

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, viernes, veintidós de octubre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0100 del siete de octubre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la señora defensora, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 13 de enero de 2021 por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante el cual condenó al señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ a la pena principal preacordada de sesenta y siete (67) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, por hallarlo responsable, en calidad de autor, del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES en concurso heterogéneo con FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS (artículos 365 y 366 del código penal).

1. ANTECEDENTES

Como se dijo en anterior oportunidad, los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"El día 25 de junio del año en curso (2020) cuando autoridades de policía se encontraban desarrollando tareas de vigilancia preventiva en compañía del Ejército Nacional BAPOM4 hacia las 23:05 horas, de una fuente humana recibieron información de un grupo de personas reunidas, una de ellas armada, individualizándola con camiseta de color rojo, jean azul, tenis blancos, de tez trigueña, que estaba en la parte externa en proximidades a su residencia y que estaba enseñando o exhibiendo un arma de fuego. Al arribo a dicho sitio, observaron la persona con las características descritas, quien al advertir la presencia de la fuerza pública intentó huir e ingresar a su vivienda, siendo alcanzado e interceptado por las autoridades y al hacerle una requisita le hallaron en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo revólver marca LLAMA SCORPIO calibre 38 SPL, cañón corto, cacha ortopédica, color negro, y en el bolsillo del pantalón lado delantero se le hallaron 9 cartuchos calibre 38 para el mismo, persona que fue identificada como FRANCISCO JAVIER DIAZ HERNÁNDEZ. Ante el sorprendimiento en forma espontánea, el mencionado hizo entrega de otra arma de fuego que tenía al interior de su residencia en una bolsa negra, tratándose de una pistola maca CZ 110, Calibre 9mm LUGER con número de serie A0869 con 8 cartuchos 9mm para la misma de diferentes marcas, un proveedor con capacidad para 22 cartuchos y un supresor de sonido o silenciador. Ante la carencia de permiso para el porte y conservación de estos elementos, como la situación de flagrancia, procedieron las autoridades de policía a restringir su libertad.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

Realizado por el perito balístico el estudio a las armas ya descritas, como a la munición incautada, supresor de sonido, se estableció que la misma es idónea para los fines creados, es decir, apta para producir disparos y el silenciador es compatible para el arma de fuego tipo pistola.”

En diligencias preliminares realizadas entre el 26 de agosto y el 27 de junio de 2020, el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ fue presentado ante la Juez Diecisiete Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, funcionaria que verificó la legalidad del procedimiento de captura y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS en concurso heterogéneo con FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES (artículos 366 y 365 del código penal), cargo que no fue aceptado por el imputado.

El 28 de agosto siguiente la Fiscal 19 Especializada de Medellín presentó escrito de acusación y la formulación oral se instaló el 27 de octubre pasado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, oportunidad en la cual las partes manifestaron que habían llegado a un preacuerdo, sin embargo, dicha convención no fue avalada por la a quo bajo el argumento de que no existía un mínimo de prueba que permita establecer la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del señor DÍAZ HERNÁNDEZ en el delito atribuido por la Fiscalía, y ante la

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

impugnación de dicho proveído, esta Sala de decisión mayoritaria¹ se abstuvo de conocer el recurso vertical por cuanto la defensa se retractó del pacto al haber manifestado su conformidad con lo decidido por la juez de primera instancia.

En audiencia que tuvo lugar el 24 de marzo de 2021, la delegada de la Fiscalía anunció que había celebrado una nueva negociación con el procesado según la cual el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ acepta su responsabilidad penal, a título de autor, en las conductas punibles descritas en los artículos 366 y 365 del código penal, esto es, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a cambio de obtener como única contraprestación la variación de la participación de autor a cómplice, tasándose la pena total en sesenta y siete (67) meses de prisión.

La anterior convención fue aprobada por la falladora emitiendo el sentido de fallo de carácter condenatorio, previa verificación de que el implicado obró de manera libre, consciente, voluntaria y plenamente asesorado por su defensora, corriéndose a continuación el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Finalmente, el 06 de abril de 2021 se dio lectura al fallo que es motivo de apelación.

¹ Proveído con salvamento de voto del Magistrado JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En punto de la controversia, la sentenciadora de primera instancia le negó la concesión de la prisión domiciliaria al señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ argumentando que si bien el delito de fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos no se encuentra incluido en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, la sentencia que se impuso fue por una conducta punible con una pena mínima prevista en la ley de once (11) años de prisión, cifra que supera el tope exigido en la norma (ocho años según el numeral 1° del artículo 38B ibídem) para otorgar el subrogado analizado.

