



Radicado: 05001 60 00206 2022 13423
Procesado: Marlon Andrés Sánchez Guerra
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, de
municiones de uso restringido, de uso privativo de las
fuerzas armadas o explosivos
Asunto: Apelación auto que decreta preclusión
Decisión: Revoca
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta N°: 061

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, diecisiete de mayo de dos mil veintitrés.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora 349 Judicial II Penal, en contra de la decisión proferida por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, quien decretó la preclusión de la investigación que se sigue en contra de **Marlon Andrés Sánchez Guerra** por la presunta comisión del delito de Fabricación, tráfico y

porte de armas, de municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos.

ANTECEDENTES:

Los hechos génesis del presente proceso, sucedieron, según lo narrado en escrito de acusación, en los siguientes términos:

En virtud de información suministrada por una fuente no formal, el 16 de junio de 2022 la Fiscalía General de la Nación autorizó, mediante orden, llevar a cabo diligencias de allanamiento y registro en diez (10) objetivos, siendo el Objetivo N°4 el inmueble ubicado en la calle 112 N° 63-21 barrio Toscana de esta ciudad.

El día 18 de junio de esa misma anualidad, se ejecutó la orden en mención en la residencia correspondiente al Objetivo N°4. Al interior del inmueble, en la habitación N° 1 perteneciente a **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, se hallaron, entre otros elementos, siete (07) cartuchos calibre 5.56 mm.

Por tal circunstancia, los miembros de la policía judicial que practicaron la diligencia de allanamiento y registro, capturaron al señor **Sánchez Guerra** por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, de municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, previsto en el artículo 366 del Código Penal.

El ciudadano aprehendido fue dejado a disposición de la autoridad competente, mientras que la munición incautada fue sometida a la experticia correspondiente, en donde se determinó

que los proyectiles son aptos para los fines para los cuales fueron fabricados.

El 19 de junio de 2022, ante el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas, en las que además de legalizar el procedimiento de captura llevado a cabo, así como el control posterior a la diligencia de allanamiento y registro, el delegado de la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a **Marlon Andrés Sánchez Guerra** por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, de municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, consagrado en el artículo 366 del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el imputado.

El Fiscal delegado declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, razón por la cual se ordenó la libertad inmediata del encartado.

Una vez radicado el escrito de acusación por la representación de la Fiscalía General de la Nación, el asunto fue asignado al Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, que dio el trámite de rigor.

El 31 de octubre de 2022, una vez instalada la audiencia que tenía como propósito hacer efectiva la formulación de acusación, la Fiscal 4ª Especializada anunció que variaría su pretensión y solicitaría la preclusión de la investigación seguida en contra del señor **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, postulación que fue coadyuvada por el defensor, mas no por la delegada del Ministerio Público.

El 14 de marzo de la presente anualidad, luego de varias suspensiones con miras a que todas las partes e intervinientes se pronunciaran acerca de la pretensión de la Fiscalía, se reanudó la diligencia y en esa oportunidad el Juez de instancia accedió a la solicitud presentada y decretó la preclusión de la investigación seguida en contra de **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, decisión que fue objeto de interposición del recurso de alzada por la Procuradora 349 Judicial II Penal.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La Fiscal 4ª Especializada solicita la preclusión de la investigación, conforme con la causal prevista en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, *“Atipicidad del hecho investigado”*.

Hace un recuento de los hechos materia de investigación, concretamente de la manera como en una diligencia de allanamiento y registro efectuada en el inmueble ubicado en la calle 112 # 63-21, barrio Toscana, fueron hallados siete (7) cartuchos calibre 5.56 mm en la habitación perteneciente a **Marlon Andrés Sánchez Guerra**.

Expone que, con posterioridad a la radicación del escrito de acusación, se obtuvieron nuevos medios de convicción consistentes en unas entrevistas tomadas a varios familiares del señor **Sánchez Guerra**, así como al imputado mismo, elementos que llevan a la Fiscalía delegada a entender que el hecho atribuido a dicho ciudadano es atípico.

Hace un recuento de las referidas entrevistas en las que pone de presente que el señor Héctor Fabio Álvarez, tío de

Marlon Andrés Sánchez, se desempeñó como miembro de la Policía Nacional por más de 25 años, estando actualmente pensionado. Este testigo informó que, en una ocasión, aproximadamente en el año 2000, pernoctó en la casa de su hermana Ángela María Guerra, ubicada en la calle 112 N° 63-21 barrio Toscana, pues se encontraba de paso en Medellín, en actividades de reentrenamiento en la Escuela de Policía Carlos Holguín Mallarino, cercana a dicha vivienda. Asegura que dejó varios elementos personales en la casa de su hermana, entre ellos unos cartuchos 5.56 mm que estaba utilizando en el reentrenamiento, y se los regaló a su sobrino John Faber Sánchez Guerra, quien se los pidió como recuerdo o “*souvenir*”. Es claro en la entrevista en afirmar que esos proyectiles incautados a su otro sobrino, **Marlon Andrés Sánchez**, son los mismos de los que él dispuso en aquella ocasión.

Explica la Fiscal que en las entrevistas los familiares del aquí imputado explican que John Faber Sánchez Guerra falleció en el mes de noviembre de 2002, por lo que muchos de sus elementos personales pasaron a su hermano menor, **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, y que tal deceso se demuestra con el registro civil de defunción que también fue recaudado por la Fiscalía.

En la entrevista al indiciado, el señor **Sánchez Guerra** reiteró la manera como, inicialmente su hermano mayor, obtuvo la munición a la postre incautada, siendo esta un regalo de su tío Héctor Fabio Álvarez; que al fallecer su hermano él conservó varias de las pertenencias de su consanguíneo, entre ellos los siete (7) cartuchos, todo lo cual guardaba junto con otros recuerdos y “*souvenirs*” de viajes que ha realizado.

Con base en los medios de prueba que trae a colación y que, reitera, obtuvo con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, manifiesta la Fiscal delegada que se está en presencia de la causal 4ª de preclusión de la investigación, atipicidad del hecho investigado.

Argumenta que la conducta punible no solo se compone de aspectos objetivos sino también subjetivos. Refiere que, en este caso, se cumple con los presupuestos objetivos del tipo contenido en el artículo 366 del Código Penal, en tanto **Marlon Andrés Sánchez Guerra** tenía o conservaba munición de uso privativo de las Fuerzas Armadas, sin contar para ello con permiso de autoridad competente; no obstante, insiste en que no se cumple con el aspecto subjetivo.

Remarca que esta munición ha estado en poder de **Marlon Andrés Sánchez**, y previamente de su hermano, desde hace más de 20 años, que esos cartuchos llegaron a su casa cuando aquel tenía apenas 12 años de edad, que durante todo ese tiempo los familiares del aquí encartado conocían no solo la existencia de esa munición, sino también el origen de la misma.

Asegura que tales razonamientos permiten descartar que en **Marlon Andrés Sánchez Guerra** existiese un ánimo o dolo de incurrir en una conducta ilícita ni de transgredir la seguridad pública; en tal sentido, no se cumple con el requisito subjetivo del tipo penal.

Sostiene que, de las labores investigativas adelantadas por el ente Fiscal, no se ha logrado obtener elemento de prueba alguno que sirva para fundamentar o soportar una teoría acusatoria y que logre desvirtuar el valor suasorio de los medios de

convicción a los que ha hecho referencia, lo cual, incluso, podría dar cabida también a la causal 6ª de preclusión, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Frente a dicha petición, el profesional del derecho que representa los intereses del imputado, manifestó que coadyuva la solicitud de la representante del ente acusador.

Por el contrario, la Procuradora 349 Judicial II Penal manifiesta que se opone a la solicitud de preclusión enarbolada por la Fiscalía, pues argumenta que no se estructura ninguna de las causales indicadas por la representante del ente acusador.

Hace referencia, en primer lugar, a los motivos por los cuales fueron autorizadas las diligencias de allanamiento y registro de varios objetivos, entre ellos la vivienda de **Marlon Andrés Sánchez Guerra**. Pone de presente que, de acuerdo con los medios de prueba, una fuente no formal manifestó que en varios de los inmuebles había personas pertenecientes a la denominada “Primera Línea” y que allí guardaban elementos utilizados por esa organización como máscaras, cascos y guantes, así como pólvora y explosivos.

Sumado a ello, arguye que contrario a lo indicado por la Fiscal delegada, de los informes suscritos por los policías que participaron en la diligencia de allanamiento y registro, no se desprende que el señor **Sánchez Guerra** haya entregado voluntariamente la munición, sino que tales elementos fueron encontrados o hallados en la habitación del aquí procesado.

Un tercer aspecto que, en consideración de la delegada del Ministerio Público, resulta trascendental es lo

consignado en el informe de investigador de laboratorio que da cuenta del buen estado de conservación de la munición incautada y, concretamente, hace referencia a una de las fotografías integradas a dicho informe en el que se evidencia que uno de los proyectiles tiene grabado en la culata el número 2009, lo que entonces daría cuenta que ese fue el año de fabricación de la misma y, en ese sentido, controvertiría y haría inverosímil la manifestación de la Fiscalía en cuanto a la procedencia a de la munición.

Argumenta que la jurisprudencia especializada ha sido insistente en señalar que la atipicidad del hecho investigado debe ser absoluta, esto es, que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal.

PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juez *A quo* accedió a la preclusión solicitada, en tanto encontró demostrada la causal de atipicidad del hecho investigado.

Pone de presente, en primer lugar, que, si bien en el acta de la diligencia de allanamiento y registro se indica que la entrega de la munición no fue voluntaria, sino que esta fue hallada por los uniformados, lo cierto es que en el mismo documento se precisa que los proyectiles no estaban ocultos, sino ubicados en la parte de encima de un closet que había en la habitación.

Indica, igualmente, que la teoría de la defensa resulta inverosímil, más aún si se tiene en cuenta el informe de INDUMIL obrante en el expediente, según el cual la munición, y en particular aquel proyectil con grabado "IM 0442 2003" fue entregado por el fabricante al Ejército Nacional el 19 de junio de 2003 -y no 2009

como erradamente lo indicó la Procuradora delegada-, haciendo entonces imposible que esa munición fuese entregada como “souvenir” a quien falleció en el mes de noviembre de 2002.

Sin perjuicio de lo anterior, considera que en este caso sí resulta procedente decretar la preclusión de la investigación por atipicidad, precisamente por ausencia de lesividad, elemento de la tipicidad del delito.

Argumenta que, tal como lo enseña la Corte Suprema de Justicia, la lesividad debe mirarse no desde la órbita estricta del legislador sino desde la dinámica del juez. En este punto, el *A quo* tiene en cuenta las circunstancias concretas que rodearon el caso: (i) los cartuchos no estaban ocultos; (ii) **Marlon Andrés Sánchez** en ningún momento negó que esa munición le perteneciera; (iii) en el inmueble no se halló pólvora o insumos para fabricar explosivos ni una emisora clandestina, como lo indicó la fuente no formal, y (iv) el señor **Sánchez Guerra** no estaba traficando esa munición. Todo ello, lo lleva a concluir que no hay antijuridicidad material.

Juzga que en este evento no se cumple con el presupuesto de desvalor del resultado, no hay un riesgo trascendente para el bien jurídico de la seguridad pública. Las afectaciones pequeñas o insignificantes no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva.

Conforme con lo expuesto, accede a la solicitud de preclusión de la investigación elevada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación en favor del señor **Marlon Andrés Sánchez Guerra**.

IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión, la Procuradora 349 Judicial II Penal interpuso y sustentó el recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se rechace la petición de preclusión de la investigación.

Se muestra inconforme con la conclusión del *A quo* en el sentido de que la conducta desplegada por **Marlon Andrés Sánchez Guerra** no lesiona el bien jurídico de la seguridad pública, por el hecho de que la munición se encontraba en su habitación, que el aquí procesado no negara que le pertenecía y que en el inmueble no se hallaran otros elementos que acreditaran que la intención era usar los proyectiles. Asevera que tal determinación del Juez, con base en esos razonamientos, va en contravía de la posición pacífica y uniforme de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Parte de los hechos jurídicamente relevantes contenidos en el escrito de acusación, para argumentar que en este evento sí se avizora antijuridicidad tanto material como formal, para el evento concreto del delito contenido en el artículo 366 del Código Penal.

Enfatiza que, de los hechos contenidos en el escrito de acusación, se desprende claramente que a **Marlon Andrés Sánchez Guerra** le fueron incautados unos proyectiles que tenía en su habitación y para los cuales no tenía permiso, munición que es de uso privativa de las Fuerzas Armadas. Tal marco fáctico encuentra correspondencia con los medios de prueba igualmente indicados en el escrito de acusación y aportados a la actuación, en los que además de indicar la idoneidad de los proyectiles, se reitera que se trata de munición utilizada para armas de fuego de uso privativo, concretamente ametralladoras.

Tales circunstancias, concluye, sí conducen a entender que la tenencia de esa munición sí tiene la virtualidad de afectar la seguridad pública, esto es, sí existe un peligro abstracto.

Sostiene que el Juez de primera instancia desbordó su competencia al momento de definir la procedencia de la preclusión, ello por cuanto la Fiscalía presentó unos argumentos concretos para deprecar esa declaratoria, mismos que fueron desvirtuados conforme los elementos de prueba, pero el *A quo* fue más allá y accedió a decretar la preclusión a través de razonamientos novedosos, no esgrimidos por la Fiscalía, única que podía enarbolar ese pronunciamiento por esa causa, dada la etapa procesal en la que se encuentra la actuación.

Trae a colación pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que se insiste en que la sola tenencia del elemento prohibido (armas, munición, etc.), sin la respectiva autorización, basta para que se configure el peligro a la seguridad pública.

Es reiterativa al indicar que en este caso aún persisten dudas e interrogantes que impiden la declaratoria de preclusión, esto es, por qué y para qué **Marlon Andrés Sánchez Guerra** tenía en su poder la munición incautada; ello teniendo en cuenta que no hay ningún elemento de convicción que desvirtúe los fundamentos que la Fiscalía tuvo para formular imputación y para presentar el escrito de acusación.

De esta manera pide se revoque la decisión de la primera instancia, en tanto no está debidamente estructurada la causal de preclusión enarbolarada por la Fiscalía.

NO RECURRENTES:

La Fiscal 4ª Especializada pide se mantenga la decisión de la primera instancia pues afirma que, tal como lo determinó el *A quo*, sí está debidamente demostrada la causal de atipicidad, ante la falta de lesividad de la conducta llevada a cabo por **Marlon Andrés Sánchez Guerra**.

Aduce que en ningún momento se ha pretendido desconocer que el imputado tenía en su habitación los siete proyectiles incautados y que los mismos son aptos para el disparo según lo determinó el perito en balística de la SIJIN; sin embargo, si se mira el contexto de los hechos, se avizora que esa potencialidad de lesividad está menguada, pues tanto **Marlon Andrés Sánchez** como sus familiares consideraban esa munición como un elemento de colección o “souvenir”. De ahí que la intencionalidad de su tenencia, lejos está de utilizarla o comercializarla, por lo que la lesividad, como elemento subjetivo del tipo, no puede concretarse ni se tiene siquiera como probable.

Asegura que no existe motivo válido para no dar crédito a lo manifestado por las personas entrevistadas, quienes claramente se refirieron a esos proyectiles como elementos de colección y muestra de ello es que la munición estaba a la vista, mezclada con otros elementos decorativos.

Insiste en que el aspecto subjetivo del tipo es un presupuesto que sí debe valorarse, pues de lo contrario se estaría determinando una responsabilidad meramente objetiva, lo cual está prohibido.

Aduce que, contrario a lo manifestado por la recurrente, el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado no desbordó su competencia en la decisión que adoptó, pues la Fiscalía planteó la existencia de una causal de preclusión y fue justamente ésta la que desarrolló el *A quo* al momento de tomar la decisión, accediendo a lo pretendido ante la ausencia del aspecto subjetivo del tipo.

Por lo expuesto, pide se mantenga incólume la decisión de la primera instancia.

De otro lado, **el apoderado judicial de la defensa** pidió igualmente se confirme la decisión de primer grado, indicando que la misma fue adoptada por el Juez con base en la causal puesta de presente por la Fiscalía y fundamentándose en los medios de prueba aportados tanto por el ente acusador como por la parte de descargo.

Refiere que entre los medios de prueba examinados por el *A quo*, se tiene el informe suscrito por el perito en balística de la SIJIN acerca de la munición incautada, así como el estudio de trazabilidad de la misma, en la cual se precisa que uno solo de los proyectiles fue entregado por el Fabricante al Ejército Nacional en el año 2003, no siendo conclusivo el resultado respecto a los demás cartuchos.

Insiste en que en este caso la discusión no gira en torno a que la munición fue hallada en el lugar de habitación de **Marlon Andrés Sánchez**, sino en lo atinente a la intención de dicho ciudadano de mantenerla en ese sitio y a la ausencia de lesividad en ese actuar.

Alega que, aunque la explicación brindada por la defensa a cerca de la procedencia de la munición fue calificada como inverosímil, lo cierto es que no existe en el plenario otro medio de prueba que desvirtúe esa tesis. Por el contrario, la mención en el acta de la diligencia de allanamiento y registro del lugar donde fue encontrada la munición, esto es, encima del *closet*, demuestra que esos elementos estaban en ese inmueble no escondidos sino a la vista pública, lo cual descarta que la intención con los proyectiles haya sido utilizarlos y no exhibirlos como recuerdos o “souvenirs”.

Argumenta que con el actuar de su representado, es decir, con la tenencia de esa munición, no se generó un riesgo trascendente para la seguridad pública. En tal sentido, ante la carencia del aspecto subjetivo de la tipicidad, pide confirmar la decisión objeto de impugnación.

CONSIDERACIONES:

Es competente esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de las impugnaciones contra los autos que en primera instancia profieran los Jueces de Circuito Especializados.

Entrando en materia, debe decirse que el tema de la preclusión de la investigación se encuentra regulado en los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004, siendo su demanda generalmente una potestad de la Fiscalía General de la Nación, quien puede solicitarla en cualquier etapa de la actuación –indagación, investigación y juzgamiento- si no existe mérito para acusar y se comprueba la existencia de alguna de las siguientes causales:

1. *“Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;*
2. *Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal;*
3. *Inexistencia del hecho investigado;*
4. ***Atipicidad del hecho investigado;***
5. *Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;*
6. *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y*
7. *Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código”¹.*

Ahora bien, en el caso concreto, recuérdese que una vez instalada la audiencia que tenía como propósito hacer efectiva la formulación de acusación, la Fiscal 4^a Especializada anunció que variaría su pretensión y solicitaría la preclusión de la investigación seguida en contra del señor **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, ello con base en la causal descrita en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, manifestación que fue coadyuvada por el representante de la defensa.

Para sustentar la causal de preclusión puesta de presente, la delegada del ente acusador argumentó que, con posterioridad a la radicación del escrito de acusación, recolectó unas entrevistas tomadas tanto al imputado como a varios de sus familiares, medios de convicción que permiten descartar que en **Marlon Andrés Sánchez Guerra** existiese ánimo o dolo de incurrir en una conducta ilícita ni de transgredir la seguridad pública, en tanto dicho ciudadano tenía esa munición como elementos de colección o “souvenir”; en tal sentido, asegura, no se cumple con el requisito subjetivo del tipo penal.

El Juez de primer grado, decidió acceder a la preclusión deprecada, pues, aunque calificó de inverosímil la

¹ Artículo 332. Código de Procedimiento Penal.

hipótesis de la Fiscalía y de la defensa acerca de la manera como, supuestamente, llegó la munición al inmueble donde fue hallada y la manera como la obtuvo **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, adujo el *A quo* que, dadas las circunstancias que rodearon el hecho, así como la mínima cantidad de proyectiles, era posible descartar la existencia de un riesgo trascendente para el bien jurídico de la seguridad pública, y, ante la ausencia de lesividad relevante, no se cumple con el presupuesto subjetivo de la tipicidad.

Inicialmente, en punto a la acreditación de la causal 4ª, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado lo siguiente:

“En el caso particular, la preclusión solicitada por la Fiscalía se apoya en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por “atipicidad del hecho investigado”, respecto de la cual deben confrontarse los argumentos expuestos en la audiencia de sustentación, los elementos de prueba allegados y el comportamiento desplegado por el indiciado a efectos de establecer la procedencia o no de la solicitud.

Se entiende por tipicidad la adecuación de un comportamiento a la descripción de una conducta contenida en la ley penal. Por consiguiente, para que pueda pregonarse la configuración de esta categoría jurídica resulta necesario que la identidad entre el proceder investigado y la genérica consagración el tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta cualquier elemento de los contemplados en la norma no se concreta el delito y la actuación deviene atípica.

Ahora, la conducta debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento; y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo).”²

En decisión posterior, la Alta Corporación precisó:

“También ha reconocido su estructuración cuando la conducta no se adecua a las exigencias materiales del tipo penal, o cuando

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP 875-2016. Radicado 46664 del 23 de febrero de 2016

concurriendo, falla la tipicidad subjetiva, es decir, no se acredita la forma subjetiva que corresponde al delito imputado.

(...)

(i) por un lado, la conducta ha de adecuarse a las exigencias materiales del tipo objetivo -sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento-; (ii) y, de otro, debe cumplir con la especie de conducta -dolo, culpa o preterintención- establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), puesto que conforme al «artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales».

Lo anterior implica que el juez de conocimiento, ante una solicitud de preclusión fundamentada en la causal 4°, debe encontrar probado que: (i) no se reúnen los elementos constitutivos del tipo penal; o, (ii) a pesar de lograrse esa adecuación, la conducta no se cometió dentro de la forma subjetiva que le corresponde al delito endilgado»³.

Debe tenerse en cuenta que tratándose de solicitudes de preclusión, la función de la Judicatura se concreta en verificar que se presenta, más allá de toda duda, la causal que invoca la delegada del ente investigador, quien además debe cumplir esa carga de acreditación allegando los medios probatorios para ello; de manera que, a la solicitud de preclusión, es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la causal alegada y su configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza.

Entonces, la atipicidad de la conducta invocada con miras a que se conceda la preclusión, ha de ser absoluta, de tal entidad que los hechos investigados no se adecuen a ninguna descripción típica del ordenamiento penal y no afecte ningún bien jurídicamente tutelado.

Lo primero que debe señalarse, es que pese a la aseveración de la Fiscal delegada en cuanto a las entrevistas que

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4745-2021. Radicado 54379 del 6 de octubre de 2021.

recolectó rendidas, al parecer, por el procesado y algunos de sus familiares, lo cierto es que a la actuación no se aportaron tales medios de convicción, desconociéndose el contenido de esos elementos y haciendo imposible verificar y examinar las supuestas manifestaciones de los entrevistados.

Luego de examinar detenidamente el acervo probatorio que sí obra en el expediente, encuentra la Sala que les asiste razón a los representantes de la Fiscalía y de la defensa en el sentido de que la munición que fue hallada en el inmueble ubicado en la calle 112 N° 63-21 barrio Toscana, concretamente en la habitación perteneciente a **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, no se encontraba oculta y así se desprende del acta de la diligencia de allanamiento y registro⁴ en donde expresamente se indicó que *“Sobre el closet, siendo las 12:30 horas, se hallan 07 cartuchos calibre 5.56”*.

Tal circunstancia fue puesta de presente en varias oportunidades por los mencionados sujetos procesales, quienes haciendo énfasis también en las supuestas manifestaciones de **Marlon Andrés Sánchez** y de varios de sus familiares, fueron reiterativos al manifestar que esos proyectiles estaban en ese sitio como elementos de colección o *“souvenir”* y que provenían de un regalo que desde hacía más de 20 años le realizó un familiar a John Faber Sánchez Guerra, hermano mayor de **Sánchez Guerra**, y quien falleció en el mes de noviembre de 2002.

No obstante, además de que, se reitera, esas entrevistas no fueron aportadas a la actuación, esta Sala de Decisión no puede pasar por alto que, tal como lo puso de presente

⁴ Archivo digital denominado “07Objetivo4”. Folios 4 y 5. Cuaderno “03ElementosMaterialesProbatorios”

la delegada del Ministerio Público e incluso fue reiterado por el Juez de primer grado, del informe suscrito por el perito en balística de la SIJIN⁵ y de la respuesta suministrada por INDUMIL⁶, se desprende con suma claridad que uno de los proyectiles hallados en la habitación de **Marlon Andrés Sánchez**, concretamente aquel con grabado “IM 0442 2003” fue entregado por el fabricante al Ejército Nacional el 19 de junio de 2003, circunstancia que hace imposible que esa munición fuese entregada como “*souvenir*” a quien falleció en el mes de noviembre de 2002 y, por tanto, genera incertidumbre y duda acerca de las aseveraciones que, supuestamente -pues se reitera no fueron aportadas al expediente- se realizaron en las entrevistas de las que da cuenta la Fiscalía.

Tal situación, como acertadamente lo indicó la apelante, genera que aún persistan dudas e interrogantes acerca de lo realmente acontecido en este caso, esto es, por qué y para qué **Marlon Andrés Sánchez Guerra** tenía en su poder la munición incautada, incertidumbre que impide la declaratoria de preclusión.

De esta manera, advierte la Sala que tanto la Fiscalía como el apoderado de la defensa, persisten en arribar con base en meras hipótesis y sin respaldo en medios de convicción, a la conclusión de que **Marlon Andrés Sánchez Guerra** consideraba esa munición como un elemento de colección o “*souvenir*” y que por tanto su actuar no resulta lesivo para el bien jurídico tutelado, dejando de lado que, primero, esas entrevistas no fueron aportadas a la actuación lo que impidió un adecuado análisis y valoración; y segundo, que por la flagrante contradicción que existe entre las presuntas aseveraciones de los entrevistados acerca del origen de

⁵ Archivo digital denominado “17RESPUESTA ORDEN A POLICIA JUDICIAL”. Cuaderno “03ElementosMaterialesProbatorios”

⁶ Archivo digital denominado “21-RESPUESTA INDUMIL”. Cuaderno “03ElementosMaterialesProbatorios”

la munición y la fecha de fabricación de al menos uno de los proyectiles incautados, según se desprende del informe suscrito por el perito en balística de la SIJIN y de la respuesta suministrada por INDUMIL, la confiabilidad y la capacidad suasoria de esas entrevistas está en entredicho, así como la intencionalidad en la tenencia de esos proyectiles que se pretendió demostrar con las mismas.

Adicionalmente, en cuanto a la determinación adoptada por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado, aunque esta Sala de Decisión encuentra apropiado que se examine la lesividad como elemento de la tipicidad del delito, lo cierto es que no se evidencia acertada la conclusión a la que arriba respecto a la ausencia total de lesividad a tal punto que permita o conduzca a la declaratoria de preclusión por atipicidad.

Obsérvese que, aunque es verdad que la munición no estaba oculta sino encima de un *closet* que había en la habitación, esa sola circunstancia pese a ser relevante no es concluyente en cuanto a la procedencia y finalidad de la misma en ese inmueble.

De igual manera, en lo atinente al número de proyectiles, considera esta Magistratura que lo determinante para entender si esa cantidad -siete (07) cartuchos calibre 5.56 mm- conduce o no a que la tenencia de esa munición sí tiene la virtualidad de afectar la seguridad pública, esto es, sí existe un peligro abstracto, depende de establecer el por qué y para qué se produjo esa tenencia, circunstancias que, como se ha venido insistiendo, no quedaron demostradas en la solicitud de preclusión.

Así entonces, juzga la Sala de Decisión que la manifestación del *A quo* en el sentido de que la tenencia de esos 7

proyectiles, solo por la cantidad, es una afectación pequeña e insignificante no lesiva del bien jurídico tutelado, constituye una apreciación subjetiva carente de fundamento, pues, reiteramos, no solo debe tenerse en cuenta el número, sino que además debe apoyarse en otras circunstancias que en este caso no están demostradas.

Sumado a lo anterior, conviene así mismo remarcar que en el presente evento la solicitud preclusiva enarbolada por la Fiscal delegada, se basó exclusivamente en las supuestas entrevistas que obtuvo la defensa y en la entrevista al indiciado por ella efectuada, sin que en momento alguno la representante del ente acusador diera a conocer el resultado de sus propias pesquisas y si las mismas apuntaban igualmente o no la misma conclusión de la defensa.

Nótese que en esta actuación la Fiscalía no solo formuló imputación sino que además presentó en su debido momento el escrito de acusación, lo que indefectiblemente lleva a concluir que después de las audiencias preliminares, en cumplimiento de su obligación constitucional y legal, la Fiscal adelantó sus propias labores investigativas que le permitieron superar ese primer grado de conocimiento inferencial y llegar a la probabilidad de verdad, de conformidad con el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, acerca de que la conducta delictiva sí existió y que el aquí imputado fue su autor.

Pese a lo anterior, se reitera, en momento alguno la Fiscal delegada dio a conocer cuáles fueron los resultados de la investigación que necesariamente tuvo que adelantar y en qué medida los mismos apoyaban o no la pretensión preclusiva.

Así, entonces, en el presente asunto la representante de la Fiscalía General de la Nación, no demostró la ocurrencia de la causal de preclusión prescrita en el numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la cual hace referencia a la atipicidad del hecho investigado, siendo la audiencia de juicio oral el espacio en el cual, una vez aducidas las pruebas, y efectuado el debate correspondiente, se concluya sobre la intencionalidad en la tenencia de esos proyectiles por parte de **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, esto es, por qué y para qué tenía en su poder la munición incautada.

Como corolario de lo anterior, la determinación que se impone no puede ser otra distinta a la de revocar la decisión adoptada por el señor Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, quien decretó la preclusión de la investigación en las diligencias adelantadas en contra del señor **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, y se remitirá la carpeta al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite de rigor.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, en Sala de Decisión Penal,**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto de origen, fecha y contenido indicados, mediante el cual se decretó la preclusión de la investigación adelantada en contra del señor **Marlon Andrés Sánchez Guerra**, por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, de municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, atendiendo lo descrito en el parte motiva.

SEGUNDO: Se ordena devolver la actuación al Juzgado de origen, para que continúe con el trámite de rigor.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

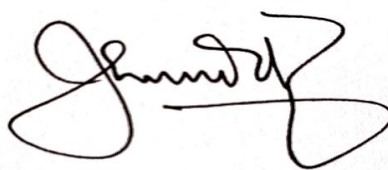
DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado.