



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Apelación sentencia: 2021-20224

Aprobado mediante acta: 176

Medellín, noviembre veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial contra la decisión adoptada por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual aprobó el acuerdo celebrado entre la delegada de la fiscalía y el imputado Alejandro Quintero Marín, respecto de su responsabilidad en la comisión de los delitos de tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, por los que fue imputado en audiencia del 12 de diciembre del año pasado.

En la decisión también fue aprobado el consenso presentado respecto de Juan Felipe Mira Restrepo, pero ello no fue objeto de impugnación, por lo que no hará parte de nuestra decisión.

ANTECEDENTES

1. Actuación relevante.

El 12 de diciembre del año anterior, ante el Juez 40 Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, el fiscal 158 seccional le formuló imputación al señor Alejandro Quintero Marín como autor de los delitos de tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, previstos en los artículos 27, 103, 104, numerales 3 y 10, y 365, inciso primero, del Código Penal, con base en los siguientes hechos descritos en el escrito de acusación:

El día 10 de diciembre de 2021, a eso de las 20:50 horas, se encontraban uniformados en el sector de Belén las Violetas, con el grupo de reacción 2 de la estación de policía Belén y unidades de la Sijin adscritos a la unidad de crimen organizado, los cuales se desplazan a la dirección calle 31CC con calle 87C, por información del comandante del CAI Guayabal SI. EFREIN QUIMBAYA, manifestando que en ese lugar se encuentran varias personas y abordan a una de ellas la cual se encontraba armada, que correspondió al nombre de JUAN FELIPE MIRA RESTREPO. Posteriormente escuchan unas detonaciones de arma de fuego en un callejón y observan a un policía herido quien correspondió al nombre de DUBALIER VELASQUEZ CARDENAS y con sangre sobre su rostro, mientras los demás compañeros persuaden a una persona que se encontraba dentro de una vivienda armado y realizando disparos contra los policiales y es ahí donde por medio de las voces de advertencia sale con un arma de fuego y es reducido por las autoridades, el cual correspondió a ALEJANDRO QUINTERO MARIN. Por lo anterior fueron capturados los señores JUAN FELIPE MIRA RESTREPO Y

ALEJANDRO QUINTERO MARIN y dejados a disposición de las autoridades. Los elementos incautados fueron sometidos a estudio y arrojaron los siguientes resultados: la Pistola tiene sus mecanismos de disparo en buen estado de funcionamiento y es apta para disparar, el proveedor de fabricación original y con capacidad para 12 cartuchos. El revólver en buen estado de funcionamiento y apto para disparar, el fusil tiene mecanismos de disparo en buen funcionamiento, el proveedor es original y tiene capacidad para albergar 35 cartuchos.

En diligencia del 19 de julio último, que se tenía prevista para la realización de la audiencia de formulación de acusación, las partes presentaron un acuerdo en los siguientes términos: (i) el acusado aceptaba los cargos formulados y a cambio de ello, se degradó su nivel de participación de autor a cómplice, y (ii) reconociéndose una rebaja del 48 %, se pactó una pena a imponer de nueve (9) años y dos (2) meses de prisión, explicándose que se partía de la pena mínima del delito contra la vida de ocho (8) años y seis (6) meses, con el aumento de ocho (8) meses por la conducta contra la seguridad pública.

El imputado, asesorado por su defensor, aceptó los términos del preacuerdo y, por encontrarlo ajustado a la legalidad, pese a las controversias manifestadas por el procurador judicial, el Juez lo aprobó explicando que respecto a la tentativa de homicidio y si se puso o no en riesgo la vida del policía, tanto en la denuncia como en los informes de medicina legal, se dijo que el patrullero recibió cuatro impactos de bala, uno en el antebrazo, dos en el chaleco y uno en la región parietal, y que uno de los disparos fue en la cabeza, por lo que dedujo que hay ánimo homicida por parte

de quien disparó en cuatro oportunidades. También se presentaron dos estigmas de impacto en el tórax y fue el chaleco antibalas el que impidió que estos llegaran hasta los órganos vitales, por lo que le parece que sí hubo un atentado en contra de la vida.

En cuanto a la pena de donde se parte para la negociación, esto es, de 400 meses, indicó que debía tenerse en cuenta que los hechos tuvieron ocurrencia el 10 de diciembre de 2021 y "*la Ley 2197 y el Decreto 207*" que aumenta la pena a 480 meses es de enero de 2022, o sea que para la fecha de ocurrencia de los hechos todavía estaban vigentes las penas de las agravantes del artículo 104 anterior, concretamente, 400 meses.

Finalmente, en lo que concierne al arma, manifestó que estaba de acuerdo en cuanto a que el proveedor era de 12 cartuchos, y que ello según el Decreto 2535 hace que sea porte de arma de uso restrictivo de las fuerzas armadas, pues supera la capacidad para 9 cartuchos, pero considera que no le puede hacer control material a la acusación y, si bien se indicó que el porte de armas es del artículo 365 del Código Penal y no del 366, no puede sugerirle a la Fiscalía que varíe la imputación. Aclaró que no es partidario de hacer control material, que también ocurriría en cuanto a la causal de agravación, esto es, poner resistencia violenta a la autoridad contenida en el numeral 3 del artículo 365, en lo que tampoco puede tener injerencia, aunque considere que sí debía ser agravado.

2. La apelación.

Inconforme con la decisión adoptada, el delegado del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, a efectos de que se revoque la decisión. Argumentó que el artículo 27 de la Ley 2098 de 2021, que está vigente desde el 6 de julio de 2021, incrementó la pena de prisión del artículo 104 del Código Penal a 480 meses, por lo que considera que esa era la norma aplicable, puesto que el inciso primero ya había sido modificado, así que la sanción no está dentro de los límites de acuerdo con la norma vigente.

En cuanto al tema del control material de la acusación, manifestó que se debe realizar en punto de la presentación de acuerdos, dado que las mismas normas señalan que el juez debe establecer la ausencia de vulneración de la ley, principalmente en este caso que se comparte su postura acerca de que efectivamente se trata de un porte de uso privativo por el proveedor, por lo que considera que debe haber un control porque ello puede comportar una tipificación benevolente con la conducta realizada, lo que puede generar un doble beneficio.

3. No recurrente.

3.1. La fiscal solicitó se confirme la decisión. Indicó que la Ley 2098 de 2021 no puede aplicarse por la finalidad con la cual se reglamentó, esto es, "*... si las siguientes conductas se cometen en contra niños, niñas o adolescentes*", así estuviera vigente para la época de ocurrencia de los hechos.

Referente a las armas, explicó que si bien es cierto que la fiscal que realizó la imputación le imputó el artículo 365, ello no incide en el preacuerdo porque se está aumentando en otro tanto, por lo que considera no es tan *traumático*.

3.2. El representante de víctima simplemente indicó que dejaba a consideración de la Sala la decisión.

3.3. El defensor solicitó se confirme la decisión. Manifestó que el ejercicio de la acción penal se encuentra en cabeza de la fiscalía, la cual en audiencias preliminares decidió hacer dicha imputación, por lo que le asiste razón al juez de no hacer un control material frente a la acusación que se hace por parte de la fiscal por medio del preacuerdo. No se están acordando hechos ni delitos distintos a los imputados, y por ello se cumple lo consagrado el artículo 348 del CPP. Indicó que debía tenerse en cuenta que su representado renunció a la oportunidad que tiene a la defensa, hay humanización de la pena y el eje central es el ser humano.

