013, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el Ente Acusador.

EL FALLO CONFUTADO:

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 21 de noviembre del 2.013 en la cual se absolvió al Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”* de los cargos por los que fue llamado a juicio, los cuales estaban relacionados con la presunta comisión de los delitos de Porte ilegal de armas de fuego en concurso con el reato de utilización de menores de edad en la comisión de delitos.

Los argumentos esgrimidos por la Jueza de primer nivel para poder proferir el fallo absolutorio, se fundamentaron en establecer que en el presente asunto no existía duda alguna respecto a que en el actuación estaba acreditada la tipicidad del comportamiento delictivo endilgado en contra del Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES relacionado con la comisión del delito de Porte ilegal de armas de fuego, lo cual se desprendía de las pruebas documentales aducidas por la Fiscalía, las que demostraban que el acusado carecía de permiso para portar un arma de fuego, aunado a los testimonios de los policiales que intervinieron en el operativo que condujo a la captura del acriminado, Vg. VÍCTOR ALFONSO ATEHORTUA, HERMAN BALLESTEROS y FABIO DÍAZ, de los cuales se desprende que el acriminado fue visto cuando llevaba consigo un arma de fuego, la que posteriormente en su huida se le entregó en un bolso a una menor de edad que lo acompañaba en esos momentos.

Pero a pesar de estar demostrada la tipicidad de la conducta endilgada al Procesado MARTÍNEZ MORALES, la *A quo* fue de la opinión que lo mismo no acontecía con la antijuridicidad, de la cual surgían serias dudas que no permitían inferir si en efecto el procesado con su comportamiento generó una amenaza o un atentado en contra de la seguridad pública, por lo siguiente:

* La Fiscalía no comprobó de manera indubitable la idoneidad del arma incautada para producir disparos, porque si bien es cierto que existe un dictamen de balística emitido en tal sentido por un perito sobre la aptitud para tales fines del arma de fuego, ello no encuentra eco en lo demostrado en el proceso, en el cual se logró establecer que el acriminado accionó sin éxito en dos ocasiones el instrumento bélico.
* Existían dudas sobre el cumplimiento de los protocolos de cadena de custodia, lo que daba pie para cuestionar la mismidad del arma de fuego que le fue entregada al perito, respecto a si la misma correspondía a la que le fue incautada a una de las personas que acompañaban al Procesado en el momento de su captura.

Para llegar a la anterior conclusión, expuso la *A quo* que al dictamen pericial no se allegó la correspondiente cadena de custodia, ni tampoco se evacuó en el juicio la declaración del policial que incautó el arma de fuego y la puso a disposición del perito, lo que se agravaba aún más si se tenía en cuenta que el número del radicado del informe pericial correspondía al de un proceso diferente al ventilado en el juicio.

Con base en los anteriores argumentos, adujó la Jueza de primer nivel que al no demostrarse, por ausencia de antijuridicidad, la materialidad de la conducta punible relacionada con la comisión del delito de Porte ilegal de armas de fuego, tampoco se podía establecer la materialidad del otro delito endilgado de manera concursal al procesado, o sea la del reato de la utilización de menores de edad en la comisión de delitos, porque por el hecho de entregarle a un menor de edad un arma de fuego inidónea para producir disparos, no tornaba en delictivo el comportamiento del procesado según los términos del artículo 188D debido a no se pudo acreditar la punibilidad del comportamiento delictivo matriz.

LA APELACIÓN:

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada se fundamenta en proponer la tesis consistente en que en el juicio la Fiscalía si logró acreditar probatoriamente la materialidad de los delitos por los cuales resultó acusado el Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES, razón por la que cree que la *A quo* se equivocó al momento de la apreciación del acervo probatorio.

Para llegar a la anterior conclusión, asevera la apelante que por parte del Ente Acusador no se incurrió en ningún tipo de yerro en el manejo de los protocolos de cadena de custodia, ya que el perito balístico, JUAN CARLOS LÓPEZ, certificó lo que recibió, en qué condiciones lo recibió, para que lo recibió y que hizo con lo recibido sin que con lo acontecido se rompiera la cadena de custodia.

Asimismo, afirma la apelante que el perito en su experticia fue claro en expresar su opinión sobre la idoneidad y aptitud del arma hechiza para producir disparos, la cual en su recamara presentaba una particularidad consistente en que le permitía accionar munición de calibre .38 y de 5,56 mm.

De igual forma, expone la apelante que la *A quo* con la decisión opugnada acogió una tesis que fue expuesta por la Defensa de manera tardía, porque ni en la audiencia preparatoria ni la fase probatoria del juicio el representante de los intereses de la Defensa no hizo nada al respecto para atacar o cuestionar los procedimientos de cadena de custodia, lo cual solo lo vino a hacer en los alegatos de clausura en los que advirtió que la Fiscalía no llevó al juicio al patrullero GALLO quien fue la persona que incautó el arma de fuego, para así, en sentir de la apelante, hacer creer que al acusado no se le halló en su poder arma de fuego alguna al momento de su captura, lo que, según la recurrente, es desvirtuado con el testimonio del policial VÍCTOR ALFONSO ATEHORTUA, quien fue la persona que inicialmente incautó el arma de fuego.

En lo que tiene que ver con la violación de los postulados del principio de la mismidad, alega la recurrente que ello nunca tuvo ocurrencia y que lo dicho al respecto por la Jueza de primer nivel es producto de un error en el que incurrió al no percatarse que por los mismos hechos se tramitaron dos procesos paralelos: uno ante la jurisdicción penal ordinaria y otro ante la especialidad de infancia y adolescencia en la cual por parte del patrullero GALLO se ingresó el arma de fuego incautada e igualmente en ese proceso fue que se solicitaron los servicios del perito JUAN CARLOS LÓPEZ para que llevará a cabo sobre el arma de fuego un dictamen pericial, siendo esa la razón por la cual en el informe base de la opinión pericial aparece un numero de radicación diferente al de la actuación surtida ante el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, el cual correspondía al del Juzgado Penal de Infancia y adolescencia.

Finalmente, arguye la recurrente que el presente asunto si tuvo ocurrencia una vulneración de la seguridad pública y por ende se generó un peligro para la comunidad, lo cual fue ignorado por la Jueza de primer nivel quien no se dio cuenta el momento histórico en el que ocurrieron los hechos debido a que en el municipio de Santa Rosa de Cabal habían surgido una serie de enfrentamientos entre bandas juveniles de los cuales las víctimas eran muchos menores de edad.

Con base en lo anterior, concluye la recurrente que el fallo confutado debía ser revocado y en consecuencia proferir una sentencia condenatoria, en atención a que las pruebas habidas en el proceso habían logrado demostrar que el acusado utilizó un arma de fuego de la que carecía de permiso para su porte, la cual pretendió accionar en contra de un grupo de jóvenes, y que posteriormente se valió de una menor de edad para ocultar dicho instrumento bélico.

LAS RÉPLICAS:

Durante el término para actuar como no recurrente, el Letrado que representa los intereses del acusado se opuso a las pretensiones del apelante, y en consecuencia clamó por la confirmación del fallo opugnado con base en los siguientes argumentos:

* La Fiscalía no cumplió con la carga de demostrar la antijuridicidad de la conducta endilgada al Procesado, puesto que sobre ese tópico solo existen dudas palmarias.
* Existen serias dudas respecto del cumplimiento del requisito de la mismidad, puesto que no se sabe si el arma incautada es la misma sobre la cual el perito practicó su experticia. Además, como quiera que no se convocó al juicio al policial que incautó el arma de fuego: el patrullero GALLO, ni se llevó ese artefacto al proceso, no se sabe si esa arma de fuego es la misma que fue puesta a disposición de la Jurisdicción de infancia y adolescencia.
* Los cargos endilgados por el Fiscalía en contra del Procesado por la presunta comisión del reato de utilización de menores de edad en la comisión de delitos, se cayeron por su propio peso debido a que ese punible dependía inexorablemente de la acreditación del delito de Porte ilegal de armas de fuego.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

- Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Incumplió la Fiscalía con los protocolos de cadena de custodia respecto del arma incautada, lo que creó un manto de dudas sobre el cumplimiento de los presupuestos del principio mismidad, lo cual a su vez incidía para que no se cumplieran con los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*?

¿La conducta enrostrada en contra del Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”* por incurrir en la presunta comisión del reato de Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal no se puede catalogar como punible por ausencia de antijuridicidad material, lo que a su vez repercutiría de manera negativa en la acreditación del reato de utilización de menores de edad en la comisión de delitos, el cual de manera concursante también le fue endilgado al Procesado de marras?

- Solución:

Teniendo en cuenta que los problemas jurídicos puestos a consideración de la Sala están relacionados con fenómenos jurídicos diferentes como lo son la antijuridicidad y la cadena de custodia, la Sala, a fin de encontrar una solución a la tesis de la discrepancia propuesta por la apelante aunado a lo dicho por los no recurrentes, los tratará por separado, para de esa forma determinar si la decisión de la *A quo* se puede catalogar como acertada o ajustada a derecho, o si por el contrario le asiste la razón los reproches que contra el fallo confutado ha proferido la apelante.

**1) Los yerros en los protocolos de la cadena de custodia del arma de fuego incautada.**

Uno de los ejes centrales con los cuales se erige el fallo confutado, que ha sido objeto de la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, tienen que ver con los cuestionamientos que se le hacen al poder suasorio del dictamen pericial rendido por el experto JUAN CARLOS LÓPEZ sobre un arma de fuego, porque, según el sentir de la *A quo,* existían seria duda sobre el cumplimiento de los protocolos de cadena de custodia respecto del arma de fuego objeto de estudio, lo que a su vez repercutía de manera negativa con los postulados que orientan el principio de la *mismidad.*

Lo antes expuesto nos estaría indicando que la esencia del tema en disputa tiene que ver es con la eventual afectación que ha sufrido en su *autenticidad* la evidencia física puesta a consideración del perito, si partimos de la base que la autenticidad es una de las consecuencias del principio de la mismidad.

Como punto de partida que nos permita llegar a una solución al presente entuerto, debemos tener en cuenta que según las voces del articulo 277 C.P.P. la autenticidad es uno de los requisitos que deben cumplir los elementos materiales probatorios, en atención a que la autenticidad consiste en una serie de procedimientos que tienen como finalidad la protección, conservación o custodia de los elementos materiales probatorio, para de esa manera procurar que no existan dudas o máculas de ninguna especie sobre las características o la identidad de las evidencias físicas o de los elementos materiales probatorios que se vayan a aportar al juicio; lo cual, al momento de la apreciación del acervo probatorio, fortalecería el mayor poder suasorio o de convicción que se generaría de dichos medios de conocimiento.

Es de resaltar que el cumplimiento del requisito de la autenticidad es una consecuencia del principio de la *“Mismidad”*, el que pregona:

*“Que el elemento que se utiliza para elaborar la hipótesis acusatoria, sea realmente el* ***mismo*** *objeto encontrado en la escena y el* ***mismo*** *sobre el cual, se realizaron los análisis y vínculos, y el* ***mismo*** *que se exhibe en el juicio como «evidencia»……..”[[1]](#footnote-1).*

Uno de los mecanismos ideados por el legislador para garantizar la autenticidad de las evidencias físicas y de esa manera hacer gala del principio de la mismidad es la *cadena de custodia*, reglamentada en los artículos 254 y 277 C.P.P. la cual consiste en lo siguiente:

*“La cadena de custodia es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.*

*(:::)*

*Dígase que la cadena de custodia es, entonces, un medio a través del cual se demuestra la autenticidad del elemento material probatorio, no siendo el único, pues la propia ley establece la posibilidad de hacerlo en forma distinta cuando no se ha cumplido, o cuando lo ha sido irregularmente. En tal caso, la anomalía en la cadena de custodia tendría incidencia en la idoneidad demostrativa del medio de convicción, más no la aplicación de la regla de exclusión.*

*Puede decirse, entonces, que la ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente, lo que, insiste la Sala, no acarrea como sanción la exclusión del medio de convicción…..”[[2]](#footnote-2).*

Pero es de anotar que la cadena de custodia no es la única herramienta concebida para acreditar la autenticidad de las evidencias físicas y de los elementos materiales probatorios que se pretendan aducir a un juicio, puesto que existen otros métodos de autenticación que cumplirían finalidades similares, entre los cuales se encuentran el *Testimonio; la marcación; la auto-autenticación y la peritación*.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que, acorde con lo consignado en el fallo opugnado por parte de la Jueza de primer nivel, existían seria dudas respecto de la mismidad de la evidencia física puesta a consideración del perito JUAN CARLOS LÓPEZ porque no se cumplieron con los protocolos de cadena de custodia, lo cual en un principio no es así, porque como bien lo adujo la Fiscalía en la alzada, si nos atenemos a lo dicho por el perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ, se concluye todo lo contrario, o sea que si se respetaron los protocolos de cadena custodia. Prueba de ello la encontramos en lo dicho por el perito LÓPEZ GONZÁLEZ, cuando expuso que recibió embalados, rotulados y con los respectivos protocolos de cadena de custodia, un arma de fuego de fabricación hechiza con un cartucho calibre 5.56 mm y una vainilla de ese mismo calibre. Asimismo el testigo es categórico en aseverar que una vez que finalizó de examinar esos elementos, procedió a someterlos a los protocolos de cadena de custodia.

Para la Sala lo dicho por el perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ sobre el cumplimiento de los protocolos de cadena de custodia merece total credibilidad, en atención a que estamos en presencia de una persona de amplia experiencia en estos menesteres, como bien se desprende de todo lo que al respecto dijo cuándo la Fiscalía acreditó su condición de perito, por lo que es obvio que debe saber, como en efecto así lo es, todo lo relacionado con el deber que le asiste de constatar que toda evidencia física puesta a su consideración para ser analizada cumpla con los protocolos de cadena de custodia. Además, se observa que por parte del perito no existe ningún ánimo o intención de querer perjudicar al procesado con sus dichos o percibir algún tipo de beneficio, a lo que se le debe aunar que la Defensa cuando tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo prefirió declinar del ejercicio de ese derecho.

Tema que llama poderosamente la atención de la Colegiatura es la controversia surgida con el número de radicación del proceso hacia el cual fue dirigido el informe base de la opinión pericial el cual, como en efecto lo adujó la *A quo*, no correspondía con el radicado del presente proceso, lo que a su vez dio pie para que surjan una serie de suspicacias que han sembrado un manto de dudas respecto del cumplimiento del requisito de la *mismidad*, porque, acorde con lo decidido por la Jueza de primer nivel, no es posible saber si se trata de la misma arma de fuego incautada, o si por el contrario se está en presencia de un instrumento bélico que hace parte de un proceso diferente.

Es de anotar que para disipar ese manto de dudas, la Fiscalía en la alzada expuso que se presentó una confusión que fue ignorada por la *A quo*, la que se generó por la tramitación de dos procesos paralelos: uno ante la justicia penal ordinaria y otro ante la especialidad de infancia y adolescencia, y que en el proceso que se adelantó ante los Jueces Penales de infancia y adolescencia se puso a disposición el arma de fuego incautada y se solicitaron los servicios del perito JUAN CARLOS LÓPEZ, quien elaboró un informe base de opinión pericial, el cual también fue utilizado en el presente proceso, siendo esa la explicación que justificaba la existencia de disimiles números de radicación.

Para la Sala lo acontecido es más bien producto de un lamentable descuido e incuria en el que por falta de diligencia incurrieron tanto las partes como la Jueza de la Causa, ya que el tema relacionado con las suspicacias que surgían respecto del número de radicación del informe pericial no fue ventilado en los escenarios procesales en los cuales se debió tratar ese tópico, puesto que del mismo solo se hizo alusión por parte de la Defensa en la fase del debate oral del juicio, como lo eran la audiencia preparatoria o en la etapa probatoria del juicio oral, más específicamente durante el interrogatorio del testimonio del perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ.

Como respaldo de la anterior afirmación, se tiene lo siguiente:

* Durante el devenir de la audiencia preparatoria, la Defensa no propuso ningún tipo de reparos sobre el descubrimiento probatorio efectuado por la Fiscalía, en el que se encontraba el informe base de la opinión pericial del experto JUAN CARLOS LÓPEZ. Es más ni siquiera en la etapa de rechazo, inadmisiones o exclusiones probatorias, dijo algo para cuestionar la validez o eficacia de esa prueba pericial en todo aquello que tenía que ver con el cumplimiento de los protocolos de cadena de custodia y la conculcación del principio de *mismidad*.
* Igual situación aconteció en el juicio oral, puesto que la defensa decidió no ejercer su derecho a contrainterrogar todo lo dicho por el perito JUAN CARLOS LÓPEZ, lo que conllevó a que no fueran tratados ni discutidos en ese escenario los temas relacionados con las supuestas maculas habidas en la cadena de custodia, en especial en todo lo que tiene que ver con las incongruencias surgidas en el número de radicación del informe base de la opinión pericial.

Acorde con lo anterior, se pregunta la Sala ¿que habría pasado si la Defensa, en cumplimiento del deber que le asistía de hacer gala del principio de Lealtad Procesal[[3]](#footnote-3) hubiese propuesto en las fases procesales pertinentes las reservas que tenía sobre la prueba pericial de la Fiscalía? Seguramente que el Ente Acusador hubiera acudido a la estrategia de la prueba de refutación, para de esa forma demostrar que lo acontecido fue más bien producto de una lamentable confusión generada ante la tramitación en jurisdicciones diferentes de procesos penales paralelos surgidos por los mismos hechos: La incautación de un arma de fuego a eso de las 21:00 horas del 23 de diciembre del 2.012 en el parque principal del municipio de Santa Rosa de Cabal.

Pero como lo anterior no aconteció, la Sala, acorde con los postulados que orientan los principios de la buena fe y de la convalidación, aceptará como válidas y plausibles las explicaciones dadas por la Fiscalía en la alzada por lo siguiente:

* De las pruebas habidas en el proceso se desprende que se capturaron en flagrancia a dos personas en el momento en el que huían, entre las cuales, además del Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*, se encontraba una menor de edad, quien en un bolso rosado llevaba un arma de fuego. De igual forma se tiene que la menor de edad fue procesada ante la Jurisdicción de infancia y adolescencia; por lo que es válido colegir, tal como lo adujó la Fiscalía, que ante el proceso que se surtía en infancia y adolescencia se haya presentado un informe base de la opinión pericial sobre el arma incautada, el cual a su vez pragmáticamente también fue utilizado en el presente proceso, lo que explicaría el porqué de las discordancias surgidas entre el número de radicación del presente proceso y el consignado en ese informe base de opinión pericial.
* La Defensa pudo utilizar las oportunidades procesales que tuvo a su disposición para poder controvertir el peritazgo, tachar o cuestionar la validez del informe base de la opinión pericial o en su defecto oponerse a la práctica de dicha prueba, pero vemos que no lo hizo, lo cual nos enseñaría que con su actitud omisiva convalidó cualquier tipo de mácula que eventualmente afectará a esa prueba pericial.

Ahora bien, en el remoto de los casos en que le asista la razón a la tardía tesis expuesta por la Defensa en la fase de debate oral del juicio, la que fue acolitada por la Jueza de primer nivel en el fallo confutado, respecto a que como consecuencia del probable incumplimiento de los protocolos de cadena de custodia, surgían serias dudas sobre la autenticidad de la evidencia física puesta a consideración del perito, lo que a su vez afectaba los postulados del principio de la mismidad, la Sala es de la opinión consistente en que en el evento de presentarse esa hipótesis de todos modos no se afectaría la autenticidad del cuestionado elemento material probatorio.

Para demostrar lo anterior, se hace necesario tener en cuenta, como bien lo dijimos en párrafos anteriores, que la cadena de custodia no es la única herramienta que tienen las partes para acreditar la autenticidad de los elementos materiales probatorios que se vayan a aducir al juicio, puesto que existen otros métodos de autenticación entre los cuales se encuentra la *auto-autenticación*, el que se fundamenta en el fenómeno de la *singularidad,* en virtud del cual existen algunos objetos o bienes que tienen ciertas características especiales las que inciden para que ellos prácticamente sean considerados como únicos en el mundo, por lo que es difícil que sean confundidos con otros de su misma especie. Lo cual a su vez, en caso que ese bien se pretenda aducir a un proceso judicial, torna en irrelevante el cumplimiento de ciertos protocolos de protección, conservación o custodia que tengan como propósito permitir o garantizar que esa evidencia física sea la misma que se vaya a presentar en el juicio, porque no habría lugar para poner en duda la mismidad de un bien con esas características tan especiales que casi lo tornarían en único en el mundo, el cual por esas condiciones *sui generis* prácticamente se autenticaría así mismo.

A fin de ofrecer mayor claridad y precisión sobre el anterior método de autenticación, considera la Colegiatura traer a colación lo que al respecto ha expuesto la doctrina nacional en los siguientes términos:

***“Auto autenticación****: consiste en el hecho que algunas evidencias físicas tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas.*

*Se refiere a elementos de los que se presume su autenticidad porque salta a la vista y liberan al proponente de la obligación de presentar pruebas acerca de ella.*

*Ejemplo de ello sería una imagen del Sagrado Corazón de Jesús, imagen está reconocida ampliamente por la cultura occidental, una fotografía del presidente de la república y un ejemplar del periódico de hoy, evidencias que cualquier persona, en cualquier momento reconocería como tales y que por lo tanto no requieren de autenticación.*

*Lo mismo aplica a otros elementos como los registros notariales, las etiquetas comerciales, los periódicos y las revistas.*

*En estos casos es el oponente quien debe presentar evidencia de que el documento no es auténtico……..”[[4]](#footnote-4).*

En el caso en estudio, vemos que si nos atenemos a lo dicho tanto por el Policial HERMAN BALLESTEROS OSORIO, quien fue una de las personas que incautó el arma de fuego, como por el perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ, el cual examinó el arma de fuego, se tiene que el instrumento bélico incautado, se trataba de un *changón*[[5]](#footnote-5) de fabricación artesanal el que tenía como particularidad que servía tanto para el calibre .38 y como para el de 5,56 mm porque en la recamara se le había hecho un acondicionamiento especial que permitía recibir ese tipo de munición.

Para la Sala, la anterior peculiaridad que tenía el arma de fuego, si bien es cierto que eventualmente no la hacía única en el mundo, si la caracterizaba de manera especial para de esa forma impedir que la misma sea confundida con otras armas hechizas afines. Además, si nos atenemos a que el Policial HERMAN BALLESTEROS OSORIO fue una de las personas que incautó ese instrumento bélico, creemos que por las características que lo singularizaban, de las cuales se percató el testigo, se tornaba un tanto difícil que al perito experto en balística se le haya suministrado para su análisis un arma de fuego diferente de la incautada por BALLESTEROS OSORIO, máxime cuando esas características especiales de las que se dio cuenta el perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ coincidían con las advertidas por parte del patrullero HERMAN BALLESTEROS OSORIO.

En resumidas cuentas, para la Sala en el presente asunto, como consecuencia de las características especiales que destacaban o singularizaban el arma de fuego incautada, incidían para que ese instrumento bélico se autenticará a sí mismo, lo cual relevaba a la Fiscalía del cumplimento de los protocolos de cadena de custodia para de esa forma garantizar la autenticidad de esa evidencia física.

Siendo así las cosas, ya sea porque se respetaron los protocolos de cadena de custodia o porque operó el fenómeno de la autoautenticación, se concluye por parte de la Sala, contrario a lo aducido por la *A quo* y la Defensa, que el elemento material probatorio puesto a consideración del perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ se debe reputar como auténtico y por ende encontrarse en consonancia con los postulados que orientan el principio de la mismidad.

**2. La ausencia de antijuridicidad material del reato de Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal enrostrado al Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*.**

Otra de las premisas en la cual cabalga el fallo confutado, y que han sido objeto de reproche por parte de la apelante, tienen que ver con los comportamientos delictivos endilgados al Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES, lo que en sentir de la *A quo* no podían ser considerados como punibles en atención a que existían serias dudas sobre la antijuridicidad de una de las conductas punibles por la cual fue llamado a juicio, la cuales, según lo dicho por la Jueza de primer nivel, no amenazaban o ponían en riesgo el interés jurídicamente protegido.

Para resolver los cuestionamientos formulados por la recurrente en contra del fallo opugnado respecto del tema de la antijuridicidad, como punto de partida la Sala tendrá en cuenta que en efecto, como bien lo adujo la *A quo* en el fallo confutado, un arma de fuego inservible o que presente desperfectos en sus mecanismos de disparos, acorde con los postulados que orientan el principio de lesividad, carecería de la relevancia o de la contundencia que se requiere para poder amenazar o poner en riesgo de manera efectiva o eficaz el interés jurídicamente protegido que en estos casos vendría siendo la seguridad pública. Por ello, acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 15 de septiembre de 2004. Radicación # 21.064, se puede aseverar que portar un arma de fuego de tales características y condiciones se tornaría en un comportamiento inidóneo para generar una amenaza o puesta en riesgo o en peligro de manera eficaz de la seguridad pública, por lo que conductas de tal tenor no se pueden catalogar como delictivas por ausencia del elemento de la antijuridicidad en su modalidad de la antijuridicidad material.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la *A quo* para considerar que la conducta punible enrostrada en contra del acriminado no cumplía con el requisito de la antijuridicidad, adujo que ello maniataba como consecuencia de los cuestionamientos surgidos sobre el manejo de los protocolos de cadena de custodia respecto del arma de fuego analizada por el perito experto en balista, aunado a las que de las pruebas habidas en el proceso demostraban que el Procesado, a pesar que lo intentó, no le fue posible accionar el arma de fuego en contra de sus eventuales víctimas.

Sobre lo anterior, se tiene que las dudas que surgían sobre los supuestos yerros en el manejo de los protocolos de cadena de custodia, ya fueron dilucidados por la Sala en el acápite anterior, en el cual se concluyó que en ningún momento se atentó en contra la autenticidad y de la mismidad del elemento material probatorio puesto a consideración del experto en balista.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las pruebas habidas en el proceso que demuestran que el arma de fuego no pudo ser accionada, porque falló o se encasquilló en el momento en el que el Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES pretendió utilizarla en contra de un grupo de jóvenes, lo que le sirvió de fundamento a la Juez de primer nivel para considerar que se estaba en presencia de un arma de fuego inservible o inidónea y en consecuencia descartar todo lo dicho respecto de la idoneidad del arma de fuego para producir disparos por parte del perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ, sea lo primero decir que las pruebas que demuestran ese evento deben ser catalogadas como pruebas de referencia admisibles, en atención a que al juicio nunca acudieron a rendir testimonio las personas que de manera directa presenciaron o fueron víctimas de ese atentado.

Para acreditar lo anterior, se tiene que la información respecto a que JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES pretendió accionar sin éxito un arma de fuego en contra de un grupo de jóvenes fue introducida al proceso como consecuencia de lo dicho por los Policiales HERMAN BALLESTEROS OSORIO; SEBASTIAN VARGAS GIRALDO; VÍCTOR ALFONSO ATEHORTUA HENAO y el particular FABIO DIAZ OROZCO, quienes expusieron que escucharon lo denunciado por un grupo de mozalbetes cuando señalaban a (A) *“Juanchal”* como la persona que previamente había intentado *quemarlos* o tirotearlos con un changón, el cual no consiguió disparar a pesar de haberlo accionado en dos ocasiones.

Lo afirmado por los antes aludidos testigos de oídas obtiene eco en lo declarado extraprocesalmente por el joven JORGE IVÁN TORO BURITÍCA, cuyos dichos ingresaron al proceso como prueba de referencia admisible en atención a que por parte de la Fiscalía y de la Judicatura se realizaron sin éxito todos los esfuerzos tendientes a procurar que el menor de maras compareciera al juicio. Es de anotar que el testigo de referencia en lo que atañe con las razones por las cuales (A) *“Juanchal”* pretendió atentar en contra de su vida y de quienes lo acompañaban, fue categórico en expresar que las mismas se debieron a una rivalidad habida entre los combos de los barrio “Los Laureles” y “La Estación”, cuyos miembros peleaban entre sí.

De lo antes expuesto, se tiene que el supuesto que le sirvió de fundamento a la *A quo* para considerar que el arma utilizada por el Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES debía ser considerada como inservible o inidónea para producir disparos se fundamentó en simples y meras pruebas de referencia, las que como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tienen un ínfimo o escaso poder suasorio[[6]](#footnote-6).

Es de anotar que la Fiscalía adujo a la actuación el testimonio del perito experto en balística, JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ, quien expuso que después de efectuar en el arma incautada los estudios y análisis técnicos del caso, llegó a la conclusión consistente que la misma era idónea y apta para producir disparos, porque sus mecanismos se encontraban sincronizados y contaban con todas sus partes esenciales. Además, el perito fue claro en establecer que a fin de determinar si el cartucho de calibre 5,56 mm que fue puesto a su consideración se encontraba en buenas condiciones, se valió del arma de fuego hechiza con la cual al accionar el disparador se produjo el disparo de ese cartucho[[7]](#footnote-7).

Por lo tanto, para la Sala, contrario a lo dicho por la *A quo* en el fallo opugnado, al testimonio rendido por el perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ se le debe conceder credibilidad, porque el testigo, además de acreditar su experiencia y trayectoria, ofreció una explicación clara, comprensible y razonable de los análisis y operaciones técnicas que efectuó sobre el arma incautada para de esa forma concluir que la misma si era apta e idónea para producir disparos.

Luego, si sopesáramos lo acreditado con una prueba de referencia de precario poder suasorio con lo demostrado con una prueba pericial, a la cual se le otorgó credibilidad, es obvio que tendría mayor peso o poder de convicción lo demostrado con base en la prueba pericial.

No desconoce la Colegiatura que del contenido de las pruebas de referencia se desprende que el Procesado, por razones ajenas a su voluntad, no consiguió sus protervas intenciones en atención a que a pesar que lo intentó en un par de oportunidades no logró accionar el arma de fuego que portaba, pero ello de manera automática no quiere decir que el arma de fuego deba ser considerada como inservible o inidónea[[8]](#footnote-8), puesto que pudieron existir una serie de factores, tales como el miedo, la inexperiencia, etc… que de una u otra forma incidieron para que el acusado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”* no logrará conseguir su propósito, el cual no era otro que atentar en contra de un grupo de jóvenes que residían en un barrio que tenía una enconada rivalidad con los que vivían en el barrio en donde se domiciliaba el procesado.

De lo antes expuesto, la Sala concluye que contrario a lo aducido por la *A quo* en la actuación procesal si existía una prueba de gran solvencia probatoria con la cual se lograba demostrar de manera indubitable la idoneidad y aptitud para producir disparos del arma de fuego incautada, por lo que la conducta punible enrostrada JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”* debió ser cataloga como antijurídica y por ende como punible según los términos del artículo 9º C.P.

- Conclusiones:

Con base en lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala concluye que en el presente asunto en ningún momento se incurrió en una vulneración de los protocolos de cadena de custodia que generaron una afectación de la autenticidad y de la mismidad del instrumento bélico entregado al perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ para su correspondiente análisis técnico. De igual forma, con la experticia practicada por el perito de marras, se logró demostrar con suficiente solvencia que el arma de fuego incautada a uno de los acompañantes del Procesado se podía considerar como apta e idónea para producir disparos, y por ende con la posesión de la misma si se generaba de manera efectiva y eficaz una amenaza o puesta en riego del interés jurídicamente protegido, que en el presente caso vendría siendo la seguridad pública.

Asimismo de un análisis del acervo probatorio, en especial de lo atestado por parte de HERMAN BALLESTEROS OSORIO; SEBASTIAN VARGAS GIRALDO; VÍCTOR ALFONSO ATEHORTUA HENAO; FABIO DIAZ OROZCO y JORGE IVÁN TORO BURITÍCA[[9]](#footnote-9), se desprende de manera indubitable que el Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*, en compañía de unos menores de edad, portaba un arma de fuego de fabricación hechiza sin tener los respectivos permisos que avalaran su porte o tenencia[[10]](#footnote-10), con la cual pretendió atentar en contra de un grupo de jóvenes que residían en un barrio que tenía una enconada rivalidad con el barrio en el que vivía el encausado, pero como quiera que no pudo conseguir su propósito se dio la huida y en su carrera le entregó en un bolso rosado el arma de fuego a uno de sus acompañantes, la cual, al igual que el acusado, fueron capturados por agentes de la Policía Nacional, quienes fueron alertados oportunamente de lo que acontecía.

Para la Sala, las anteriores pruebas cumplen a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del acusado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”* en consonancia con los cargos por los cuales fue llamado a juicio relacionados con la comisión del delito de Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P. en la modalidad de porte o llevar consigo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los cargos enrostrados en contra del Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*, por incurrir en la presunta comisión del reato de *uso de menores de edad para la comisión de delitos*, tipificado en el artículo 188D C.P.[[11]](#footnote-11), considera la Sala mayoritaria de esta Corporación que en el presente asunto si se cumplen los presupuestos necesarios para la adecuación típica de esa conducta punible.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala tendrá como hecho cierto el consistente en que acorde con el acervo probatorio está demostrado que cuando el procesado pretendió atentar en contra de la integridad de unos jóvenes que residían en un barrio rival, lo hizo en compañía de dos menores de edad, tanto es así que uno de ellos de sexo femenino, a quien el acusado le entregó el arma de fuego en el momento en el que huían, terminó siendo enjuiciada ante la jurisdicción penal de infancia y adolescencia.

Hasta aquí está claro que estamos en presencia de un típico caso de coparticipación criminal. No obstante la claridad de esa situación, la inicial ponencia presentada a la Sala por el magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA sostenía que ello no era suficiente para pregonar que se encuentra acreditada la materialidad del delito de *uso de menores de edad para la comisión de delitos,* si se partía de la base que el interés jurídicamente protegido con el delito tipificado en el artículo 188D C.P. es la Libertad Individual en la modalidad de la Autonomía Personal. Y se agregó en esa inicial ponencia que dicha Autonomía Personal está relacionada con la capacidad o la potestad que tienen las personas de regirse y de determinarse por sí mismas en la toma de decisiones sin la intervención de otros, a consecuencia de lo cual se presentaría una vulneración de dicho Interés Jurídicamente protegido solo en aquellas hipótesis en las cuales un tercero ejerce actos de coacción, manipulación o de engaño sobre una persona con la finalidad que haga algo de lo cual no está de acuerdo o no es consciente.

La referida inicial ponencia con respecto a este específico tópico relacionado con el *uso de menores de edad para la comisión de delitos*,como ha quedado dicho, no fue compartida por la Sala mayoritaria de esta Corporación, a consecuencia de lo cual se derrotó y la ponencia acerca de ese aspecto puntual pasó al magistrado que le sigue en turno, siendo esa la razón por la cual la providencia quedó finalmente con ponencia compartida.

Como se aprecia, el argumento central de la ponencia derrotada consistía en que la esencia o la razón de ser del reato de “Uso de menores de edad en la comisión de delitos”, radica en el quebrantamiento de esa capacidad de autodeterminación que le asiste al menor de edad para poder llevar a cabo de manera consciente, libre y voluntaria ciertas actividades; lo cual, según se dijo, solo podía ocurrir cuando el menor era instrumentalizado, coaccionado, manipulado, utilizado, inducido, sugestionado para que de esa forma cometa o perpetre ilicitudes en las que no está actuando de manera libre, consciente y voluntaria. Y que, por tanto, cuando el menor de edad de manera libre, consciente y voluntaria y a sabiendas de lo que hace, activamente interviene en la comisión de un delito, no se estaría frente a un caso de instrumentalización, manipulación o coacción, sino de una típica hipótesis de Coautoría o de coparticipación criminal.

Esa singular postura no es compartida por los integrantes de la Sala mayoritaria, porque consideramos que para la configuración del novedoso tipo penal de “uso de menores para la comisión de delitos” no se requiere analizar por parte del juez si el menor involucrado obró “a sabiendas de lo que hacía”, dado que este ingrediente es totalmente ajeno o extraño a tal ilicitud. Ni se podía tampoco exigirle a la Fiscalía que presentara prueba a ese respecto, en cuanto solo le bastaba por ley demostrar que en la ejecución del hecho se había “utilizado a un menor” y que quien lo hizo obró a sabiendas de esa minoría de edad de parte del copartícipe.

De ese modo, en relación con la pregunta: ¿de qué manera o en qué forma se viola o se pone en peligro el bien jurídico de la *autonomía personal* en cabeza del menor?, que es lo que en esencia preocupa a la tesis expuesta en la inicial ponencia, la Sala mayoritaria no duda en sostener que esa afectación se da, no únicamente cuando se obliga al menor en contra de su voluntad a ejecutar conductas delictivas, sino también cuando se cuenta con esa voluntad que se entiende viciada.

Lo que se acaba de afirmar por la Sala mayoritaria es contundente si en cuenta se tienen los siguientes argumentos tanto fácticos como jurídicos:

1.- El porte ilegal de arma de fuego trae como uno de sus agravantes específicos el hecho de “obrar en coparticipación criminal”; pero tal situación no entraña que esa coparticipación abarque “el uso de un menor de edad”. Y es así porque la citada agravante tiene fundamento en la coparticipación con otro, independientemente de la edad de la persona que es elemento adicional de mayor connotación y censurable en forma independiente en el tipo penal de *uso de menores de edad en la comisión de delitos*.

2.- Sea como fuere, para el caso singular esa agravante no fue ni siquiera atribuida al justiciable; luego entonces, sobran disquisiciones acerca de la posible existencia de un delito complejo que haga inviable el concurso material efectivo y se torne en aparente.

3.- El tipo penal de *uso de menores en la comisión de delitos*, es una figura especial llamada a concursar con el tipo penal de porte ilegal de arma de fuego como quiera que protegen bienes jurídicos distintos.

4.- El bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro en la conducta de uso de menor, como ya se dijo, es la autonomía personal, en cuanto se parte del entendido que esa utilización es un acto de aprovechamiento indebido de la condición de inmadurez en que se encuentra, porque de no mediar ese aprovechamiento el menor no habría tomado parte en el asunto. Razón por la cual es totalmente entendible que el dispositivo 188D que consagró el delito de *uso de menores en la comisión de delitos*, establezca expresamente que: **“el consentimiento del menor no es considerado causal de exoneración de responsabilidad penal”.**

Es que si lo anterior no fuera así, el tipo penal en comento sería virtualmente inaplicable, porque entonces quedarían por fuera situaciones de tanta gravedad como la utilización de menores sicarios, quienes están dispuestos a aceptar su participación con tal que exista de por medio una retribución, lo que por supuesto no quita ni pone al abuso que de él se hace de parte de terceras personas inescrupulosas, con miras a evadir la acción judicial. Y tiene que ser así, porque precisamente fue esto y nada diferente lo que llevó al legislador a la creación de este nuevo dispositivo autónomo e independiente.

Nótese que el punible se configura no solo con “constreñir” o “instrumentalizar”, como son los verbos rectores que podrían llevar a pensar que cuando el menor participa voluntariamente entonces no se incurre en esta ilicitud, sino además y por fortuna con la simple “UTILIZACIÓN” del menor, sin que por supuesto pueda asegurarse -como creemos lo pretende hacer ver equivocadamente el salvamento de voto de esta Sala- que ese uso del menor tenga que ser “sin la voluntad de este”, cuando de entrada se sabe que si el menor ofreció o concedió su voluntad la misma se considerada viciada por inmadurez sicológica y por lo mismo ineficaz para todos los efectos legales. He allí precisamente el abuso y el aprovechamiento que se sanciona.

Precisamente lo que se acaba de asegurar no es nada diferente a lo que se extrae de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que trató a fondo el punto en controversia. Obsérvese:

En la sentencia C-121/12 se analizó la demanda de un ciudadano quien sostuvo que la nueva norma (artículo 188 d introducido por medio del artículo 7º de la Ley 1453 de 2011) que tipificó el uso del menores de edad en la comisión de delitos, infringe el principio del *non bis in idem* o no dos veces lo mismo en cuanto ese proceder ya era castigado por la ley mediante la figura de la autoría mediata o de la coparticipación criminal en grado de determinación. Luego de su análisis el órgano de cierre concluyó, con carácter vinculante, que esa aseveración no era válida porque no existía igualdad de objeto, e igualdad de causa, y por demás, el bien jurídico tutelado en cada caso era distinto. Los apartes más relevantes de ese precedente enseñan:

*“[…] contrario a lo expresado por el ciudadano [..] en su demanda, no se presenta vulneración de la mencionada garantía comoquiera que no concurre la triple identidad que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, debe concurrir para que una regulación legal se considere trasgresora de dicha prohibición […] para afirmar la vulneración al non bis in idem, en el evento de prohibiciones o sanciones concurrentes, se requiere acreditar la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones, o configuraciones normativas. Esta triple identidad no se presenta entre las dos regulaciones a que hace referencia el actor, para sostener la doble incriminación de una misma conducta.*

*[…]*

*La norma que penaliza de manera autónoma el uso de menores de edad para la comisión de delitos ampara el bien jurídico de la autonomía individual de los menores de edad, en tanto que a través de los tipos penales realizados por actores mediatos, determinadores, o instigadores que se valen de menores de edad para la comisión del delito, se protegen diversos bienes jurídicos como la vida en el caso del homicidio, el patrimonio económico en el de la estafa; la salud pública cuando los menores son usados para traficar con estupefacientes; la seguridad pública cuando se le involucra en actos terroristas, etc.*

*[…] A partir de la norma acusada, a una misma persona se puede formular reproche por la instrumentalización de un infante o adolescente para la comisión de un ilícito, y simultáneamente se le puede reprochar la afectación del bien jurídico que se protege con éste. Esto sin embargo, no entraña quebrantamiento a la garantía de la prohibición de doble incriminación por parte del legislador, toda vez que se trata de valoraciones que recaen sobre conductas que presentan diferentes contenidos y alcances, y que cumplen el cometido de proteger bienes jurídicos diferentes. No se trata en consecuencia, del mismo reproche, sobre una misma conducta y en relación con una misma persona.*

*[…] encuentra la Corte que el legislador, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal, erigió en tipo penal autónomo el uso de menores para la comisión de delitos, conducta punible que puede presentarse de manera independiente, o en concurrencia con el ilícito fin para el cual ha sido instrumentalizado el menor de edad. Esta opción legislativa, representa sin duda un endurecimiento de la política penal para enfrentar la criminalidad que apela al uso de menores de edad, pero de ello no se deriva su inconstitucionalidad”.*

Es tan contundente el referido precedente en su postura frente a tan sensible tema, que incluso al penetrar la Corte Constitucional en el análisis de un tipo penal tan singular como el constreñimiento para delinquir agravado cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, que como es sabido está dentro del mismo bien jurídico tutelado de la autonomía personal, para efectos de establecer si ese dispositivo podría violar el non bis in ídem en caso de llegar a ser aplicado simultáneamente con el de uso de menor para delinquir, sostuvo la alta Corporación que aún en ese evento no se viola el referido principio de no doble punición. Veamos lo que textualmente se dijo:

*“Frente a la censura relativa a que la tipificación autónoma del delito de uso de menores de edad en la norma acusada, vulnera el non bis in idem, comoquiera que ya existe un tipo penal de constreñimiento para delinquir agravado cuando se comete sobre menor de 18 años (Arts. 184 y a85 Cod. P)[[12]](#footnote-12). Encuentra la Sala que en relación con esta hipótesis tampoco se presenta la triple identidad a que se viene haciendo referencia (persona, objeto y causa). Aunque se trata de tipificaciones establecidas para proteger el bien jurídico de la autonomía personal, son conductas que presentan configuraciones de muy diverso alcance. Mientras que en la nueva disposición, que corresponde al artículo 188 D del Código Penal, se reprocha el acto de usar al menor de edad a través de la inducción, el facilitamiento, la utilización, el constreñimiento, la promoción o apelando a cualquier otra forma de instrumentalización para cometer delitos; en el tipo penal de constreñimiento para delinquir (184), agravado “cuando la conducta se realice respecto de menores de 18 años” (185), se censura el solo constreñimiento, “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.*

Y remata el órgano de cierre con esta contundente aseveración:

*“En conclusión, la tipificación autónoma del delito de “uso de menores de edad para la comisión de delitos”, prevista en el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio del non bis in idem, como consecuencia de la existencia de normas generales que prevén dispositivos como la autoría mediata y la participación delictiva. No se presenta una identidad de objeto, causa y persona entre el delito previsto en el artículo 7° de la Ley 1453, y el hecho punible que se impute mediante las figuras de la autoría mediata, o cualquiera de las modalidades de participación de menores de edad en la conducta delictiva. Una y otra entidad delictiva presenta diversidad en la conducta y en el bien jurídico tutelado (causa). La penalización autónoma del uso de menores de edad con fines delictivos, representa una decisión de política criminal que desarrolla importantes fines constitucionales como es la protección a los niños y adolescentes de toda forma de violencia física o moral (Art. 44 C.P.). La creación de este tipo penal puede dar lugar al fenómeno del concurso de delitos (ideal o material), respecto de los cuales el legislador ha establecido mecanismo de racionalización de la respuesta punitiva (Art. 31 Cod. P). De cualquier modo, frente a concurso aparente de normas o tipos penales, el operador jurídico, en el ámbito de su autonomía, cuenta con herramientas interpretativas como los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, cuyo cometido es enfrentar, en el plano judicial, eventuales riesgos de vulneración del non bis in idem”.*

De este último aparte se aferró quizá el salvamento de voto de esta Sala para pretender la aplicación alternativa de alguna de esas figuras que dan viabilidad al concurso aparente en el presente asunto, pero ocurre que la realidad de todo el precedente indica que la Corte cerró filas en torno a asegurar que al menos en las hipótesis analizadas en el fallo, una de las cuales coincide con lo que en el presente asunto debate, no existe la más mínima posibilidad de plantear la existencia de una violación al non bis in ídem.

Siendo así las cosas, en atención a que le asiste total razón a los reproches formulados por la Fiscal recurrente, la Sala revocará el fallo opugnado, y en consecuencia se procederá a declarar su compromiso penal de conformidad con las conductas que le fueron endilgadas.

LA PUNIBILIDAD:

Desvirtuada la presunción de inocencia que le asistía al enjuiciado, puesto que en el proceso se demostró, más allá de toda duda razonable, el compromiso penal que les asistía respecto de los cargos que le fueron enrostrados por incurrir en los punibles de uso de menores de edad para la comisión de delitos y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, le corresponde ahora a la Sala, acorde con lo decidido y resuelto en el presente proveído, dosificar la correspondiente pena a imponer, la cual deberá respetar los principios de necesidad; proporcionalidad y razonabilidad, consagrados en el artículo 3º C.P. y estar acorde con las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, establecidas en el artículo 4º del Código Penal.

El uso de menores de edad de conformidad con lo consagrado en el artículo 188 D del Código Penal tiene una pena que oscila entre 10 y 20 años de prisión, esto es, de 120 a 240 meses, por lo que los cuartos quedarían así: cuarto inferior de 120 a 150 meses de prisión; primer cuarto medio de 150 meses y 1 día a 180 meses de prisión; segundo cuarto medio de 180 meses y 1 día a 210 meses de prisión; y cuarto máximo de 210 meses y 1 día a 240 meses de prisión.

El porte ilegal de armas, en atención a lo dispuesto en el artículo 365 inciso 1º ibídem consagra una pena de 9 a 12 años de prisión, esto es, de 108 a 144 meses, de acuerdo a lo cual los cuartos serían: cuarto inferior de 108 a 117 meses de prisión; primer cuarto medio de 117 meses y 1 día a 126 meses de prisión; segundo cuarto medio de 126 meses y 1 día a 135 meses de prisión; y cuarto máximo de 135 meses y 1 día a 144 meses de prisión.

En esas condiciones, debido a que concurren únicamente circunstancias de menor punibilidad -numeral 1º del artículo 55 C.P.: carencia de antecedentes penales-, por cuanto la Fiscalía no endilgó ninguna de mayor punibilidad -pese a que se encuentra acreditada la consagrada en el numeral 10 del artículo 58 ibídem: coparticipación criminal- la pena se fijará dentro del primer cuarto al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 61 del estatuto represor.

Al ingresar a la fase de la individualización de la pena, se tiene que acorde con lo acreditado en el proceso se está en presencia de lo que se podría catalogar como una especie de crimen de odio o de vindicta, en atención a que las razones por las cuales el procesado cometió los reatos obedecieron a la pugnacidad habida entre los combos de los barrios La Estación y Los Laureles, cuyos miembros se enfrentaban entre sí, lo cual además de haber generado un mayor juicio de reproche también ha causado una gran alarma social respecto de lo acontecido, lo que en materia de dosificación punitiva incide para que la Sala no parta del límite inferior del cuarto mínimo para ninguno de los delitos enrostrados -120 meses para el uso de menores y 108 meses para el porte de armas- sino que elija como sanción proporcional para cada uno de ellos la equivalente al 50% respecto del ámbito de movilidad, por lo que la pena a imponer para el punible de uso de menores de edad sería la de 135 meses de prisión, y para el porte de armas la de 112.5 meses de prisión.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la conducta de mayor entidad es la de uso de menores de edad para la comisión de delitos, por lo que será la pena base para el concurso, esto es, 135 meses, a los cuales se le aumentarán 36 meses por el porte, lo que arroja una pena total de 171 meses, equivalente a 14 años y 3 meses.

Por el mismo lapso se impondrá la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

SUBROGADOS PENALES:

Respecto del tema de los subrogados y demás sustitutos penales, considera la Sala que el Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”* no puede hacerse merecedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consignado en el artículo 63 C.P. puesto que brillan por su ausencia los elementos que deben concurrir para la concesión de tal derecho, entre ellos el elemento objetivo, el cual exige que la pena impuesta no deba rebasar los 4 años de prisión, lo que no ocurre en el *subexamine*, en atención que los acriminados ha sido condenado a purgar una pena de 171 meses de prisión, equivalente a 14 años y 3 meses, la cual excede con creces esos límites punitivos.

Lo antes aludido también se aplicaría en todo aquello que tiene que ver con el pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, de la cual también brillaría por su ausencia el factor objetivo requerido por el articulo 38B C.P.

Finalmente, teniendo en cuenta el monto de las penas impuestas al Procesado como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad criminal, aunado a que se encuentra en libertad y como quiera que no se les reconoció ningún tipo de subrogado o de sustitutos penales, lo que daría pie para pensar que nos encontremos en presencia de un eventual riesgo de fuga[[13]](#footnote-13), la Sala, a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia y de esa manera conjurar esa amenaza de no comparecencia, procederá a librar las correspondientes ordenes de captura en contra del procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”.*

ANOTACIONES FINALES:

En lo que tiene que ver con los eventuales recursos que procederían en contra de lo resuelto en sede de 2ª instancia, en cumplimiento de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014, en la cual se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidosde las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. y como quiera que en la actualidad se encuentra vencido el plazo de 1 año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, la Sala es del criterio que en contra del presente proveído de 2ª instancia, el que acorde con los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia aludida debe ser considerada como una 1ª sentencia condenatoria, procedería el recurso de apelación. Dicho recurso deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

Sobre lo anterior, a fin de ofrecer una mejor claridad sobre lo decidido en el tema de los recursos, la Sala considera de utilidad traer a colación apartes de lo resuelto por la Corte Constitucional en la enunciada sentencia C-792/2014:

*“Lo anterior sugiere que a la luz de la jurisprudencia constitucional, existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se expide en el marco de un proceso penal.*

*Con fundamento en este precedente, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales que limitan, restringen o anulan la facultad de impugnación de fallos condenatorios o adversos a una de las partes en el marco de procesos penales de única instancia (sentencia C-019 de 1993), de procesos disciplinarios de única instancia (sentencias C-017 de 1996, C-345 de 1993 y C-213 de 2007), o de procesos única instancia de otra naturaleza.*

*De igual modo, reconociendo la existencia de tal derecho, este tribunal ha declarado la exequibilidad de normas que permiten que en sede de casación se revoquen fallos absolutorios de primera y de segunda instancia y se imponga una condena por primera vez en esta etapa (sentencia C-998 de 2004), de disposiciones que establecen procesos penales de única instancia para los aforados (sentencias C-142 de 1993, C-411 de 1997 y C-934 de 2006), o de normas que establecen procesos de única instancia en otras materias (sentencias C-280 de 1996, C-040 de 2002, C-254 de 2012 y C-718 de 2012). En todos estos casos la Corte dejó a la salvo la constitucionalidad de los preceptos legales, pero no porque considerase que el derecho a controvertir el primer fallo que se impone en un proceso penal puede ser exceptuado, sino sobre la base de otro tipo de consideraciones: (i) en principio, los estándares derivados del derecho a la impugnación no son aplicables a materias distintas al derecho penal; (ii) la oposición a fallos condenatorios se puede ejercer a través de mecanismos alternativos a la apelación, aunque no den lugar a una nueva instancia; (iii) los sujetos que cuentan con fuero constitucional en materia penal o con una garantía equivalente, no son titulares de este derecho.*

*En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional, por las siguientes razones: (i) los enunciados anteriores tienen un contenido general y no hacen ninguna salvedad para la hipótesis anterior, por lo cual no existe ninguna base normativa para excluirla de la referida facultad constitucional; (ii) como la prerrogativa anterior se otorga en función del contenido del fallo y no en razón de la etapa en la cual se dicta la providencia, es decir, por su connotación condenatoria, y no por haber sido expedida en la primera instancia de un juicio, no resulta admisible la tesis de que la impugnación opera únicamente respecto del fallo absolutorio de primera instancia, y no de la sentencia condenatoria de la segunda instancia; (iii) dado que mediante el derecho a la impugnación se pretende brindar una herramienta calificada y reforzada de defensa a las personas que son objeto del poder punitivo del Estado, y dado que esta defensa sólo se puede ejercer si existe la posibilidad de controvertir aquella decisión judicial que materializa esta facultad sancionatoria, la prerrogativa constitucional se debe poder ejercer, al menos, frente al primer fallo que declara la responsabilidad penal, incluso cuando esta se dicta en la segunda instancia; (iv) de entenderse que el derecho a la impugnación se agota con la posibilidad de controvertir la sentencia judicial de primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia, en contravía del principio hermenéutico del efecto útil; (v) esta línea hermenéutica es consistente con la de los operadores jurídicos encargados de la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos que consagran el mencionado derecho, y en particular, con la que ha acogido el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (vii) por su parte, aunque hasta el momento la Corte Constitucional no ha abordado directamente este problema jurídico, y sus reflexiones en torno a la derecho a la impugnación se han hecho en el marco de la garantía de la doble instancia, por lo que no existen consideraciones autónomas en este sentido, la jurisprudencia sí reconoce el derecho a atacar las providencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un juicio penal.*

*(::::)*

*De acuerdo con este planteamiento, la Corte concluye que el legislador tiene el deber constitucional de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal, el cual debe otorgar amplias potestades al juez de revisión para analizar y evaluar las cuestiones fácticas, probatorias y normativas que inciden en el contenido de la decisión judicial objeto del recurso.*

*(:::)*

*Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no es un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requiere de la intervención directa del órgano legislativo para este efecto. En este orden de ideas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) Declarará la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarará la exequibilidad de los preceptos anteriores, en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) la declaratoria de inconstitucionalidad será diferida a un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia; (iv) se exhortará al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias; (v) se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena……”[[14]](#footnote-14).*

Precedente jurisprudencial que ha sido ratificado por esa alta corporación de la siguiente forma:

*“De tal suerte, la interpretación constitucional efectuada por la Corte en la sentencia C-998 de 2004, hoy debe revisarse a la luz de las consideraciones efectuadas en la sentencia C-792 de 2014, y que constituyen para asuntos como el presente doctrina constitucional (CP art 230). El caso bajo examen está gobernado por la sentencia C-998 de 2004, pero hacia futuro, y en los términos y bajo las condiciones de la sentencia C-792 de 2014, la cosa juzgada de esa decisión se ha de ver afectada por la Constitución viviente.59 En virtud de esa interpretación viviente, el derecho a impugnar las condenas impuestas por primera vez en un proceso penal ordinario no se limita a los fallos de primera instancia, sino que incluye las estatuidas por primera vez en casación. Es una garantía orientada a proveer para los procesados el mayor nivel posible de defensa en la persecución criminal, de tal suerte que se predica también de las condenas emitidas por primera vez luego de la primera instancia. La Corte considera entonces que resultaría irrazonable impedir la impugnación de las sentencias condenatorias impuestas por vez primera en casación, tras instancias absolutorias. El sentido de esta garantía es asegurar la corrección de las condenas judiciales, por la vía de exigir “la doble conformidad judicial”. Lo cual presupone que incluso las condenas dictadas por primera vez en casación penal sean susceptibles de un recurso integral. Si bien la Sala de Casación Penal es un órgano especializado y colegiado, cuya conformación asegura que varios jueces coincidan en la decisión, lo que se busca con el derecho a impugnar la sentencia condenatoria es que en los procesos penales ordinarios la conformidad judicial se dé en dos momentos distintos, y por autoridades jurídicamente diferenciables. Las condenas en casación que se imponen por primera vez, en los procesos penales ordinarios regulados por la Ley 600 de 2000, no satisfacen estas exigencias……..”[[15]](#footnote-15).*

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

**PRIMERO: SE REVOCA** la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.), y en su lugar **SE CONDENA** al procesado **JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES** de condiciones civiles y personales ya conocidas, en calidad de autor de los punibles de *uso de menores de edad para la comisión de delitos* y *porte ilegal de armas de fuego*, a la pena principal privativa de la libertad de 171 meses de prisión, equivalentes a 14 años y 3 meses de prisión.

**SEGUNDO: SE CONDENA** al mismo procesado a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la fijada para la principal privativa de la libertad.

**TERCERO: SE NIEGA** al sentenciado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de acuerdo con lo argumentado en el cuerpo motivo de esta decisión.

**CUARTO:** Librar las correspondientes órdenes de captura en contra del Procesado JUAN CARLOS MARTÍNEZ MORALES (A) *“Juanchal”*, con el fin de que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

**QUINTO:** Declarar que contra la presente decisión procede el recurso de apelación, el que deberá ser interpuesto y sustentado dentro de la oportunidad de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

-con salvamento parcial del voto-

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

 Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. MORA IZQUIERDO RICARDO: La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio, pagina # 193. Editores gráficos Colombia Ltda. 2.007. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diecisiete (17) de abril de 2013. Rad. # 35127. M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-2)
3. Articulo 12 C.P.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. MORA IZQUIERDO RICARDO: Obra citada, pagina # 195. [↑](#footnote-ref-4)
5. Malformación fonética al castellano de la palabra anglosajona «*SHOTGUN»,* la cual generalmente corresponde a una escopeta recortada. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver entre otras: Sentencia del 30 de marzo de 2006. Proceso # 24468. M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO; Sentencia del 6 de marzo de 2.008. Proceso # 27477. M.P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Radicado # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO; Providencia del 4 de junio de 2013. Rad. # 40893. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-6)
7. Registro # 36:35 al # 37:15. [↑](#footnote-ref-7)
8. Lo cual posteriormente fue desvirtuado mediante le dictamen pericial rendido por el perito JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cuyos dichos ingresaron al proceso en calidad de prueba de referencia admisible. [↑](#footnote-ref-9)
10. Lo que se acreditó con los documentos aportados por parte del investigador HERNANDO CELIS OSORIO. [↑](#footnote-ref-10)
11. Adicionado por el artículo 7º de la Ley 1.453 del 2.011. [↑](#footnote-ref-11)
12. ARTICULO 184. CONSTREÑIMIENTO PARA DELINQUIR. El que constriña a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y y cuatro (54) meses.

ARTICULO 185. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta tenga como finalidad obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, grupos de sicarios, escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada.

2. Cuando la conducta se realice respecto de menores de dieciocho (18) años, de miembros activos o retirados de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado.

3. En los eventos señalados en el artículo [183](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pr006.html#183). [↑](#footnote-ref-12)
13. Articulo 312 C.P.P. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional: Sentencia C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional: Sentencia # SU215 del veintiocho (28) de abril de 2016. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA [↑](#footnote-ref-15)