



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 306

(Sesión del 6 de diciembre de 2024)

Radicado: 05001-60-00206-2024-04238
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
Asunto: Fiscalía apela providencia que niega preclusión
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 11 de diciembre de 2024

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en contra de la negativa de declarar la preclusión, adoptada en decisión del 28 de junio del año que corre por el Juez Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia.

2. HECHOS

El 16 de febrero de 2024, a las 16:50 horas en la Carrera 49 con Calle 23 de la nomenclatura oficial del municipio de Bello-Antioquia fue capturado por policías adscritos a la Estación Bello, Harrison Arley Muñoz Echeverry, porque en una requisita portaba una pistola calibre 22, que resultó no apta para producir

disparos, cargada con 5 cartuchos en buen estado, se verificó que el aprehendido no tenía permiso para porte.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. SOLICITUD DE LA FISCALIA. Con fundamento en que el arma no es apta para producir disparos y que en la requisa solo le encontraron cinco cartuchos, el fiscal solicitó la preclusión de la acción penal, argumentando la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, atipicidad del hecho investigado, afirmando que la conducta de Harrison Arley Muñoz Echeverry es atípica por ausencia de antijuridicidad material del comportamiento. Considera que el porte de cinco cartuchos no tiene la capacidad para poner en efectivo riesgo, sin justa causa, el bien jurídico de la seguridad pública, siendo un delito de peligro común. Afirma el delegado de la Fiscalía que la conducta no cumple los principios de lesividad, de intervención mínima y de ultima ratio, e itera que cinco cartuchos no afectan de manera efectiva el bien jurídico tutelado, más aún si el arma no era apta para producir disparos. Dice que por economía procesal debe evitarse llevar este tipo de casos a juicio.

3.2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. Solicita se desestime la petición de preclusión argumentando que no se requiere que el arma que se esté portando con la munición sea apta para disparar, pues el solo porte de la munición pone en peligro el bien jurídico de la seguridad pública y encaja en el tipo penal

Frente al argumento de la Fiscalía de que son muy pocos los cartuchos, se pregunta el Procurador qué se considera poco y concluye que ello es una calificación subjetiva. Argumenta que el porte de 5 cartuchos, sin permiso de autoridad, sí pone en peligro el bien jurídico tutelado, que está discusión es un asunto subjetivo lo que va en contra de las causales de preclusión, que son objetivas.

Señala que si bien es cierto el arma no tenía la capacidad de disparar, el porte de los cartuchos es suficiente para ir hasta el escenario propio de discusión

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

que es el juicio, pues no puede pretenderse, bajo pretexto de economía procesal, cambiar el momento procesal establecido para este tipo de discusiones y trasladarlos a la solicitud de preclusión. Considera que no se encuentra acreditada la causal objetiva de preclusión.

3.3. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA. Destacó que la Fiscalía solicitó la preclusión por atipicidad, pero la aterrizó en la falta de antijuridicidad material, que se busca economía procesal por lo que solicita se precluya la investigación en desarrollo de las normas rectoras de los artículos 10 y 27 aplicando el derecho con proporcionalidad y razonabilidad. Agrega que un perito dictaminó que el arma no es apta para disparar, entonces solo queda por valorar los 5 cartuchos y se pregunta si en efecto pueden afectar el bien jurídico tutelado, concluyendo que no y, por ende, hay falta de antijuridicidad material

3.4. DECISIÓN QUE SE REVISA. Argumentó el Juez de primera instancia que el porte de cinco cartuchos es una conducta que no afecta el bien jurídico por falta de antijuridicidad material, pero que una cosa es la atipicidad y otra la antijuridicidad, y esta última no está entre las causales del 332 de la Ley 906 de 2004 y la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las normas de procedimiento son estrictas y taxativas; que numeral 4º establece la atipicidad de la conducta, no consagra la antijuridicidad como causal de preclusión y por tanto niega la solicitud. Dijo precisamente:

“(...) Si de esa forma se llegara a probar, si a juicio es un proceso que se sabe que va a ir en absolución, porque hay antijuridicidad material, sí, lo digo de esa manera, aunque la voy a negar, no he entrado en eso pero aquí sí hay antijuridicidad material

(...)

*si bien es cierto soy Juez Constitucional, me debo atener a las formas propias de cada juicio, miren, yo ya di mi concepto y digo, **para mí eso es antijurídico materialmente si no aparecen otras condiciones en juicio**, pero el problema acá, señor fiscal, señora delegada del Ministerio Público y señor Defensor es que las normas de procedimiento son estrictas, son taxativas y una cosa, desde la teoría dogmática, es la antijuridicidad y otra cosa es la tipicidad y la ausencia de antijuridicidad no está dentro del listado del artículo 332.*

(...)

el legislador no incluyó en las causales de preclusión, la atipicidad (entendemos que el a quo se refiere a la falta de antijuridicidad) de la conducta, y para este caso yo considero que es atípica, por lo tanto, niego la preclusión”

Afirmó el *a quo* que la Sala Penal ha indicado que, si se trata de dudas sobre alguno de los elementos que estructuran el tipo penal o de la estructura del delito, se debe ir a juicio.

3.5. DE LOS RECURSOS.

3.5.1. APELACIÓN DE LA FISCALÍA. Argumenta el fiscal que el Juez es constitucional y que el sistema tiene normas integradoras. Considera que la primera instancia se equivoca porque primero dice que comparte el criterio de que en este caso se presenta la antijuridicidad material y, sin embargo, niega la preclusión olvidando la economía procesal y la última ratio de la intervención del Juez, dice el apelante que sería un desgaste para la administración de justicia ir a un juicio a decidir que no hay antijuridicidad material, considerando que el Juez debió aplicar los principios de integración. Finalmente acota que cualquier duda en materia penal deberá resolverse a favor del acusado o imputado.

3.5.2. APELACIÓN DE LA DEFENSA. Señala que la discusión se debe encausar al numeral 4º del artículo 332, que frente a este el Juez dice que estrictamente la ley no consagra la antijuridicidad material como causal de preclusión, pero cita el artículo 27 de los moduladores de la actividad judicial, afirmando que deben evitarse los excesos de la administración de justicia y la economía procesal, y si el Juez considera que en el juicio podría decretarse la preclusión porque en el futuro se decretaría, desde ya podría hacerlo, así no se encuentre entre las causales del 332 la si la antijuridicidad material pero sí la atipicidad, y no desgastarnos en un juicio inocuo e innecesario por 5 cartuchos.

3.5.3. MINISTERIO PÚBLICO COMO SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE. Pide se confirme la decisión porque, como lo reconocen los recurrentes, no hay causal en qué basar la preclusión deprecada, pues las causales de preclusión son taxativas y, todo lo que requiere apreciación subjetiva o valoración probatoria, es propio del juicio. Resalta que deben cumplirse las formas establecidas por el legislador, no puede pasarse por encima el principio de legalidad, no pueden crearse nuevas causales por la

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

mera consideración subjetiva de que 5 cartuchos son muy pocos y que es antieconómico ir a juicio. Pues bajo ese supuesto, se pregunta el Procurador entonces cuál sería la cantidad de munición que es típica. El Juez dijo repetidamente que la conducta es antijurídica materialmente, por tanto, no puede decretarse la preclusión.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 COMPETENCIA.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala determinará si la atipicidad de la conducta desplegada por Muñoz Echeverry, como causal de preclusión puede derivarse de predicar su falta de antijuridicidad material, conforme a los elementos materiales probatorios y evidencia física que desfilaron en la audiencia.

4.3. RESPUESTA Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

4.3.1. Previo a adentrarnos en el tema de fondo, precisa esta Sala resaltar que, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, la competencia se restringe en esta oportunidad, a decidir sobre el pedimento elevado por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación², así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

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

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

² Sentencia del 27 de abril de 2022, radicado SP1370-2022, 53.444, M.P. Fernando L. Bolaños P.

4.3.2. Ahora bien, dejaremos de lado la discusión de la tipicidad respecto del arma de fuego no apta para proferir disparos, nos concentraremos en resolver el problema jurídico planteado en la audiencia de solicitud de preclusión y la apelación frente a la *ratio decidendi* de la providencia que la negó.

Así pues, la Fiscalía ha solicitado la preclusión de la acción penal, argumentando la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es atipicidad del hecho investigado, afirmando que la conducta de Harrison Arley Muñoz Echeverry es atípica, por ausencia de antijuridicidad material del comportamiento. Ello al considerar que el porte de cinco cartuchos no tiene la capacidad para poner en efectivo riesgo el bien jurídico de la seguridad pública.

Por su parte, el Juez de primera instancia reiteradamente durante su argumentación afirma que está de acuerdo con el Fiscal en que el porte de cinco cartuchos no tiene la capacidad para poner en efectivo riesgo el bien jurídico de la seguridad pública, pero concluye que una cosa es la atipicidad y otra la antijuridicidad, y que la antijuridicidad no está entre las casuales del 332 y la Corte Suprema de Justicia ha indicado que si se trata de dudas sobre algún elemento estructurador del tipo penal o de la estructura del delito, se debe ir a juicio, insiste en que el numeral 4º establece la atipicidad de la conducta, que las causales son estrictas y que la norma en cita no establece la antijuridicidad como causal de preclusión.

La preclusión de la acción penal es una forma anticipada de terminación de la investigación a la que se llega cuando, de lo averiguado respecto de una acción humana presuntamente punible puede concluirse, más allá de duda probatoria, que se encuadra en uno de los motivos previstos en los distintos numerales el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. En el caso particular la Fiscalía solicita que se decrete, fundamentando su petición en el numeral 4º "*Atipicidad del hecho investigado*" en el entendido que el hecho de que Muñoz Echeverry fuera capturado en flagrancia portando cinco cartuchos para una pistola calibre 22 que también llevaba consigo pero que no era apta para efectuar disparos, no afectaba o ponía en peligro el bien jurídico tuteado de la seguridad pública.

Considera la Sala que la atipicidad por falta de antijuridicidad material, de manera hipotética, pudiera ser la solución jurídica en el *sub judice*, pero el asunto no es tan simple como para afirmarlo en este momento procesal de una manera tan apresurada lo hizo el *a quo* cuando afirmó: “... *si de esa forma llegara a probarse, si a juicio es un proceso que se sabe que va a ir en absolución, porque hay antijuridicidad material, sí lo digo de esa manera, aunque la voy a negar por no he entrado en eso*”. En el mismo hilo argumentativo, y de manera errada, afirmó: “*yo ya di mi concepto y digo, para mí eso es antijurídico materialmente si no aparecen otras condiciones en juicio*”, para luego agregar: “*como se habla de algún elemento estructurador de la conducta penal, entonces hay que ir a juicio, vuelvo y digo desde ya, para mi concepto es una conducta antijurídica materialmente, desde las condiciones que hay con los elementos que hay, pero yo sí soy muy respetuoso y muy limitativo en la interpretación, si quiera que el artículo 4° dijera “ausencia de injusto penal”, y ya uno entiende que el injusto penal se conforma por la conducta, por la tipicidad y la antijuridicidad, pero nada de eso, el numeral 4° habla es de la atipicidad de la conducta, entonces considero que hay los elementos objetivos, como mínimo, que es lo que hay y se necesita para imputar y acusar y ya la culpabilidad y el elemento dolo es una discusión desde los elementos estructuradores.*”

Comencemos por precisar que a lo que se refiere el *a quo* es a la falta la antijuridicidad material y no a que “*hay antijuridicidad material*”, pero lo cierto es que la argumentación más que anfibológica, resulta abiertamente contradictoria; basta leer la parte citada pues afirma su convencimiento sobre a la falta de antijuridicidad para luego afirmar “*...si no aparecen otras condiciones en juicio*”, es decir, de su afirmación se colige que con los elementos presentados quedan dudas y por tanto no podría concluirse, como él lo hace, la falta de antijuridicidad material de los hechos, pues admite que en el juicio pueden resultar nuevos elementos probatorios.

No existe duda de que la información suministrada por la Fiscalía no es suficiente para adoptar la decisión en este momento, recuérdese que conforme a la secuencia fáctica descrita por la Fiscalía, Harrison Arley Muñoz Echeverry no solo fue encontrado portando cinco cartuchos, sino que esos cinco cartuchos corresponden a la carga que contenía y pertenecían a un arma de fuego, que luego de examinada se encontró que no era apta para producir

disparos por lo que se sacó de la ecuación con el argumento de que no funcionaba y, por lo tanto, la conducta respecto del arma era atípica, decisión que en este asunto no se discute, pero no por ello es posible también sacar de la ecuación el hecho de que lo que portaba el capturado en flagrancia eran cinco cartuchos que constituían la carga completa de una pistola y que, de hecho, estaban cargados en ella, por lo que no puede dejar de valorarse esta conducta completa para determinar si el comportamiento descrito tiene o no la relevancia para excluir de la antijuridicidad material, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la secuencia fáctica puesta en conocimiento de la Judicatura de manera incompleta.

Revisada a fondo la solicitud de la Fiscalía, fundamentada en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal y su afirmación de que portar unos pocos cartuchos no es antijurídico materialmente, encontramos que incumple sus obligaciones el fiscal pues no arrima al estrado los suficientes elementos de juicio para que el Juez adopte la decisión, y se equivoca el *a quo* al calificar la secuencia fáctica de manera superficial y ligera; pues es necesario una valoración juiciosa y profunda ya que, contando únicamente con la información suministrada, ella resulta insuficiente para adoptar la decisión que se reclama por parte de la Fiscalía, en tanto es necesario valorar otros hechos que rodean o hacen parte de la secuencia fáctica. Información que debe ser suministrada por el Ente Acusador en la audiencia de solicitud de preclusión para que el Juez pueda adoptar una decisión que, como lo ha enseñado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no es un asunto meramente matemático³.

Considera la Sala que el *a quo* acierta en la decisión al negar la preclusión, pero se equivoca en su argumentación y en la valoración probatoria, pues *prima facie* no resulta evidente, como lo dijo en su decisión, que el hecho de portar cinco cartuchos no tenga la capacidad para poner en efectivo riesgo, sin justa causa, el bien jurídico de la seguridad pública, ni tampoco que no se cumplan los principios de intervención mínima y de ultima ratio. Tampoco puede alegarse que debe evitarse llevar este tipo de casos a juicio y que debe

³ Auto del 26 de julio de 1996, Radicado 11843, M.P. Ricardo Calvete Rangel.

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

declararse en este momento procesal la atipicidad de la conducta con los argumentos de economía procesal y las normas rectoras de los artículos 10 y 27, de proporcionalidad y razonabilidad.

En el *sub judice* no está debidamente probada la causal de manera evidente –misma a la que se alude por la Fiscalía con fundamento en los principios moduladores de la actividad procesal- y con todos los elementos que requiere la categoría jurídica de falta de antijuridicidad material que genere de manera inmediata y sin duda alguna la calificación de atipicidad. Quien deprecó la preclusión no ha entregado los elementos materiales de prueba, evidencias físicas, ni argumentos suficientes para que el Juez, después de hacer su valoración, análisis y exposición razonada de las evidencias y elementos materiales probatorios, pueda afirmar que está completamente demostrada la estructuración o configuración del motivo solicitado, más allá de toda duda, en este caso la atipicidad de la conducta.

La Fiscalía se conformó en su intervención en la audiencia con describir la captura en flagrancia, sin mayores elementos de contextualización de la secuencia fáctica y presentó los resultados periciales, a más de su calificación subjetiva de la falta de antijuridicidad material del hecho. Al respecto, la Sala Penal de la Corte ha dicho que la Fiscalía debe demostrar la causal que invoca⁴, precisando que:

“Visto lo anterior, la Sala recuerda cómo constituye carga ineludible de la Fiscalía demostrar la causal de preclusión invocada, lo cual implica entregar a la judicatura elementos de juicio que comporten certeza, plena prueba o conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la estructuración de la misma. Excepcionalmente⁵ se puede llegar a ella por aplicación del principio in dubio pro reo previsto en los artículos 29 de la Carta Política y 7º de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se haya desplegado un trabajo investigativo integral sobre todas las hipótesis delictivas derivadas de la noticia criminal y agotado el acopio de los medios de convicción racionalmente recaudables, sin que se pueda despejar la incertidumbre en torno a los elementos del delito.

En el evento examinado, la Corte encuentra que la Fiscalía no demostró la causal postulada por cuanto las circunstancias particulares del caso demandaban un amplio esfuerzo investigativo para establecer el contexto dentro del cual se emitió la determinación cuestionada, trabajo que

⁴ Auto del 24 de abril de 2013, radicado 40367 M.P. María del Rosario González M

⁵ “En este sentido se ha pronunciado la Sala en anteriores ocasiones, por ejemplo, en el proveído del 14 de noviembre de 2012, Rad. No. 40128.”

no fue desplegado por el ente investigador, que sin mayores argumentos coligió la atipicidad sin que la Sala conozca los elementos en los cuales fundamenta su conclusión.

Es decir, la atipicidad no puede deducirse de los exiguos elementos de juicio hasta ahora aportados, constituidos en forma exclusiva por las copias de la actuación y el interrogatorio de la indiciada porque resultan insuficientes para acreditar la causal propuesta.”

Conforme a lo anterior, consideramos que la petición no está soportada en un mínimo de elementos materiales probatorios, siendo imperioso en este punto recordar que las decisiones judiciales se adoptan con fundamento en las pruebas allegadas, aclarando que en este caso no se trata estrictamente de pruebas como lo establecen los artículos 372 y 373 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas –en este caso los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados- tienen por objeto llevar al Juez al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso. Ha sido enfática la Alta Corporación⁶ en que la causal que se invoque debe estar debidamente probada, lo cual implica que quien solicite la preclusión tiene obligación de entregar los elementos de prueba y argumentos suficientes para demostrar más allá de toda duda, que se configure el motivo, así lo ha dicho:

“De otro lado, la causal que se invoque debe estar debidamente probada, lo que implica que quien solicite la preclusión deberá aportar los elementos de prueba y argumentos suficientes para demostrar, más allá de toda duda, que se configura el motivo.

Al juez le está vedado pronunciarse sobre un aspecto diverso del invocado por el solicitante, pues en el contexto de un sistema adversarial, los interesados tienen la carga de aportar los argumentos y los elementos materiales probatorios en que se soportan⁷”.

Así pues, es razonable afirmar, tal y como acertadamente lo hace la Procuradora, que bajo el pretexto de la economía procesal no puede pretenderse cambiar el escenario probatorio propio para este tipo de discusiones, que es el juicio oral, y trasladarlos a la solicitud de preclusión. Es necesario para poder declararla por atipicidad, en casos como el *sub judice*

⁶ CSJ 1859-2019 Radicado 55045; y SP16-2020, Radicado 55629

⁷ Véase entre otras, CSJ AP del 8 de febrero de 2008, Radicado 28908, citada en CSJ AP6492-2017, Radicado 50009: «La línea jurisprudencial indica que, por norma general, es que el juez no puede pronunciarse sobre causal diversa de la solicitada, salvo determinadas excepciones, igualmente ya decantadas en decisiones de la Corte Suprema de Justicia».

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

que no quede ninguna duda sobre la circunstancia, pues si hay asuntos por definir deberán resolverse en el juicio.

Frente a ello, ha insistido la Corte⁸ en que la preclusión por atipicidad – recordemos que fue esa la causal invocada en el *sub examine*- requiere que no exista duda razonable sobre la ausencia de tipicidad del hecho, es decir, la Fiscalía debe haber agotado todas las posibilidades de investigación para descartar alternativas y conformar que el acto no es punible. Ello encuentra explicación en el carácter vinculante y definitivo de la decisión de preclusión por atipicidad al tener efectos de cosa juzgada, lo cual significa que una vez decretada, cesa la persecución penal y finaliza el proceso; en recientes pronunciamientos el Órgano de Cierre ha precisado que “*esta resolución solo procede cuando se ha demostrado de manera concluyente que el hecho no configura delito alguno*”⁹

La anterior posición ha sido sostenida por esta Sala de Decisión manteniendo el precedente horizontal, en un tema polémico como el que nos concita, siendo procedente recordar que en el año 2016 dentro del asunto con Radicado 05266-60-00203-2014-06983, se resolvió un problema jurídico acogiendo la tesis de que, en ese caso particular, faltaba antijuridicidad material, al estar plenamente probada la insignificancia de la agresión o levedad suma del resultado, concluyéndose que era un delito de bagatela y, por lo tanto, resultaba inútil la actividad penal, apoyados para el efecto en la cita de la sentencia con Radicado 29181 de 2008 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La antedicha tesis se contraponía aparentemente a la que se sostuvo en otra decisión de esta misma Sala de Decisión, en la que se confirmó la condena en un asunto análogo con Radicado 05001-60-00202-2016-19364, una decisión en la que, por una cantidad similar de municiones, se condenó a otro individuo afirmando que no se trataba de un concepto matemático sino valorativo y que el Juez debía analizarlo en cada caso concreto; allí, en extenso, argumentamos:

⁸ CSJ, AP2141-2023, Radicado 62756.

⁹ CSJ, SP1297-2024, Radicado 59688; y AP3976-2024, Radicado 64139.

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

“Antes de dar respuesta a las glosas que las apelaciones hacen a la sentencia, resulta necesario explicitar que la cita de una decisión de esta misma Sala, dentro de la argumentación que apoya la decisión del a quo, resulta disanalógica, considerando que los supuestos fácticos, aunque similares, difieren de manera sustancial en cuanto al sujeto, al ámbito temporo-espacial en que se desarrolla la acción y a las circunstancias que rodearon la captura.

En decisión pretérita la Sala se refirió al porte de cuatro cartuchos calibre 38, y retomando el criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ se afirmó que para determinar la antijuridicidad no debe echarse mano de un criterio matemático sino valorativo porque el juez debe analizar cada caso concreto.

Como devienen de lo explicado hasta ahora, la Sala mantendrá la misma posición teórica en casos de porte de municiones, dejando claro que el asunto que ahora no ocupa es totalmente disímil. En el caso citado por el a quo¹¹ se resumió la situación fáctica así:

“(…) De los elementos materiales probatorios que fueron presentados al juez, para que pudiera formar su convicción, se puede concluir que: (i) El procesado llevaba las cuatro municiones, cartuchos, para revólver calibre 38, en un bolso. (ii) Las municiones son de aquellas utilizadas para armas de defensa personal. (iii) El imputado no tiene antecedentes por delitos dolosos. (iv) El procesado es un trabajador, se desempeñó como vigilante y ahora lo hace como conductor. (v) Tiene arraigo familiar. (vi) En la zona donde fueron incautados, no se tiene noticia de que operen bandas o grupos de delinquentes organizados. (vii) no se tiene noticia de que el imputado pertenezca a una organización criminal.

Resulta que son disímiles a las condiciones del sujeto agente del asunto que ahora nos concita y del espacio en el que se desarrolló la conducta.

El procesado que era vigilante y luego taxista, llevaba las cuatro municiones en un bolso. En la zona donde fueron incautadas no se tiene noticia de que operen bandas o grupos de delinquentes organizados y no se tiene noticia de que el imputado pertenezca a una organización criminal, mientras que en este asunto se estableció que:

La captura ocurrió cerca de la media noche en el barrio San Martín de Porres de la comuna Castilla, carrera 75 con calle 98 de la nomenclatura oficial del municipio de Medellín, frente a una casa abandonada y reconocida como un lugar de expendio de estupefacientes, es decir, en la zona se cometen infracciones contra la salubridad pública.

De igual forma, el lugar de la captura es zona de influencia del grupo delincencial los Buchepájaros y no era la primera vez que el procesado era visto en el sector, o cerca de los sitios que frecuentaba la organización al margen de la ley. Estas circunstancias son determinantes para marcar la diferencia respecto del caso en el que esta misma Sala de Decisión decretó la preclusión, por ausencia de lesividad, en un punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

¹⁰ Auto del 26 de julio de 1996, radicado 11843, M.P. Ricardo Calvete Rangel.

¹¹ TSM, radicado 05-266-60-00203-2014-06983

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

En efecto, la condición temporo-espacial de la acción desplegada por el agente portando 8 cartuchos, son la pauta determinante para afirmar si hubo o no lesión al bien jurídico de la seguridad pública.

Es un hecho notorio que, en algunas zonas o barrios de la ciudad de Medellín, las personas, pero en particular los jóvenes de sexo masculino, no pueden recorrer las calles si no es con la anuencia o beneplácito de la organización al margen de la ley que ejerce control en el territorio. Alguna relación entonces, debe existir entre los Buchepájaros y el procesado para que este no solo transitara cerca de la zona de influencia de la organización sin ninguna dificultad, sino que transitara llevando consigo 8 cartuchos.

Ahora, no es que se esté afirmando que el justiciable es integrante de la organización los Buchepájaros. Precisamente por esta razón es que no se adelanta un juicio por Concierto para delinquir. Lo que se destaca es que la influencia de un grupo al margen de la ley en el sector donde fue sorprendido el sujeto agente, no puede ser ajeno en la valoración de las categorías jurídicas que conforman la conducta punible, como es el de la antijuridicidad.

El delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, es de los que se han clasificado como delitos de peligro, caracterizados porque la conducta tipificada comporta amenaza o puesta en peligro del bien jurídico objeto de protección, en este caso la seguridad pública, y frente a ellos el legislador presume la posibilidad del daño, pero esta presunción no es iuris et de iure, por lo que no basta con realizar el proceso de adecuación típica de la conducta, es necesario verificar si en el caso concreto igualmente se lesionó el bien jurídico tutelado.

Entre los argumentos jurisprudenciales mencionados, pero no adoptados por el a quo para negar la condena, destacó que la antijuridicidad de este tipo de conductas no debe recurrirse a un concepto matemático, sino a un criterio valorativo y que el Juez debe analizar en cada caso concreto si efectivamente se puso en peligro el bien jurídico tutelado, lo que dicho en otros términos, frente a un delito de peligro, se traduce en que la presunción contenida en la respectiva norma, no es iuris et de iure, la presunción es iuris tantum, es decir que admite prueba en contrario sobre la potencialidad de la conducta para transgredir, afectar o poner en peligro el bien jurídico tutelado.

Vista la decisión de esta Sala y su remisión a lo establecido por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo relevante, se hace evidente la disanalogía del supuesto fáctico, aunque la perspectiva teórica que la Sala tiene sobre el asunto es la misma del juez que dictó la sentencia, con la diferencia de que la Sala valora los hechos probados de manera diferente a como lo hizo este”

Volviendo al caso concreto, la afirmación del fiscal de que, si el Juez considera que la secuencia fáctica no contiene antijuridicidad material no es necesario esperar hasta el juicio para decretarlo y por tanto puede hacerse desde ahora, en la audiencia de solicitud de preclusión, sería cierta si no fuera porque parte de una petición de principio en el sentido de que la atipicidad del hecho está probada. A dicho error argumentativo lo induce el a quo cuando afirma, como *obiter dicta*, sin suficientes elementos de juicio, que la conducta no es

antijurídica materialmente; aunque luego resuelve negar la solicitud con el argumento de que la falta de antijuridicidad material no está prevista como causal de preclusión.

Consideramos ligero el dicho de paso, a más de innecesario en la argumentación, pues primero requería el acceso a más información para efectuar la calificación respecto del daño o puesta en peligro del bien jurídico de la seguridad pública pues, iteramos, tratándose del porte de municiones, deberá valorarse de manera particular cada caso concreto y de otro lado si su decisión de negar la preclusión la fundamenta en el argumento de que la falta de antijuridicidad no estaba prevista como causal era superfluo referirse a la tipicidad del hecho. Afirmar la ausencia de antijuridicidad sin mayor sindéresis ni valoración probatoria, indujo en error al fiscal que fundamenta su apelación en ese argumento falaz.

El porte de las municiones por el que se acusó a Muñoz Echeverry es un delito de los denominados por la doctrina como de peligro presunto, frente a los cuales el legislador presume la posibilidad del daño para el bien jurídico tutelado, lo cual no implica que el Juez pueda liberarse de valorar si la conducta juzgada significa una potencial o inminente amenaza para el bien jurídico de la seguridad pública. Luego del proceso de adecuación típica de la acción, no puede simplemente darse por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna “prueba” en contra. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal¹² que:

“Si bien en los delitos de peligro presunto el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción “no puede ser de aquellas conocidas como juris et de jure, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción”.

“Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la

¹² CSJ, Sentencia del 13 de mayo de 2009, Radicado 31362.

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela”

Resulta importante en todo caso advertir que para el caso concreto la Fiscalía tenía unas obligaciones probatorias respecto de la carga demostrativa y argumentativa, las cuales no cumplió en su integridad y, frente a ello, ha enseñado la Alta Corporación¹³ lo siguiente:

“La Sala tiene pacíficamente sentado que la decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación «exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo».

Dicho en otros términos, «la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal».

En ese entendido, la preclusión sólo será viable cuando el peticionario -y en este caso la Fiscalía-, acredite argumentativa y probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii) la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda.” (Subrayas de la Sala)

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión por la cual el Juez Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, **NEGÓ** la solicitud de preclusión incoada por el Ente Acusador.

Esta providencia se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹³ CSJ AP3168-2018, Radicado 53107; y Auto del 10 de abril de 2019, AP1326-2019, Radicado 52706.

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

-En permiso legalmente concedido por la Presidencia del TSM-

NELSON SARAY BOTERO

JESÚS GÓMEZ CENTENO

Firmado Por:

**Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jesus Gomez Centeno
Magistrado
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena
validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2020267b2ad4daf09ec5484624c48a44242a2517c0c918117a531e6baa414

592

Documento generado en 06/12/2024 04:29:58 PM

Radicado: 05001-60-00000-2019-00400
Procesado: Harrison Arley Muñoz Echeverry
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>