De otro lado indicó que el aumento está dirigido al supuesto de víctimas niños y adolescentes, y en este caso se trata de un policía, por lo que no se le debe dar aplicación a la ley 2098.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si en este caso resulta correcta la aprobación del acuerdo suscrito por las partes, considerando la oposición del delegado del Ministerio Público

por dos razones: la primera alusiva a que la tipificación respecto al arma de fuego, pistola con proveedor superior a 9 cartuchos, se subsume en el delito tipificado en el artículo 366 del Código Penal denominado "*fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos*", y no en el artículo 365 del Código Penal: "*fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones*". Y la segunda, la inaplicación de la Ley 2098 de 2021 por parte de la fiscal al momento de dosificar la pena.

Veamos cada una de las censuras.

1. En cuanto al primer objetivo, la Sala inicialmente estima que el problema para este caso no es si los jueces deben realizar control material de la acusación, como es el enfoque que desarrolla el juez de instancia o que los fiscales tienen absoluta discrecionalidad para escoger las tipicidades como titular de la pretensión punitiva. La Corte Constitucional en la sentencia 1260 de 2005, precisamente en el tema de los preacuerdos y negociaciones, por el contrario, indicó que la Fiscalía está sometida al principio de legalidad de tal forma que a los hechos "*no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente*". Indicó en la parte principal de la exposición:

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación

entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

Es que el preacuerdo obliga: *“salvo en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas”*, reiteró la Sala de Casación Penal de la Corte en la sentencia del 14 de junio de 2017 (SP8666-2017-radicación N° 47.630).

Ahora bien, como el artículo 365 del Código Penal es un tipo penal en blanco, debemos remitirnos al artículo 11, literal A, del Decreto 2535 de 1993, que establece que son armas de defensa personal los revólveres y pistolas que reúnan las siguientes características:

- Calibre máximo 9.652mm (.38 pulgadas).
- Longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas).
- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.
- Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos.”

Adicionalmente, el artículo 9 de la misma norma indicó que son armas de uso restringido:

“a) Los revólveres y pistolas de calibre 9.652mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto”.

En nuestro caso, el informe de investigador de laboratorio del 11 de diciembre de 2021 determinó, respecto del arma incautada al señor Quintero Marín, que se trata de una pistola Smith & Wesson, calibre 9x19 mm, con capacidad de carga de 12 cartuchos en el proveedor más 1 en la recámara, con una longitud y estriado en el cañón de 10,4 cm (4,09 pulgadas), cinco estrías rotación derecha, con mecanismo de funcionamiento semiautomática, de fabricación original Smith & Wesson de EE.UU “*se marcó como F5647A1/3*”, proveedor original y compatible con dicha arma, en regular estado de conservación, concluyéndose lo siguiente:

“La pistola denominada en el presente informe como F5647A1/3 tiene sus mecanismos de disparo en buen estado de funcionamiento, fue cargada con los cartuchos allegados junto a esta y al accionar su disparador se comprobó que es apta para disparar. La medición de la fuerza en el disparador en acción sencilla fue de 21.32 N (newton) y en acción doble fue de 53.37 N (newton).

El proveedor denominado F5647PR1/2 allegado junto con el arma en mención se acopla adecuadamente, es de fabricación original y tiene una capacidad para doce (12) cartuchos calibre 9X19 mm”.

Con lo anteriormente constatado, la regla alusiva a que todas las pistolas con proveedor superior a 9 cartuchos son de uso privativo de las fuerzas armadas no se ofrece pacífica ni

resuelta, y en caso de duda, la selección de un tipo penal más benigno, es una postura razonable¹.

La Sala de Casación Penal en el tema de definición de competencia ha ofrecido una interpretación diferente. En el auto del 25 de abril de 1995 (radicado 10421), expuso:

La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (el 80. y el 11 del Decreto 2535/93), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de esta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm.

Y es lógico que así lo hubiere hecho porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, como lo dice el ya copiado artículo 80, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen

¹ CSDJ.SP. Sentencia del 6 de septiembre de 2007. Radicado 24786: “Si no es posible identificar las características de las armas o de las municiones cuya importación, fabricación, reparación, almacenamiento, conservación, adquisición, suministro o porte está prohibido cuando se hace sin el permiso de la autoridad competente como para calificarlas de uso privativo de las fuerzas armadas y en todo caso el artefacto tiene que ser reputado como arma o munición, por razones de favorabilidad deberá adecuarse la acción al tipo penal que genera menor reproche punitivo, esto es al previsto en el artículo 365 del Código Penal”.

con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la fuerza pública.

Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 80 es meramente enunciativa y no taxativa ('tales como', dice la norma), si es posible comprender en ella la pistola 7.65 mm, sólo por causa de la capacidad del proveedor superior a nueve (9) cartuchos. Por lo demás, este tipo de interpretación, por la indeterminación que implica, vulnera directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 30. del Código Penal, en virtud del cual 'la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca'. (Mayo 5 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz)

Y en determinación de diciembre 15 de 1994, Rad. No. 10048, se apuntó: ...el arma de autos (pistola 'Star', 9 mm., con proveedor apto para alojar 15 proyectiles, con energía cinética de 365 libras pie y con un proyectil de los que se decomisaron con blindaje de punta hueca), es de uso personal por la sola circunstancia de que su calibre es inferior a 9.652 mm.

Así, pues, sin hesitaciones de ninguna naturaleza, el arma incautada, cuyo calibre es de 7.65 mm. y con capacidad para 12 cartuchos, así con el proveedor decomisado de igual capacidad, son de defensa personal, pues el calibre es inferior al que la ley exige para que se tenga como de uso privativo de las Fuerzas Militares, sin que para tal conclusión importe la capacidad del proveedor.

Entonces, como es una interpretación razonable y posible, no se transgrede el principio de legalidad al adecuar el porte de una pistola con un calibre inferior a 9.652 mm con una capacidad para doce (12) cartuchos en la norma prevista en el artículo 365 del Código Penal, denominado: "*fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones*". Por tanto, de esta primera arista no se infiere la violación al principio de legalidad.

2. Avanzando en nuestro estudio se advierte que respecto de la inaplicación de las reformas al artículo 104 del Código Penal en cuanto al límite mínimo de la pena, tampoco le asiste razón al apelante, pero por las siguientes razones:

Recientemente, el artículo 104 del Código Penal fue modificado en lo que tiene que ver con los límites de la pena, por la Ley 2197 de 2022: "*POR MEDIO DE LA CUAL SE DICTAN NORMAS TENDIENTES AL FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.*", pero su vigencia se dispuso a partir del 25 de enero de este año y los hechos ocurrieron el 10 de diciembre del año anterior, por lo que no tendría aplicación.

En esta conclusión no se advierte controversia, sino en la auscultación acerca de la norma preexistente al acto que se imputa.

Obsérvese que previa a esta modificación, el artículo 27 de la Ley 2098 de 2021, cuya vigencia se dio a partir del 6 de julio de ese año, cambió el extremo mínimo de la pena (que

de 400 pasó a 480 meses), y aunque esta Ley fue declarada en gran parte inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-155 de 2022 se concluyó lo siguiente:

“No obstante, sobre este punto advirtió la Corte que, respecto de algunos contenidos normativos de la Ley 2098 de 2021, en principio no se observa una relación manifiesta con la pena de prisión perpetua revisable que, en efecto, se encuentra prohibida en nuestro orden jurídico. Como un ejemplo de lo anterior, se recordó el reciente pronunciamiento de esta Corporación acerca de la exequibilidad del artículo 8º de la ley objeto de reproche, mediante Sentencia C-422 de 2021.

En consecuencia, la constitucionalidad de las normas que no fueron demandadas ni objeto de integración normativa, dependerá de su conformidad o no con la Constitución, lo cual deberá definirse en un juicio de constitucionalidad.

4.4. De igual manera, la Corte constató la reviviscencia del contenido original del artículo 34 superior, luego de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2020, mediante Sentencia C-294 de 2021. Y declaró la inexecutable sobreviniente de algunas expresiones y contenidos normativos contemplados en el título, y los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 26 y, de los artículos 6, 7, 16, 19, 20, y 21 (en su totalidad)“.

El artículo 27 mencionado no fue incluido en esta sentencia de inexecutable y no es cierto que estaba dirigido con exclusividad a víctimas niñas niños o adolescentes, según

tesis de la Fiscalía, sino que se trata de un nuevo límite punitivo sin ninguna restricción.

Empero, más allá de esta discusión que en principio le daría razón al apelante, se debe ingresar en nuestro análisis la sentencia de la Corte Constitucional C-383-22 del 2 de noviembre que precisamente declaró inexecutable ese artículo que hemos referenciado², expresándose en la parte resolutive:

PRIMERO. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-155 de 2022, en relación con las normas de la Ley 2098 de 2021 respecto de las cuales la Corte Constitucional declaró la inexecutable sobreviniente con efectos retroactivos.

SEGUNDO. Declarar INEXECUIBLE el artículo 27 de la Ley 2098 de 2021, subrogado por el inciso 1º del artículo 8º de la Ley 2197 de 2022.

Lo anterior, fue informado por la Corte Constitucional en el comunicado 36 del presente año, indicando como síntesis de la decisión y en un camino diferente a la tradicional postura de respetar la libertad configurativa del legislador:

En concreto, (i) el Legislador no expuso elementos fácticos para valorar la razonabilidad de las normas para proteger el bien jurídico tutelado.

² ARTÍCULO 27 (NUEVO). Modifíquese el inciso primero del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere”

Especialmente, los congresistas no deliberaron, ni aprobaron la iniciativa con fundamento en elementos empíricos que les permitieran establecer la proporcionalidad y razonabilidad de la medida. Es decir, justificar la finalidad, la idoneidad y la necesidad de implementar el incremento punitivo.

Tampoco, (ii) valoró objetivamente los elementos relevantes para establecer la sanción que le correspondía a la conducta. Durante los trámites, el Legislador no hizo referencia a asuntos como: (a) la importancia del bien jurídico tutelado; (b) la gravedad de la amenaza o ataque a ese interés protegido; (c) la repercusión de esa afectación en el orden social; (d) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) de responsabilidad subjetiva del presunto infractor; ni a (e) la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos, para establecer la sanción aplicable a la conducta. Y, finalmente, el Legislador (iii) no expuso argumentos para justificar que la pena a imponer respetaba de forma estricta y reforzada el principio de libertad personal y respondía al fin resocializador de la pena. Asimismo, tampoco tuvo en cuenta el marco de referencia que la jurisprudencia constitucional ha planteado frente al ECI en materia penitenciaria y carcelaria, el cual hace parte de una comprensión integral del principio de proporcionalidad en materia penal.

No ofrece dificultad de su aplicación, la ausencia de expedición de la sentencia firmada por sus integrantes, pues, no sin discusión, la Corte Constitucional ha determinado que sus fallos de exequibilidad (sin modulación) producen efectos a partir del acuerdo obtenido y su divulgación. Por ejemplo,

en la C-355 de 2006, reiteró el precedente así: *“En el mismo sentido, esta corporación ha expuesto en forma reiterada que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o de su notificación o ejecutoria³.”*

En conclusión, al haberse retirado de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 27 de la Ley 2098 de 2021 el pasado 2 de noviembre, la norma preexistente en cuanto al ámbito punitivo es el artículo 104 original del Código Penal modificado por la Ley 890 de 2004, que determinó un espacio de pena privativa de la libertad entre 400 a 600 meses, y cuyo mínimo fue el empleado en el acuerdo presentado, razón por la cual, desde esta perspectiva, no se observa irregularidad alguna.

Por las razones expuestas, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín:

³ Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias C-973 de 2004, T-832 de 2003, C-327 de 2003 y C-551 de 2003, entre otras.

RESUELVE:

Confirma el auto apelado e informa que contra esta decisión no procede recurso. Citar a audiencia para su notificación virtual.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN