

DESCRIPTOR: Preclusion de la investigacion

RESTRICTOR Valoracion individual y en conjunto de los elementos materiales probatorios



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 083

(Sesión del 12 de julio de 2017)

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
Asunto: Fiscal delegada y otros recurren decisión que negó preclusión de la investigación
Decisión: Rechaza apelación y confirma decisión
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 19 de julio de 2017

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó la delegada de la Fiscalía General de la Nación y otros contra la decisión del pasado 22 de junio, por la cual el Juez Veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la preclusión que postuló respecto de los indiciados Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres a quienes se les imputó el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2. HECHOS

A las 4:16 p.m. del 13 de marzo del corriente, fueron capturados María Eugenia Arenas, su hijo Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres, al frente del establecimiento de comercio denominado Ferretería Técnica, ubicado en la carrera 51 N° 44-98, zona céntrica de esta ciudad, pues la dama llevaba dentro

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

de su *brasier* un arma de fuego tipo revólver marca Colt Special y seis cartuchos, los cuales según informe pericial, artefacto y municiones, son aptos para los fines que fueron creados.

El anterior procedimiento tiene el siguiente antecedente.

Un patrullero adscrito a la SIJIN MEVAL, recibió información detallada de fuente humana según la cual en la zona bancaria de los bajos del viaducto del Tren Metropolitano, entre las estaciones Alpujarra y San Antonio, estaban rondando en dos motocicletas, marcas AKT y Honda, un par de sujetos acompañados de una mujer que portaba un arma de fuego, dispuestos a cometer hurtos en la modalidad conocida como "*Fleteo*".

En virtud de lo anterior, funcionarios de la Unidad Investigativa contra Atracos se trasladó al sitio referenciado donde tienen oficinas las entidades bancarias Bancolombia, Banco Popular, Caja Social y la Cooperativa financiera John F Kennedy.

Una vez ubicados en la zona, los miembros de la fuerza publican sondearon la calle con el objeto de identificar las motocicletas y sus ocupantes. Allí, observaron que la motocicleta Honda color rojo, placas FYZ 63C en la que se movilizaban dos personas, un hombre como conductor y una mujer como parrillera, inicia la marcha en sentido sur-norte. Inmediatamente, el conductor de la motocicleta AKT color blanca, placas DSW 08D, pone en marcha el vehículo para seguirlos.

Con el objeto de efectuar cacheo e identificar a los ocupantes de las motocicletas, los agentes de la fuerza pública emprenden la persecución. Empero, no tienen que ordenar la detención porque intempestivamente los conductores de las motos suspenden la marcha al frente de la Ferretería Técnica, donde finalmente los abordan y privan de la libertad.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las audiencias preliminares.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

El 15 de marzo de 2017, la Fiscalía General de la Nación imputó a Fravier Smith Arenas, Andrés Felipe Caro Torres y a María Eugenia Arenas, la comisión del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. En la misma diligencia solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad. El juez con funciones de control de garantías impuso a Fravier Smith Arenas y a su ascendiente medida de reclusión en establecimiento carcelario, en tanto que a Caro Torres le impuso detención domiciliaria.

3.2. Solicitud de preclusión.

El 20 de junio pasado, la delegada de la Fiscalía solicitó y justificó preclusión de la investigación en favor de Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres, pues considera que los cobija la causal cuarta del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. En relación con la señora Arenas, consideró que si incurrió en conducta punible por lo cual presentó escrito de acusación.

Respecto de los indiciados, adujo que no está de acuerdo con la formulación de imputación que con anterioridad llevó a cabo otro fiscal delegado quien comunicó a los ciudadanos el adelantamiento de la causa penal por la comisión del punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en calidad de coautores.

La legislación penal patria es clara en establecer un derecho penal de acto y no de autor. Está proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva. Las conductas punibles se cometen a título de dolo o culpa y el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es eminentemente doloso.

Ahora el artículo 29 no informa que es la autoría impropia, la coautoría y la autoría y nos explica cómo tiene que ser el dominio del hecho, el reparto de funciones.

Desde 1993 existe una jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que informa como se trasmite el dolo en el punible de porte de armas, esto es, tiene que haber de por medio otro delito y lo ha

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

reiterado en la sentencia con radicado 29979 del 27 de octubre de 2008 – Julio Enrique Socha Salamanca y 25726 del 21 febrero de 2007 -Marina Pulido de Barón, en las que explican que para que se presente el agravante en el porte de armas por medio motorizado tiene que mediar otro delito que haga más grave el porte.

Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín, en el radicado 2014 -00434, ante solicitud de preclusión negada por el Juez 26 penal del circuito, revocó la decisión pues aceptó los argumentos de la Fiscalía e hizo un análisis muy completo en lo que tiene que ver con el instituto de la coautoría y la posibilidad de ella en el porte de arma refiriéndose a la empresa criminal. Conocer no es saber. Saber no es querer y por lo tanto no se hace responsable o participe del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, quien solo acompaña a quien porta el arma de fuego.

Para la Fiscalía General de la Nación a pesar de los antecedentes de los procesados por el delito de “fleteo”, especialmente de Fravier Smith y su señora madre, hay que hacer una lectura diferente de los hechos. Una cosa son los antecedentes y otra cual es el sorprendimiento preciso que hace la policía. Los policías se anticiparon actuando en labor preventiva. Según el informe cuando la fuente humana informó que al parecer iban a cometer un fleteo con un arma de fuego, lo evitaron con el apoyo de otros policías, pero ningún atentado contra el patrimonio se pudo cometer. Lo único que se cometió fue un delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y por ello se acusó a la señora que lo portaba.

La sospecha de la eventual comisión de un delito no habilita la privación de la libertad a persona. Por ello sólo porte del arma de fuego responsabiliza a quien la lleva consigo porque no se ha dado comienzo en la ejecución de otro delito.

En la sentencia del Tribunal Superior de Medellín se dijo, que porta no solo quien lleva a su alcance el arma sino también todos los que participan en la empresa criminal común. En el caso, que se analiza en comportamiento de los indiciados es atípico porque no estaban realizando la conducta de llevar consigo. Por el contrario era la señora María Eugenia Arenas quien la portaba. Fue claro el policía al decir que se adelantaron en la captura de los ciudadanos.

3.3. Coadyuvancia de los defensores

De la petición de la Fiscalía se corrió traslado a la defensa. Al unísono los dos defensores contractuales prohiraron la postulación.

3.4. Decisión impugnada.

Al resolver el asunto, en audiencia del 22 de junio pasado el *a quo* negó la preclusión que postuló la Fiscal. Expuso que la figura jurídica de la coautoría impropia no ha desaparecido del ordenamiento jurídico patrio. De hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la utiliza con frecuencia.

Además, como el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es un delito de peligro, se ahonda en el campo de la culpabilidad. Por ello, no es posible resolver el caso en sede de audiencia de preclusión. Los elementos de la culpabilidad, conciencia, exigibilidad, conocimiento se resuelven en el juicio. Para el Despacho hay elementos de juicio suficientes para hablar de probabilidad de la comisión del injusto. Y si la Fiscalía General de la Nación tiene dudas al respecto puede seguir investigando.

Repárese bien, acotó el *a quo*, que la acusada por este punible, ciudadana María Eugenia Arenas, no puede hablar de desconocimiento del asunto pues ha estado enfrentada a la justicia y en la entrevista que rindió solo pretende liberar de responsabilidad penal a su hijo. Que entre otras cosas, también ha sido procesado y condenado, es decir, sabe que es enfrentar la administración de justicia. Y si bien como resaltó la Fiscal los antecedentes penales de una persona no pueden soportar una sentencia condenatoria, pues rige en el ordenamiento jurídico penal el principio rector de acto y no de autor, las sentencias sirven para mostrar el *modus operandi* de las organizaciones criminales. Los antecedentes por delitos de concierto para delinquir, hurto calificado agravado y porte ilegal de arma de fuego, son determinantes para establecer que el imputado y su progenitora eran conscientes de la ilicitud.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

En relación con Andrés Felipe Caro Torres, según la evidencia que aportó la Fiscalía se observa que a las 3 y 19 p.m. horas cruzó la calle 41 por la carrera 52 detrás de la motocicleta que conducía Fravier Smith, y luego es capturado a las 4 y 16 p.m. a cinco cuadras de este sitio, por lo que la relación entre él y Fravier Smith y su progenitora es evidente.

Además de la evidencia que compromete a los indiciados, la Fiscalía cuenta con el testimonio de los agentes de policía que participaron en la aprehensión de ellos que en el juicio pueden declarar el asunto. Es decir, elementos de convicción si existen.

Ahora, que no basta con conocer sino también con querer para poder endilgar la responsabilidad penal por este punible, se reitera que ello es un aspecto que se ventila en audiencia de juicio oral y no en diligencia de preclusión de la investigación.

Respecto de la negación de la preclusión el *a quo*, corrió traslado a la fiscal del caso y a los defensores. Tanto la una como los otros presentaron recurso de apelación.

3.5. Sustentación del recurso por la Fiscal.

La delegada argumenta que según lo hechos y la evidencia se dan los presupuestos de la causal 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal para precluir la investigación.

Según la entrevista que la Fiscalía tomó a los agentes de policía se tiene que: i) “*fue una fuente humana*”; ii) nunca se realizó tentadamente otro delito, que deba aunarse al porte ilegal de arma de fuego para que se pueda dar la coautoría de la empresa criminal, como lo precisó la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que resolvió un caso similar a este. De igual forma se trajo a colación (29979 2008 y la 257726 de 2007) jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual para que se dé la agravante en el porte ilegal de arma de fuego tiene que mediar una empresa criminal y de por medio otro delito.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

Desde el año 1993 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia aclaró que sólo se trasmite la responsabilidad penal en el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones si se prueba la existencia de una empresa criminal – art 29 del código penal-coautoría.

Para la Fiscalía queda claro que nunca se pudo establecer en qué entidad bancaria se presentaría el hurto. Los actos preparatorios de un delito no tienen relevancia penal. Por ello el dolo de portar, de la señora a quien se le acusó por este delito no se trasmite a los otros dos capturados.

En nada importa que los imputados conocieran que la ciudadana portara un arma de fuego pues sin la ejecución o materialización de otro delito no es posible atribuir responsabilidad penal por este hecho.

Aunque la Fiscalía tenga fundadamente la convicción de que los justiciables se dedican al hurto en la modalidad conocida como *fleteo*, no puede adelantar una causa penal contra ellos en tanto no hay nada que indique que el día de la aprehensión intentaron lesionar el patrimonio de usuarios del sistema financiero de la ciudad.

3.6. Recurso defensor de Andrés Felipe Caro Torres.

Destacó que su mandante nunca tuvo contacto con el arma de fuego y como lo destacó la señora fiscal no se concurren los presupuestos de la coautoría.

Además de lo anterior, Caro Torres no conocía a los otros capturados y no se trata de una empresa criminal.

3.7. Recurso defensor de Fravier Smith Arenas.

Para el efecto del abogado resaltó. La Fiscalía General de la Nación fue clara al decir que este no es un problema de culpabilidad sino por atipicidad del hecho investigado.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

En una providencia de la Sala que preside al magistrado Saray Botero del Tribunal Superior de Medellín, de marca muy bien la diferencia entre coautoría propia y coautoría impropia. En la primera varios sujetos cometen una conducta típica pero aisladamente el aporte de cada uno no constituye delito.

En el sub examine, el *a quo* resaltó que la ciudadana María Eugenia Arenas y su hijo Fravier Smith Arenas no son ajenos a los procesos penales, por ello no es creíble que el varón desconociera que la madre portaba el arma. Pero eso es una especulación del juez, pues estamos frente a un derecho penal de acto y no de autor.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley¹ 906 de 2004.

2. Problemas jurídicos.

La Sala de Decisión determinará: *i)* la legitimidad de la defensa para recurrir la decisión; y, *ii)* si concurren los presupuestos fácticos, legales y jurisprudenciales para decretar la preclusión de la investigación respecto de la noticia criminal por el punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones que involucra a Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres.

3. Valoración y respuesta al problema jurídico.

3.1. La legitimación de los recurrentes.

Previamente a la resolución de fondo del asunto, es importante aclarar que los defensores contractuales de los imputados aunque tienen interés en el resultado final de la causa, no están legitimados para presentar la alzada, pues

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

ellos no son titulares de la postulación de la preclusión, razón por la cual lo que procede es el rechazo de la impugnación, como efectivamente se hará en la parte resolutive de esta providencia

En decisión del 3 de febrero del año inmediatamente anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver una petición de preclusión de indagación, aclaró: precisó:

*“(…) Debe advertirse, en primer lugar, que la defensora carecía de legitimidad para interponer recursos contra el auto que denegó la preclusión solicitada por la Fiscalía, más aún cuando ello tuvo lugar en la fase de indagación. En efecto, **sólo la parte a la que se le rechaza o deniega una pretensión, es la que sufre un agravio en el proceso que la legitima para reclamar su enmienda por la vía de los medios de impugnación**, tal regla es más perentoria en el contexto de sistemas acusatorios como el colombiano, en los que el ruego de las partes no solo es el que activa la jurisdicción sino que delimita el objeto de su intervención. Además, si antes del juzgamiento la defensa no tiene capacidad procesal para postular una preclusión, conforme se desprende del artículo 331 procesal, por sustracción de materia, menos la tendrá para recurrir. En consecuencia, la apelación propuesta por el titular de la defensa técnica se rechazará².*

3.2. Los presupuestos fácticos, legales y jurisprudenciales para decretar la preclusión de la investigación.

De la evidencia y de los elementos materiales probatorios que obran en la carpeta, se pueden inferir los siguientes hechos:

La existencia de una relación o vínculo entre Fravier Smith Arenas, su progenitora, la señora María Eugenia Arenas, quienes se desplazaban en la motocicleta Marca Honda color roja de placas FYZ 63C y Andrés Felipe Caro Torres quien a su vez conducía la moto AKT color blanca de placas DSW 08D, por lo que la manifestación en las entrevistas en el sentido de que no se conocían son absolutamente falsas.

Según el Informe Ejecutivo –FPJ-3- suscrito por el patrullero Hernando Riascos Araujo y la entrevista que luego rindió a la fiscal del caso. Cuando los indiciados deambulaban el sector conocido como La Bayadera, observó que la motocicleta que conducía Fravier Smith inició la marcha hacia la calle denominada Los Huesos para tomar la carrera Bolívar, en el acto, Andrés Felipe hizo lo mismo.

² Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández. AP449-2016 Radicación 47138.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

Luego, cuando los sujetos transitaban por la carrera 51 Bolívar, se detienen al frente a una panadería, lugar al que ingresó María Eugenia Arenas, pasajera de la moto que conducía su hijo Fravier.

Después de esa parada, tanto Fravier como Andrés Felipe, ponen en movimiento los vehículos en dirección sur-norte para cruzar la calle San Juan.

Una vez cruzaron la calle San Juan, simultáneamente y segundos antes de que fueran abordados por los miembros de la fuerza pública, Fravier Smith detiene su rodante y lo propio hace Andrés Felipe al frente de la Ferretería Técnica.

Según registro fotográfico³, a las 3:19 p.m. del 14 de marzo del corriente, Fravier Smith y su acompañante, lo mismo que Andrés Felipe circularon por el cruce de la carrera 52 con la calle 41.

Ahora, si la aprehensión de los indiciados se presentó a las 4:16 horas de ese 14 de marzo, esto es casi una hora después de que las dos motocicletas pasaran por el cruce de la calle 41 con carrera 52, y que entre este lugar y el sitio de la aprehensión, carrera 51 al frente del número 44-98, existe espacialmente una diferencia de varias cuadras, y mucha más distancia respecto del sitio conocido como La Bayadera, donde el patrullero de La Policía los observó por primera vez, es evidente que los tres capturados se conocían y la presencia en cada uno de los lugares donde fueron advertidos por la autoridad policial es el resultado de un proceder común y preacordado.

La tesis de la asociación de los capturados se verifica con la entrevista que rindió el ciudadano Rey Arnulfo Zapata Vasco, conductor de vehículo de servicio público individual de transporte, quien informó a las 11:45 a.m. aproximadamente de ese 14 de marzo, cuando circulaba por la avenida El Poblado, sector de Castropol, fue abordado por tres personas que se movilizaban en dos motocicletas que intentaron robarle a la pasajera. A uno de ellos, el que lo abordó por el lado izquierdo, le tiró el carro y por ello en el taxi quedó vestigio de ese golpe en este costado, y la motocicleta quedó con golpe en el lado derecho. De estos dos hechos, hay evidencia fotográfica.

³ Cámara 799 – Plataforma 123

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

De igual forma, el denunciante fue certero y claro al describir tanto a las personas que lo abordaron como a las dos motocicletas en que se desplazaban. De los primeros dijo que se trataba de dos varones y una señora con color de cabello “*mono o rojizo*”. De los vehículos dijo que se trataba de una motocicleta color banca la una y roja la otra.

Pero si lo anterior no fuese suficiente, en el momento mismo en que suministraba la entrevista, esto es a las 5:20 p.m. cuando funcionarios de la SIJIN ingresaron a la edificación con personas privadas de la libertad y vehículos incautados en esa fecha, observó y reconoció las dos motocicletas utilizadas en la mañana en el intento del hurto y al sujeto que lo amenazó con el arma de fuego.

De los anteriores hechos, en virtud de los cuales se afirma categóricamente que María Eugenia Arenas, su hijo Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres se conocían, también se puede inferir que la aprehensión conjunta de ellos no fue un hecho casual, sino que esa comunidad obedeció a la decisión libre de permanecer cerca el uno de los otros durante un período que se prolongó durante varias horas y en diferentes lugares de la ciudad.

En la mañana estuvieron en el barrio el Poblado. En horas de la tarde en los sectores de La Bayadera; Los Huesos; Estación Alpujarra del Metro; y en la carrera 51 al frente del número 44-98 donde finalmente fueron aprehendidos.

En esos lugares siempre se movilizaban en dos motocicletas. Fravier Smith Arenas y su progenitora en la moto marca Honda color roja; y Andrés Felipe Caro Torres en la moto AKT color blanco. De igual forma la evidencia y los informes de la policía indican que durante ese tiempo y en esas zonas los procesados portaban un arma de fuego tipo revólver.

En este orden de ideas y de conformidad con los mismos antecedentes jurisprudenciales que citó la recurrente, es evidente el compromiso penal de los imputados en el asunto⁴. Repárese que este no es el caso simple de tres

⁴ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Radicado 34703 del 14 de diciembre de 2011. M.P. Augusto de J Ibañez. “*No se puede dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio*”

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

individuos que unidos por lazos de amistad o afinidad circulan desprevenidamente por la ciudad y son aprehendidos porque uno de ellos porta sin la autorización debida un arma de fuego, y que se soluciona judicializando únicamente al agente que la lleva consigo.

En el *sub examine* la lesión al bien jurídico de la seguridad pública es un hecho que compromete no sólo a la ciudadana María Eugenia Arenas quien portaba el arma, sino también a los dos sujetos que la acompañaban el día de la aprehensión, pues estos también tenían pleno dominio del hecho.

No de otra manera puede entenderse que Fravier Smith Arenas decidiera transportar a su consanguínea de un lugar a otro en la motocicleta que conducía y que Andrés Felipe Caro Torres resolviera seguirlos a cada uno de los lugares que aquellos visitaban.

La prolongación en el tiempo y en el espacio de una conducta reprochable permite la censura en los términos del inciso segundo del artículo 29 del Código Penal⁵, sin que sea necesario como lo valora la fiscal, la incursión en otro delito diferente al de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones para atribuir la responsabilidad a todos los capturados. Esta circunstancia, la comisión de una conducta punible diferente, solo representa la facilidad en la judicialización en tanto hace evidente el dolo en la comisión de ambos injustos:

funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la Ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido”

⁵“(…) Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

Pero si lo anterior fuera poco, esto es la lesión al bien jurídico de la seguridad pública con ocasión al delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por los tres imputados, el bien jurídico tutelado también fue lesionado en virtud del punible de concierto para delinquir.

En efecto, el uso de dos motocicletas y el porte del arma de fuego cargada con seis cartuchos durante varias horas y en diversos puntos de la ciudad, no fue un fin en sí mismo, sino que ese comportamiento estaba marcado en la ejecución de otros delitos. No tiene sentido ni explicación que tres personas asuman un riesgo tan elevado y que no representa utilidad o beneficio, deambular por la ciudad con un arma de fuego. Amén de que aún en el mundo de la ilegalidad es difícil conseguir un artefacto de esta naturaleza.

Los indiciados se concertaron para cometer ilícitos contra el patrimonio económico equipados con arma de fuego y dos medios motorizados que ciertamente facilita su comisión.

La declaración que ofreció el taxista y el dicho mismo del miembro de la Policía Nacional que participó en la aprehensión son determinantes para inferir el acto de concertación para la comisión de delitos.

Ahora, que por temor a represalias el ciudadano no quisiera colaborar en la investigación, no significa como lo valora la recurrente que no pudo llevarse a cabo la investigación y mucho menos que el hecho que denunció no existió. Tampoco significa que se pudieran segregar el intento de hurto que en la mañana ejecutaron los indiciados del que hay suficiente evidencia respecto de la aprehensión en horas de la tarde.

Sumado a lo anterior, es importante destacar que si bien los antecedentes penales no son prueba de la comisión de un punible, por el principio del derecho penal de acto, ellos sí son determinantes a la hora de encausar una investigación y obtener elementos materiales probatorios antes de solicitar la preclusión de una indagación.

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

En el *sub examine* no se entiende cómo la Fiscal omitió que dos de los indiciados tienen antecedentes por el punible de hurto en la modalidad conocida como “*Fleteo*”; que el policía que participó en la aprehensión resaltó que los reconoce como delincuentes que se dedican a esta clase de conductas punibles y que ese día un ciudadano fue víctima de un intento de hurto igualmente en la modalidad conocida como “*Fleteo*”.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RECHAZA** el recurso de apelación que presentaron los abogados de los imputados y, **CONFIRMA** la decisión del pasado 22 de junio, por la cual el Juez Veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la preclusión que postuló la delegada de la Fiscalía General de la Nación respecto de los indiciados Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres a quienes se les imputó el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

Por la Secretaría de la Sala de Decisión Penal del Tribunal, se remitirá la carpeta a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

Radicado: 05-001-60-00000-2017-00398
Indiciados: Fravier Smith Arenas y Andrés Felipe Caro Torres
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado