El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia 2ª instancia- 7 de septiembre de 2018

Proceso: Penal –

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2014 01956

Acusado: Duván Toro Bedoya

Magistrado Sustanciador: Jairo Ernesto Escobar Sanz

**Temas: DISPARO DE ARMA DE FUEGO/ SUBROGADO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECCIÓN DE LA PENA/ AUDIENCIA PREPARATORIA/ CUMPLIMIENTO REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA SU CONCESIÓN/ RECAUDO PROBATORIO/ FALTA ELEMENTO DE PRUEBA QUE ACREDITE IMPOSIBILIDAD ECONÓMICA DEL PROCESADO PARA PAGAR LA CAUCIÓN PRENDARIA/ REDUCE CAUCIÓN/ CONFIRMA PARCIALMENTE**

Significa lo anterior, que si bien es cierto la defensa en el traslado del artículo 447 del C.P.P., no presentó elemento probatorio alguno con el fin de probar los supuestos que permitieran considerar que el señor DTB no se encuentra en la posibilidad de cumplir con la garantía fijada por la juez de primer grado, también lo es que en la foliatura no está acreditada la capacidad económica del procesado. De tal manera, que esta Sala presume que la cuantía de la pensión que percibe el señor Toro Bedoya por haberse dedicado anteriormente al negocio del transporte corresponde a un salario mínimo mensual; en tal virtud, el monto de la caución de trescientos mil pesos ($300.000) a cambio de que se le conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, resulta desproporcionada. Por lo tanto, en lo que tiene que ver con este aspecto, la Sala confirmará parcialmente lo decidido por la juez de conocimiento en el sentido de reducir a la mitad el valor de la caución prendaria, quedando el monto a consignar en ciento cincuenta mil pesos ($150.000).

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nro. 762

Hora: 8:38 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 35 2014 01956 01 |
| Procesado | Duván Toro Bedoya |
| Delito | Disparo de Arma de Fuego |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto | Resuelve recurso de apelación presentado por la defensa en contra de la sentencia de primer nivel proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensora del acusado, contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se declaró penalmente responsable al señor Duván Toro Bedoya, por la comisión del delito de disparo de arma de fuego.

2. ANTECEDENTES

2.1 De acuerdo con lo expuesto en el escrito de acusación, el día 3 de mayo de 2014 a eso de las 11:20 horas, funcionarios de la Policía Nacional acudieron a un llamado de la central de radio institucional, según el cual, en la calle 20 con carrera 20 de esta capital, se estaban realizando disparos de arma de fuego; para cuando los urbanos arribaron a dicho lugar, advirtieron que los disparos provenían del Edificio Las Palmas, ubicado en la calle 20 No. 20-14, y una vez fueron autorizados por el vigilante, ingresaron a la edificación. Ya en el exterior del apartamento 301 vieron a dos ciudadanos de sexo masculino, y a uno más en el interior de la residencia, quien de forma voluntaria salió a la puerta, hizo entrega de un arma de fuego e indicó que era él quien había realizado las detonaciones, razón por la cual se inició el proceso de judicialización.

El capturado fue identificado como Duván Toro Bedoya, portador de la cédula de ciudadanía No. 10.084.660 expedida en Pereira.

2.2 La comunicación de cargos por parte de la FGN aconteció el 15 de abril de 2016 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías, acto en el cual una delegada del ente acusador le imputó al señor Toro Bedoya la comisión a título de dolo y en calidad de autor, de la conducta punible de disparo de arma de fuego sin necesidad, prevista en el artículo 356A del CP. El procesado no aceptó dicho cargo.

2.3. El impulso de la etapa del juicio le correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira.[[1]](#footnote-1) La audiencia de formulación de acusación se adelantó durante los días 12 de septiembre (folio 9); y 23 de noviembre de 2016 (folio 10); la audiencia preparatoria se realizó el 13 de marzo de 2017 (folio 24), en donde se solicitó la variación de la diligencia, por una de aprobación de preacuerdo, en virtud de la negociación celebrada entre la Fiscalía y el acusado, debidamente representado por su defensora. En esta ocasión, la *A-quo* verificó las condiciones del preacuerdo, así como también, que lo consignado en él partiera de la manifestación de la voluntad del procesado, luego de lo cual decidió impartir aprobación al mismo; por último, la lectura de la sentencia ocurrió el 25 de mayo de 2017 y en ella se adoptaron las siguientes decisiones: i) Declarar que Duván Toro Bedoya, es cómplice en el delito de disparo de arma de fuego, cometido en contra de la seguridad pública; ii) condenar al señor Toro Bedoya a las penas principales de seis (06) meses de prisión, la cancelación del permiso para porte y tenencia de dicha arma y la imposibilidad por 20 años de obtener dicha autorización; iii) condenar al mencionado a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal; iv) conceder al procesado el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones anotados en la parte motiva de esta decisión; v) se ordena el comiso del ama de fuego a favor del Comando General de las Fuerzas Militares – Departamento de Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos-, diligencia que deberá realizar la Fiscalía que conoce del caso.[[2]](#footnote-2)

2.4 La defensora pública del sentenciado interpuso recurso de apelación, mismo que fue sustentado de forma escrita,[[3]](#footnote-3) mediante oficio allegado al juzgado de instancia el 2 de junio de 2017, pero de éste documento no se le dio traslado a la Fiscalía en calidad de sujeto procesal no recurrente; sin embargo, el expediente fue remitido a esta Sala de Decisión, para que se surtiera el trámite correspondiente al recurso vertical.

2.5 Mediante auto de fecha 17 de julio de la presente anualidad, se corrigió el error anotado en el trámite del recurso de apelación, y en consecuencia, se le concedió a los sujetos procesales no recurrentes, el término de 5 días contemplado en el artículo 179 del C.P.P.; en consecuencia, tanto el representante del Ministerio Público como el Fiscal, presentaron pronunciamiento frente al recurso.

3. SOBRE LA DECISION DE PRMER GRADO.

En lo que corresponde a los tópicos objeto de recurso, la sentencia de primer grado se fundó en los siguientes argumentos:

* En lo que tiene que ver con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el artículo 63 del C.P. contiene taxativamente los requisitos para que la misma proceda, siendo uno de ellos, que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años, que en este caso se cumple a cabalidad, toda vez que la sanción penal con la que se condenó al acusado es de 6 meses.
* En la misma disposición normativa, en su numeral 2º se indica que si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso segundo del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, tal como ocurre en el presente asunto, el subrogado se debe conceder solamente con base en el requisito objetivo señalado.
* Como quiera que se cumple el factor objetivo, se le concedió al procesado, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para lo cual debería suscribir diligencia compromisoria conforme al artículo 65 del C.P., y otorgar caución prendaria por valor de $300.000 y con un período de prueba de dos años.
* Conforme al título XII capítulo I del Decreto 2535 de 1993 y artículo 82 del C.P.P., se ordena el comiso del arma de fuego a favor del Comando General de las Fuerzas Militares, Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, diligencia de debe ser llevada a cabo por la Fiscalía encargada del caso.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

4.1 DEFENSORA DEL PROCESADO (Recurrente)

* La Juez de conocimiento fijó una caución prendaria por valor de $300.000 a un usuario de la Defensoría del Pueblo, que es un hombre de 63 años de edad con carencia de recursos y por ello esa parte del fallo debe ser revocado para que en su lugar se conceda una caución juratoria, a fin de que su representado pueda gozar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; de no ser así, el procesado perdería el beneficio que le fue concedido y de contera el derecho a la libertad, con lo cual quedaría en absoluta desigualdad, frente a otras personas que tienen capacidad económica y que pueden acceder a los beneficios contemplados en la ley.
* Se debe revocar la decisión de la Juez de instancia, de ordenar el comiso del arma de fuego, pues si bien es cierto se realizó la incautación del artefacto sobre el cual el señor Toro Bedoya tenía permiso para porte, se advierte que no se dio cumplimiento a lo ordenado en los artículos 82 y 84 de la legislación procesal penal.
* No resulta de recibo, que la judicatura se abrogue la facultad de disponer el comiso del arma incautada, cuando nuestra Constitución Nacional en el Capítulo VII, establece el monopolio de las armas a cargo del Estado, indicando que las Fuerzas Militares son las encargadas de vigilar lo relacionado con la posesión de esos elementos, y por ello, esa es la autoridad competente para determinar si se inician o no las acciones disciplinarias o administrativas contra el particular a quien se le otorgó el permiso para portar armas de fuego.

4.2 DELEGADA FGN (No recurrente)

* Resultan extraños para el ente acusador, los motivos de la alzada, pues ninguno de ellos tiene respaldo legal y probatorio, por lo que se solicita la confirmación del fallo de primer nivel.
* Frente a la caución, ésta se observa muy baja para la situación económica del condenado, y por ello no es consistente lo indicado por la defensa, en el sentido de que su representado no tiene recursos, pues de los arraigos y su información laboral se estableció que se dedicaba al transporte en la empresa Covichoralda, con unos ingresos de $8.500.000.
* En cuanto al comiso del arma de fuego de propiedad del acusado, es la misma norma la que ordena ésta figura, pues aparece como instrumento utilizado en la comisión del ilícito por el que fue condenado y no se requiere mayor esfuerzo para llegar a la determinación a la que llegó la juez de instancia.

4.3 DELEGADO DEL MINISTERIO PUBLICO (No recurrente)

* La parte que pretenda la disminución o cambio de caución, necesariamente tiene la obligación de demostrar la imposibilidad económica del condenado para cumplir con su pago, aportando para ello, los medios de convicción con que cuente y/o solicitando la práctica de pruebas tendiente a la demostración de su insolvencia. Para este caso, la única vía para demostrar ese estado estaría en cabeza del condenado o de su defensor, con base en los elementos de prueba que obren en la actuación, o que se hubieran aportado en el traslado del artículo 447 del C.P.P., pues en el trámite de segunda instancia, no existe la posibilidad procesal de una práctica probatoria tendiente a tal demostración.
* Las meras afirmaciones de la defensa sobre una eventual situación de incapacidad económica por el hecho de la edad o por haber acudido a la defensa de pobres no son suficientes para la exoneración del pago de una obligación, pues le correspondía a la defensora indicar con que elementos de prueba funda su pedimento.
* Una petición como estas debe ser objeto de estudio por parte de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo con el libro IV título I del C.P.P., instancia ante la cual es posible aportar o solicitar la práctica de pruebas tendientes a la demostración de una posible incapacidad económica, del señor DTB .
* La recurrente incurre en violación del principio de no contradicción, cuando sostiene la legitimidad de su mandante para la posesión de un arma de fuego, pues cabe preguntarse si el señor Toro Bedoya carece de recursos económicos que le impiden sufragar una caución de $300.000, cómo puede justificar que quiera conservar legítimamente un arma de fuego con los costos que dicho trámite le podría generar.
* En lo que tiene que ver con el comiso del arma de fuego, la *a-quo* estaba plenamente facultada para adoptar una determinación de ese tenor, pues el artículo 100 del C.P. indica que los instrumentos utilizados para la ejecución de conductas punibles, que provengan de su ejecución y que tengan o no libre comercio, deben pasar al poder de la FGN, o de la entidad que ésta determine. De acuerdo con ello, el arma que fue utilizada para la comisión de la conducta dispuesta en el artículo 356 A del Código Penal, no es propiamente de libre comercio, pues el Decreto 2535 de 1993 de manera excepcional permite que los ciudadanos puedan tener armas de fuego; pero por tratarse de un arma de fuego en óptimas condiciones sería innecesario que se dispusiera su destrucción, pues lo que se aplicó fue el contenido del artículo 92 de ese Decreto, que señala el decomiso del arma en virtud de sentencia judicial o acto administrativo.
* Dentro de las autoridades competentes para ordenar el decomiso del arma de fuego, a la luz del artículo 88 del mencionado Decreto, están los jueces penales y en ese entendido, el comiso o decomiso del arma por vía judicial se encuentra reglado y no cabe la posibilidad de acudir a un trámite administrativo como lo sostiene la apelante, pues además, el derecho penal es de orden público y una decisión adoptada al amparo de la normatividad aplicable al caso, no puede estar supeditada al agotamiento del derecho administrativo sancionador.
* No tiene sentido que se depreque la entrega del instrumento del delito cuando quien lo pretende no puede legítimamente portarlo o tenerlo, pues el permiso que tuvo ha perdido su vigencia, de acuerdo con el literal F del artículo 40 y su parágrafo 2º que impone esa pérdida por condena al titular con pena privativa de la libertad, y la entrega del artefacto a la autoridad militar dentro de los 90 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, luego de lo cual se dispone el decomiso.
* Una decisión contraria a la ordenada en la sentencia de primera instancia habilitaría al condenado para seguir portando sin permiso legal un arma de fuego, generando con ello la comisión de otro delito que afecta la seguridad pública y por eso ese cargo tampoco puede prosperar.
* Solicita que la sentencia de primer nivel sea confirmada en su integridad.

5. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Se trata de Duván Toro Bedoya, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.084.660 expedida en Pereira, nació el 2 de julio de 1954, es hijo de Vitalina y Salomón, su nivel académico es bachiller, su estado civil es separado; es pensionado y labora como transportador.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Corporación tiene competencia para conocer de los recursos propuestos, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34-1 de la Ley 906 de 2004, que en principio versan sobre: i) la suspensión condicional de la ejecución de la pena condicionada al pago de una caución prendaria por valor de $300.000, oo y ii) la orden de comiso con respecto al arma de fuego incautada en las diligencias.

6.2 En principio es necesario referir que en el asunto bajo estudio, en el curso de la audiencia preparatoria, las partes dieron a conocer que habían suscrito un preacuerdo como mecanismo de terminación anticipada del proceso penal, al cual de acuerdo con el audio correspondiente, y al acta visible a folio 24 del cuaderno, se le impartió aprobación por parte de la Juez de conocimiento, luego de lo cual, se dio paso a lo contemplado en el artículo 447 del C.P.P., que a la letra ordena:

“…*Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el Juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al Fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable…”*

6.3 En la audiencia celebrada el 13 de marzo de 2017, que inició como preparatoria pero que luego se transformó en una de aprobación de preacuerdo, luego del anuncio que en tal sentido hizo el delegado de la Fiscalía; una vez la juez de instancia escuchó la intervención de las partes, y la presentación del preacuerdo, procedió a preguntarle al señor Duván Toro Bedoya ( en lo sucesivo DTB) sobre sus generales de ley, incluyendo una pregunta sobre su ocupación, frente a la cual, él respondió “…*para el día de los hechos era transportista* (sic), *hoy gracias a Dios pensionado…”[[4]](#footnote-4).* Con posterioridad, se verificó su voluntad en la suscripción del preacuerdo por parte del procesado; se impartió aprobación al mismo, y atendiendo al mandato legal arriba transcrito, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los aspectos allí contenidos, y la defensora se refirió a la dosificación punitiva, para lo cual pidió a la juez de conocimiento que impusiera la pena mínima posible, debido a la no concurrencia de circunstancias de mayor punibilidad. Sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consideró que su representado cumplía con los requisitos objetivos y subjetivos para obtener ese beneficio, por lo cual consideró que éste debía ser concedido. No hizo ninguna manifestación sobre las condiciones económicas o socio familiares del señor Toro Bedoya.

6.4 En ese sentido hay que manifestar que precisamente ese era el escenario procesal propicio para que la defensa presentara los medios de prueba para sustentar la imposibilidad económica de concurrir con el pago de una caución prendaria, que no adujo en ese momento, pero luego expuso al sustentar su recurso.

En torno al momento probatorio que tiene lugar en el traslado del artículo 447 del C.P.P., la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

“…*En este punto de la discusión, la Corte no podría avanzar en el análisis del reparo propuesto, sin dejar de denotar el innecesario desbordamiento en el ejercicio de la facultad de ordenación y dirección del proceso por parte de la juez de primera instancia al haberle negado a la defensa la posibilidad de acreditar los supuestos fácticos de la mencionada disposición, pues se observa que así procedió sin percatarse siquiera que cuando el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de individualización de pena y sentencia el juez concederá la palabra tanto al fiscal como la defensa <<para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable>>, quienes, <<si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado>>, no le niega la posibilidad a las partes para que puedan aducir los elementos probatorios o evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos.*

*Lo expuesto resulta aún más manifiesto, si se da en considerar que el ordenamiento procesal no prevé ningún otro escenario para discutir el tema, a punto tal que incluso faculta al juez para ampliar la información requerida para tomar las determinaciones inherentes a la delicada misión de impartir justicia en el caso concreto, en desarrollo de lo cual <<podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición>>.*

*Denota lo anterior, que ni la sentencia debe ser emitida inmediatamente a la culminación de la intervención de las partes con posterioridad al anuncio del sentido del fallo, ni a éstas les está vedado aportarle al juez aquellos elementos de conocimiento que le permitan adoptar una decisión, no solamente acorde al ordenamiento, sino a la realidad que cada caso ofrece, pues la administración de justicia no puede ser considerada como la realización de actos secuenciales y repetitivos, por ende alejados de la naturaleza de la función y la índole de sus destinatarios, sino que va dirigida precisamente a juzgar la conducta de seres humanos que, independientemente de la condición de culpabilidad o de inocencia en que se hallen, o la gravedad o levedad del comportamiento atribuido, merecen toda la consideración y respeto por parte de los dispensadores de justicia…”[[5]](#footnote-5)*

En igual sentido, en la CSJ SP 16558 del 2 de diciembre de 2015, se dijo lo siguiente:

*“…El tema atinente a las posibilidades probatorias de las partes e intervinientes en el decurso de la misma audiencia, fue ampliamente desarrollado en CSJ. SP, may. 16 de 2007, rad. 26716, por cuyos valiosos aportes e incidencia directa para resolver el punto objeto de debate, la Sala se permite reproducir in extenso en lo pertinente:*

*Pues bien, del texto que viene de transcribirse* (el del artículo 447, se aclara)*, es importante abordar tres temas acerca de la diligencia en cuestión, alusivos al momento de su realización, su objeto y la actividad probatoria que podría llegar a demandar.*

*En cuanto a la oportunidad procesal, la ley claramente diferencia dos momentos para el efecto. El primero, luego de que el juez ha anunciado el sentido del fallo condenatorio en el punto culminante del juicio oral, y, el segundo, una vez verifique el allanamiento o acepte el acuerdo celebrado con la Fiscalía, en los términos de los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.*

*En ambos casos se parte de la base de que en contra del sujeto pasivo de la acción penal se dictará sentencia condenatoria, bien porque fue vencido en el juicio oral, anuncio que hace el juez tras sopesar la prueba allegada en dicho acto y los argumentos de cierre de las partes e intervinientes, ora porque aceptó su responsabilidad en los hechos, materializada en el allanamiento o en un acuerdo que celebró con el ente instructor, aprobado por el juzgador luego de verificar, junto con la aceptación voluntaria, libre, espontánea y con cabal asesoría del defensor, que hay un mínimo de prueba a partir del cual inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327 Ib.), y que lo pactado discurre por caminos de legalidad.*

*De allí entonces que la prueba que se tabula en el juicio oral, apunta única y exclusivamente a determinar la responsabilidad o no del acusado en los sucesos por los cuales fue convocado al juicio, mientras que el fundamento probatorio que conlleva a avalar el allanamiento o acuerdo y emitir el subsiguiente fallo condenatorio, radica en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes aportados por la Fiscalía, sin que pueda denominárseles “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público -del cual se prescinde en estos casos-, con total respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.*

*Es por lo anterior que el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a la definición de la ya decantada responsabilidad, que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de adoptar su decisión de condena, los cuales tocan con la “probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado” (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las “condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”.*

*(…) Ahora bien, en la providencia citada, que es justamente la que trae a colación la delegada del Ministerio Público, se parte de la base de que es posible desplegar una actividad probatoria en sede de la diligencia para la individualización de la pena y sentencia; sin embargo, se aclara seguidamente, dicha actividad debe versar única y exclusivamente en torno a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Ello, desde luego, para que la Fiscalía y la defensa sustenten las pretensiones que a continuación formularán, en lo que respecta a la probable determinación de la pena y la concesión de subrogados.*

*Lo anterior es apenas obvio, habida cuenta de que hasta el momento solo se han recaudado elementos de juicio que, como se dijo antes, tocan en forma directa con la responsabilidad y más concretamente, lo que refiere a la estructura de la conducta punible en todas sus aristas. Es decir, se han recopilado y aportado suficientes medios de convicción para sustentar la condena del acusado, dentro de un específico marco de responsabilidad y acorde con una concreta adecuación típica, que no remite apenas al tipo básico sino, como se anotó atrás, a todos los factores consustanciales al mismo que tienen la virtualidad de modificar los extremos punitivos, pero en modo alguno para determinar cuál es la pena que debe aplicarse ni los beneficios sustitutivos a que puede acceder, en ambos eventos, claro está, atendiendo a los criterios que ha establecido el legislador para su definición.*

*(…) Sin embargo, debe recalcarse que la actividad probatoria que así se suscite, es absolutamente informal, por manera que si “prueba” es, como ya se dijo, sólo la que se practica e incorpora en el juicio oral, los informes a los cuales alude la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se sustentan a través de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, entrevistas o declaraciones que las partes pueden recolectar en su particular labor investigativa.*

*La incorporación de dichos medios de convicción en la diligencia de individualización de la pena y sentencia, está condicionada a los parámetros generales de legalidad, licitud, admisibilidad y pertinencia, los cuales valorará el juez con base en la alegación del solicitante, garantizando en todo momento el derecho de contradicción de la contraparte.*

*En todo caso, los elementos de juicio que se ofrecen en la actuación que se analiza, tienen como finalidad específica la demostración de un argumento. De allí entonces que su práctica e incorporación no está sujeta a las reglas determinadas por el legislador para el juicio oral, pues, se insiste, prima la informalidad y por ello es que el juez, de considerar que no es procedente allegar alguno de ellos, debe rechazarlo de plano.*

*Y ello no es un asunto exótico o que pueda tomarse violatorio de garantías fundamentales, como quiera que precisamente es este el tipo de práctica demostrativa que se adelanta en las audiencias preliminares -de ninguna forma sometida a los rigores técnicos de la prueba aportada en el juicio oral-, en las que, concretamente, la parte encargada de soportar la pretensión o controvertirla, allega los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que soportan su pretensión, sin que se haga necesario, como ocurre con algunos estrados judiciales, llamar a testigos para someterlos a los interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones propios, se repite, del debate público oral en el cual se determina la responsabilidad penal del acusado…”[[6]](#footnote-6)* (Subrayas propias)

6.4 Se puede concluir con facilidad que frente al tópico preciso de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena bajo caución juratoria y no prendaria que hoy se alega, no se dijo nada por parte de la recurrente en la citada audiencia, como tampoco introdujo elemento de prueba alguno que demostrara incapacidad económica por parte del señor DTB para pagar la caución prendaria, ya que lo único que se dijo en esa audiencia, fue cuando el acusado al ser preguntado sobre sus generales de ley, incluyendo una pregunta sobre su ocupación, respondió: *“…para el día de los hechos era transportista (sic), hoy gracias a Dios pensionado…”[[7]](#footnote-7).*

Significa lo anterior, que si bien es cierto la defensa en el traslado del artículo 447 del C.P.P., no presentó elemento probatorio alguno con el fin de probar los supuestos que permitieran considerar que el señor DTB no se encuentra en la posibilidad de cumplir con la garantía fijada por la juez de primer grado, también lo es que en la foliatura no está acreditada la capacidad económica del procesado. De tal manera, que esta Sala presume que la cuantía de la pensión que percibe el señor Toro Bedoya por haberse dedicado anteriormente al negocio del transporte corresponde a un salario mínimo mensual; en tal virtud, el monto de la caución de trescientos mil pesos ($300.000) a cambio de que se le conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, resulta desproporcionada. Por lo tanto, en lo que tiene que ver con este aspecto, la Sala confirmará parcialmente lo decidido por la juez de conocimiento en el sentido de reducir a la mitad el valor de la caución prendaria, quedando el monto a consignar en ciento cincuenta mil pesos ($150.000).

6.5 En lo concerniente al segundo tema objeto de recurso, esto es, el comiso del arma de fuego incautada, indica la recurrente, que se encuentra inconforme con dicha decisión, porque en el curso del proceso se omitió darle cumplimiento a lo normado en los artículos 82 y 84 del C.P.P., y además, porque el juzgado de instancia se abrogó competencias de la Fuerza Pública, en lo relativo al destino de la citada arma.

En ese sentido la recurrente plantea que se debió haber realizado una audiencia preliminar ante un juez con función de control de garantías, para que se legalizara la incautación del arma de fuego encontrada en poder del señor DUVÁN TORO BEDOYA.

6.5.1 Frente a este planteamiento, es preciso indicar que el contenido del artículo 84 del C.P.P.[[8]](#footnote-8) se deduce que esa actuación está relacionada con cinco eventos debidamente determinados así: cumplimiento de órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar en internet y otros asuntos similares, con lo cual se puede advertir, que en el asunto bajo estudio no se requería la mencionada audiencia de legalización de incautación.

6.5.2 Igualmente, resulta necesario mencionar que el artículo 100 del C.P.[[9]](#footnote-9) y el artículo 82 C.P.P.[[10]](#footnote-10), disponen que el comiso es una sanción que implica la pérdida del derecho de dominio, o de derechos afines, que el declarado penalmente responsable tenga o ejerza sobre ciertos bienes que hayan sido utilizados como instrumentos para la comisión de un delito, tal como esta Sala lo precisó en otra providencia de segunda instancia[[11]](#footnote-11) cuando concluyó que: “(…) *se torna necesario precisar que para la procedencia de la sanción del comiso es menester determinar tanto la clase de bienes que serían susceptibles de dicha pena como la naturaleza del reato en su ámbito subjetivo, ya que acorde con las normas antes citadas, el comiso siempre procederá sobre los bienes que no tenga libre comercio, mientras que en aquellos que sean de libre comercio, dicha pena se aplicará solamente en los eventos en los cuales se esté en presencia de un delito doloso, siempre y cuando que los instrumentos utilizados para la comisión del delito o que provengan de su ejecución sean de propiedad del declarado penalmente responsable.”* Al respecto, se debe traer igualmente a colación lo referido por la Corte Suprema de Justicia frente a la procedencia de la sanción del comiso en la Sentencia de 2ª instancia del 10 de agosto de 2016, SP11015-2016, radicado No. 47660, en la que señaló lo siguiente:

*“La lectura reposada de las normas transcritas revela lo siguiente:*

1. *El comiso es procedente en los siguientes eventos:*

*a. Sobre los instrumentos y efectos que no tengan libre comercio, con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, independientemente de su atribución a título de dolo o culpa.*

***b****. En los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.*

*En este caso, el comiso sólo es procedente respecto de los bienes y recursos del penalmente responsable, en el entendido que el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, desarrolla lo consignado en el artículo 100 del Código Penal, y este faculta la medida exclusivamente en lo que toca con “…bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución”*

*Bajo este criterio, es posible acudir al mecanismo en los casos en los que los bienes de propiedad del penalmente responsable: (i) provengan o sean producto directo o indirecto del delito; (ii) son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos; (iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; (iv) sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos.*

*(::::)*

*La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del C.P., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito.*

*2. Todas las hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe.*

*(…) En consecuencia, sobre dichos bienes procederán las medidas cautelares de embargo y secuestro, de conformidad con lo estatuido en el capítulo III, del Título II del C. de P. P., con el fin de garantizar el pago de los perjuicios ocasionados con la conducta punible…”.*

6.5.3 De lo anterior se colige, que como quiera que en este asunto específico la aprehensión del señor Duván Toro Bedoya se dio a raíz de la comisión de la conducta punible consagrada en el artículo 356 A del Código Penal, es decir, disparar un arma de fuego sin necesidad, lo que significa entonces que el sentenciado utilizó un bien no comercial para la ejecución de un delito doloso, por lo que el comiso del mismo era procedente.

Aunado a lo anterior, acierta el delegado del Ministerio Público en su intervención como no recurrente, cuando señala que es el mismo Decreto 2535 de 1993, el que le otorga competencia al Juez Penal para disponer el decomiso de armas, cuando éstos artefactos se encuentren vinculados a un proceso,[[12]](#footnote-12) de allí que no resulta ser cierto lo que dice la recurrente, en cuanto a que la juez de instancia se abrogó una competencia que no le correspondía. Por lo tanto, se confirmará la sentencia en cuanto a este asunto recurrido.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, el 25 de mayo de 2017, mediante la cual se declaró penalmente responsable al señor DUVÁN TORO BEDOYA, por la comisión del delito de disparo de arma de fuego, en cuanto fue motivo de opugnación.

SEGUNDO: ORDENAR que el valor de la caución prendaria que debe consignar el señor DUVÁN TORO BEDOYA para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena es de ciento cincuenta mil pesos ($150.000), conforme a lo considerado en el numeral 6.4 de este proveído.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

## CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folio 6 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 28 frente y vuelto [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 29-31 [↑](#footnote-ref-3)
4. H:00:14:25 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. SP11726 del 3 de septiembre de 2014. Radicación 33.409, M.P. José Leonidas Bustos Martínez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP 16558 del 2 de diciembre de 2015. Radicación 44840. M.P. José Luis Barceló Camacho. [↑](#footnote-ref-6)
7. H:00:14:25 [↑](#footnote-ref-7)
8. Dentro de las treinta y seis horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este Código, el Fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Artículo 100. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción. Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución “*. [↑](#footnote-ref-9)
10. *“El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.*

    *Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.*

    *Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.*

    *Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.*

    *PARÁGRAFO. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver sentencia del 23 de marzo de 2018, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, proceso: penal - confirma parcialmente, Radicación No.660016000035-2017-02938-00, procesado: Jaider Manzano [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 88 [↑](#footnote-ref-12)