Además, sostuvo la juzgadora que si bien la defensa demostró que el procesado tiene arraigo familiar, esposa y 2 hijos pequeños, es el sustento de su hogar, ha sido una buena persona y no tiene antecedentes penales, el estar expresamente prohibida la prisión domiciliaria en este tipo de casos en razón al quantum de la pena le impide al despacho conceptuar de forma diferente por lo que no le puede conceder el subrogado, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal Superior de Distrito y de la Corte Suprema de Justicia ya ha avanzado sobre la tesis de que los preacuerdos son una ficción y la calidad de cómplice se otorga solo para efectos de rebaja de pena pero su intervención sigue siendo como autor.

Finalmente, indicó la a quo que, en gracia de discusión y de cumplirse los requisitos para el acceso a la suspensión

condicional de la ejecución de la pena o a la prisión domiciliaria, no se puede perder de vista la gravedad y lesividad que reviste la conducta punible por la que se emite el juicio de reproche, pues el actuar del acusado efectivamente puso en riesgo el bien jurídico de la seguridad pública, denotándose un comportamiento impropio que requiere de tratamiento penitenciario en pro de su resocialización, lo que justifica la sanción penal privativa de la libertad en establecimiento carcelario con el fin de evitar que el señor DÍAZ HERNÁNDEZ continúe incurriendo en comportamientos delictivos.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La señora defensora, luego de hacer un breve recuento procesal, exterioriza su inconformidad sosteniendo que se desnaturaliza el preacuerdo cuando la negativa de la prisión domiciliaria se fundamenta en el quantum de la pena para el autor de los delitos contenidos en los artículos 365 y 366 del código penal y no en el fijado para la figura de la complicidad, forma de participación que fue la ofrecida por la delegada de la Fiscalía en la negociación.

Continúa la censora manifestando que pese a que su prohijado tuvo que aceptar cargos dentro de un proceso que está viciado de nulidad, pues le dio a conocer a la Fiscalía una serie de anomalías frente a las cuales la funcionaria hizo caso omiso, ahora el señor DÍAZ HERNÁNDEZ debe seguir siendo castigado al negarle la prisión domiciliaria bajo un argumento que contraría el planteamiento jurisprudencial plasmado en la sentencia N° 46684

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

del 23 de noviembre de 2016, pasando a hacer una extensa cita textual de dicha providencia.

Agrega que en cuanto al ámbito jurídico de las penas para beneficios en preacuerdos, en los casos en que el subrogado no está prohibido por la ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, y éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso, y los primeros dependen del marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y es esa sanción impuesta y no otros los que determinan si hay lugar a conceder o negar el sustituto penal.

Basada en lo anterior, la recurrente informa que se aparta del criterio de la falladora porque en su opinión el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ cumple con todas las exigencias consagradas en el artículo 38B del código penal, además de que la jurisprudencia ya citada y la sentencia SP2168 de 2016 - radicación N° 45736- respaldan la satisfacción del requisito de que trata el numeral primero del articulado en mención, razones por las cuales deprecia que (i) se conceda la prisión domiciliaria a su poderdante de conformidad con el artículo 38 B ibídem; (ii) se tenga en cuenta que el procesado es padre cabeza de familia; y (iii) la caución no se contemple de manera pecuniaria por cuanto el condenado carece de los medios económicos para solventar dicho pago.

Por su parte, **la delegada de la Fiscalía**, como no recurrente, expresa que si bien el problema jurídico planteado por

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

la defensa gira en torno a la negativa de la prisión domiciliaria, no puede pasar por alto pronunciarse sobre las manifestaciones hechas en relación con la presunta indiferencia y falta de objetividad en el desempeño de su labor en este caso, razón por la cual, luego de hacer un recuento de los hechos jurídicamente relevantes y de la actuación procesal desarrollada, anotó que esas aseveraciones lo único que hacen es entorpecer el proceso, generar malos entendidos, desacreditar la labor constitucional de la Fiscalía y desnaturalizar la esencia del sistema acusatorio.

Así pues, indica que resulta absurdo que la defensa traiga a colación argumentos innecesarios, farragosos y tozudos en los que da a entender que realizó el preacuerdo por no contar con elementos suficientes, tratando plantear una nulidad por un vicio del consentimiento, o en su defecto una retractación, cuando sencillamente pudo haber elegido irse a juicio por la vía ordinaria en vez de delegar sus responsabilidades significando que el ente acusador obró con indiferencia, expresiones que a todas luces devienen temerarias y menoscaban el postulado de la buena fe que rige para todas las actuaciones judiciales.

Ahora, sobre lo que es motivo de apelación, sustenta la funcionaria que el preacuerdo consistió en aplicar como ficción legal las consecuencias punitivas de la pena establecida para la complicidad, es decir, que el procesado FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ sigue siendo autor del delito y como parte del preacuerdo y único beneficio se le aplicaron las consecuencias punitivas para el cómplice, lo que no significa la degradación de su participación como lo esbozó la defensa.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

Razona que el artículo 230 de la constitución política reglamenta que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, lo que significa que por ley el primer requisito para la concesión de la prisión domiciliaria es que la pena "prevista" en la norma sea de ocho (8) años, destacando que para el porte de arma de uso privativo la sanción parte de 11 años y para el de defensa personal el quantum mínimo es 9 años de prisión.

Y sobre el criterio jurisprudencial que rige el tema objeto de estudio, menciona que aunque la Corte Suprema de Justicia no tenía una posición unánime, la tendencia últimamente es la asumida por la a quo, para lo cual realizó un recuento de las diferentes decisiones proferidas a lo largo del tiempo sobre los efectos de los preacuerdos.

Finalmente, menciona que no se acreditó la calidad de padre de cabeza del sentenciado, ello porque si bien tiene dos hijos menores de edad y familiares con lazos de consanguinidad o afinidad dependientes, no se logró desvirtuar la presunción de existencia de familia extensa que pueda hacerse responsable de los cuidados requeridos por aquellos, además, el hecho de que su compañera permanente se encuentre desempleada no se erige en derecho ipso facto para la concesión del sustituto ya que es preciso probar la deficiencia sustancial de los demás miembros para apoyarle por extensión en la crianza de sus hijos.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia sólo examinaremos el único punto del disenso referido la negativa de concederle al acusado la prisión domiciliaria.

El disenso planteado por la señora defensora está basado en que a su prohijado se le fijó la pena de sesenta y siete (67) meses de prisión como cómplice de los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, quantum bajo el cual deviene procedente la concesión de la prisión domiciliaria sin que pueda decirse que la degradación de la forma de participación sea únicamente para cumplir con la finalidad acordada en relación con la disminución punitiva, pues en el preacuerdo celebrado entre las partes quedó claramente establecida la figura de la complicidad que modifica los extremos punitivos, razón por la cual considera que se vulneran las garantías del procesado por cuanto se hace una interpretación errónea de los términos del convenio.

Al respecto, lo primero que debe decirse es que esta Sala de Decisión Penal, en su mayoría, consideró hasta hace algún

tiempo que sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 38B del código penal, debía entenderse por conducta punible aquella ya individualizada y concretada al caso específico, es decir, con las circunstancias modales, temporales y espaciales que la califican o privilegian, independiente de que la circunstancia atemperante hubiese sido reconocida con base en un preacuerdo realizado por las partes.

Sin embargo, para este momento, la Corte Suprema de Justicia ha fijado una sólida línea en punto de definir que cuando la modificación de la conducta punible (referida a la aplicación de normas no concordantes con el caso específico) se presenta con la única intención de otorgar una rebaja punitiva como contraprestación por la negociación, de ninguna manera se puede entender que la situación fáctica y jurídica inicialmente atribuida se haya variado, y por tanto es sobre esa imputación original que se siguen rigiendo las demás repercusiones procesales y legales, tesis con base en la cual se recogió la postura inicial y esta Sala de Decisión mayoritaria está adoptando este último juicio de razonamiento y en ese sentido pasará a pronunciarse.

Y es que frente a lo inmediatamente aludido tenemos que recientemente, en la sentencia SP2073-2020, con radicación N° 52227 del 24 de junio de 2020, la Alta Corporación se expresó en los siguientes términos:

"6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666

(0114-21)

acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”(Subrayas fuera del texto original).

Entonces, en el caso sometido a estudio se verificarán los términos del preacuerdo celebrado entre las partes a efectos de determinar si en este evento se cumplen las exigencias contenidas en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000 para acceder a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, presupuestos que se recuerda son los siguientes: *I) Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; II) Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; III) Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo; y IV) Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mismo.*

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

Para iniciar tenemos que en la audiencia llevada a cabo el 24 de marzo de 2021 ante la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín, la delegada de la Fiscalía expresó los términos de la negociación a la que había llegado con el procesado indicando que *"el señor FRANCISO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ, quien fuera capturado el 25 de junio del año pasado, aceptaría o acepta o se declara penalmente responsable de las conductas de las conductas que fueron objeto de imputación y por las cuales se presentó la acusación, esto es, del delito de porte de arma e fuego de uso privativo de las fuerzas armadas descrito en el artículo 366 y el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones del artículo 365, por ambas conductas él se declararía penalmente responsable a cambio de obtener una pena total y definitiva de 67 meses de prisión. Ello y como parte entonces de la negociación en primer lugar se otorga o se aplican las consecuencias punitivas de la pena de cómplice establecida para cada una de las conductas individualmente consideradas... Se le está otorgando un único beneficio que sería aplicar las consecuencias punitivas previstas para la complicidad y ello como ficción legal y como parte del preacuerdo, él sigue siendo autor y en ello claro estamos, solo que el beneficio que se otorga como parte del preacuerdo es aplicar esas consecuencias punitivas de la pena de cómplice"². (Subrayas propias de la Sala).*

Adicionalmente, en la misma diligencia y luego de la intervención del representante de la Fiscalía, la a quo le preguntó a la defensora si esos eran los términos preacordados, quien respondió que *"si doctora, tal y como lo mencionó la Fiscal, la doctora Gloria Rúa, esos fueron los términos del preacuerdo que se celebrara con el señor FRANCISO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ"*³.

² Audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 24 de marzo de 2021 en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín. Minuto 03:10 a 05:32.

³ Ibídem. Minuto 08:53 a 09:03.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

De conformidad con lo anterior, de manera clara se extrae que la aplicación del inciso tercero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 en este evento se dio con el propósito exclusivo de conceder una rebaja punitiva del 50% al señor DÍAZ HERNÁNDEZ por su aceptación de cargos a través del preacuerdo, razón por la cual para las demás consecuencias jurídicas, incluido el análisis de la concesión de subrogados o beneficios penales, deben seguirse las normas aplicables a la hipótesis factual atribuida, esto es, la ejecución de la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES en concurso heterogéneo con FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS en calidad de autor, punibles que traen aparejadas unas penas de prisión de 9 a 12 y de 11 a 15 años, respectivamente, (artículos 365 y 366 del código penal), conclusión que se encuentra soportada en el desarrollo jurisprudencial aducido al inicio del abordaje de este problema jurídico y del cual se hará una breve relación:

"Finalmente, debe anotarse que, como atrás quedó dicho, la procesada aceptó su responsabilidad por los delitos que le fueron imputados bajo la forma de intervención relativa a la coautoría, lo que comporta consecuencias jurídicas diferentes a aceptar responsabilidad en calidad de cómplice. Entre ellas, que para este caso la pena mínima para aquellos delitos, como requisito para la concesión de la prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), es la prevista en la forma de participación criminal por la que se admitió la responsabilidad, esto es, coautora."⁴
(Subrayas fuera del texto original)

⁴ Corte Suprema de Justicia. AP5285-2018, radicación N° 49671 del 05 de diciembre de 2018.

"También resulta improcedente la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B, toda vez que, como fue expuesto en las instancias, la pena para el delito de homicidio simple, objeto de aceptación, supera en su mínimo 8 años de prisión, lo que descarta la procedencia del citado sustituto en atención al factor objetivo, siendo necesario señalar que la circunstancia de exceso en la legítima defensa fue reconocida para efectos estrictamente punitivos"⁵ (Subrayas fuera del texto original)

Como quedó claro con la jurisprudencia transcrita en precedencia, y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado, en este evento no se satisface el numeral 1º del artículo 38B del código penal, pues los delitos por los cuales fue condenado el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ tienen una pena mínima de 9 y 11 años -artículos 365 y 366 ibídem-, mismas que claramente superan la cifra de 8 años establecida legalmente para acceder a la prisión domiciliaria.

Así las cosas, no es cierto que el condenado satisfaga todos los presupuestos contenidos en el artículo 38B del código penal, como erradamente lo sostuvo la censora, pues, se insiste, los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, por los que fue condenado de manera consensuada y anticipada el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ, tienen una pena mínima de 9 y 11 años, respectivamente, incumpléndose así con el primer requisito de la

⁵ En similar sentido ver CSJ SP486-2018, Feb. 28 de 2018, Rad. 50000 y CSJ AP4889-2018, Nov. 14 de 2018, Rad. 53987, postura expresamente reiterada en CSJ AP5285-18, Dic. 5 de 2018, rad. 49671.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

norma aludida, razón por la cual esta Corporación ratificará la sentencia impugnada sobre este aspecto.

Finalmente, sobre la condición de padre cabeza de familia del sentenciado se aclara que la defensa no solicitó el sustituto penal bajo dicha calidad, pues luego de su intervención en la audiencia regulada en el artículo 447 del código de procedimiento penal la falladora le consultó si la petición de prisión domiciliaria estaba fundamentada solo el artículo 38B del código penal o si adicionalmente también invocaba la Ley 750 de 2002 para dicho reconocimiento, contestando la togada que la mención que hizo de los hijos del señor DÍAZ HERNÁNDEZ *"es un complemento y traigo a colación que es padre cabeza de familia pero es un complemento al 38B, con los requisitos que hay en el 38B"*⁶, razón por la cual esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre la acreditación o no de la calidad de padre cabeza de hogar del procesado al no haber sido este un tema propuesto y debatido en la primera instancia.

Por otra parte, y aunque no es motivo de apelación, esta Corporación abordara de manera oficiosa el tema expuesto en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia en mención, esto es, la orden del comiso definitivo de los elementos bélicos objeto de juzgamiento a favor del departamento de control de armas del Comando General de las Fuerzas Militares, pues en la actualidad se encuentra vigente una regulación diferente en torno al destino del armamento incautado.

⁶ Audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 24 de marzo de 2021 en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín. Minuto 27:36 a 27:51.

Y es que si bien, tal y como lo adujo la juzgadora de primera instancia, el artículo 82 del código de procedimiento penal estipula que *"los bienes del penalmente responsable que, i) provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o hayan sido ii) utilizados o destinados a ser empleados en los delitos dolosos, como medio o instrumento para la ejecución del mismo, pasan a poder de la Fiscalía General de la Nación, Fondo Especial para la Administración de Bienes, previo agotamiento del procedimiento allí previsto..."*, lo cierto es que la misma norma consagra que ello será así *"a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente."*⁷

En este sentido tenemos que en la actualidad existe una regulación que concretamente ordena la destrucción de los objetos materiales del delito, y es que el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017 introdujo el apartado 563 al código de procedimiento penal disponiendo lo siguiente:

"Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito.

En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del fiscal de conocimiento, siempre que no sean requeridas en la actuación a su cargo.

PARÁGRAFO. *La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas*

⁷ Parte final del inciso cuarto del artículo 82 de la Ley 906 de 2004.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

blancas que actualmente se encuentran a su disposición.” (Subrayas fuera del texto original).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que existe una ley posterior que regula de manera especial lo relacionado con la destrucción del objeto material del delito utilizados empelados como medios para la comisión de conductas punibles, deberá darse cumplimiento a dicha reglamentación y en consecuencia se revocará el numeral cuarto de la sentencia proferida el 06 de abril de 2021 por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín y en su lugar se ordena la destrucción del material incautado así: (i) arma de fuego tipo revólver marca LLAMA SCOPRPIO calibre 38 SPL, cañón corto, cacha ortopédica color negro y los nueve (9) cartuchos calibre 38 para el mismo; (ii) pistola maca CZ 110, calibre 9 mm LUGER con número de serie A0869 con 8 cartuchos 9 mm para la misma de diferentes marcas; (iii) un (1) proveedor con capacidad para 22 cartuchos; y (iv) un supresor de sonido.

Lo anterior se cumplirá siempre y cuando la Fiscalía no requiera los mencionados elementos con propósito investigativo, ello de conformidad con lo regulado en el artículo 563 del código de procedimiento penal, y sobre esta determinación no procede ningún recurso atendiendo a la esencia de la misma.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 06 de abril de 2021 por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín y en su lugar se **ORDENA** la destrucción del material incautado así: (i) arma de fuego tipo revólver marca LLAMA SCOPRPIO calibre 38 SPL, cañón corto, cache ortopédica color negro y los nueve (9) cartuchos calibre 38 para el mismo; (ii) pistola maca CZ 110, calibre 9 mm LUGER con número de serie A0869 con 8 cartuchos 9 mm para la misma de diferentes marcas; (iii) un (1) proveedor con capacidad para 22 cartuchos; y (iv) un supresor de sonido, siempre y cuando la Fiscalía General de la Nación no requiera los mencionados elementos con propósito investigativo.

SEGUNDO: La anterior determinación no es susceptible de recurso alguno.

TERCERO: En lo demás, objeto de apelación, se **CONFIRMA** la providencia de naturaleza y origen conocidos.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0114-21)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado