

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, veintiocho de marzo de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0031 del veintidós de marzo de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el señor defensora, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 02 de junio de 2021 por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, mediante el cual condenó a los señores JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO, entre otros, a la pena principal preacordada de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, por hallarlos responsables, en calidad de coautores, del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"El día 22 de agosto de 2020, siendo las 23:00 se acerca una persona a la UBIC NORTE y da información sobre varios inmuebles que están siendo utilizados por integrantes de grupos delincuenciales para guardar armas y droga; entre otros, la Avenida 33 Diagonal 56 – 42 piso 15, apartamento 1511 Urbanización Terranova – Las Cometas Bello; Calle 71 58 – 00 primero y segundo piso Barrio Araucarias II; Calle 62 B 60 – 61 Playa Rica; Avenida 48 E 66 – 11 Niquia Camacol. Recibida esta información agentes de la SIJIN dan inicio a labores de verificación, donde logran establecer movimientos en dichos inmuebles que dan a entender que realmente se pueden estar dando las situaciones dadas por la fuente humana, procediéndose a realizar entrevistas a transeúntes y a realizar fijaciones fotográfica de los inmuebles, recaudando los emp y ef para solicitar orden de allanamiento y registro, la cual es expedida llevándose a cabo la diligencia el día 26 de agosto de 2020, con los siguientes resultados:

Los hechos tuvieron ocurrencia el pasado veintiséis (26) de agosto del año dos mil veinte (2020), así:

...

OBJETIVO N° 2. CALLE 71 58 – 00 PISO 1

*A eso de las 03:15 horas, se lleva a cabo diligencia de allanamiento a dicho inmueble, lugar donde fue sorprendido en circunstancia de flagrancia el investigado **JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA**, quien sin permiso de autoridad competente ingresa a este*

inmueble en forma arbitraria y abusando de la confianza de su moradora, ingresa a la habitación y coloca bajo el colchón un arma de fuego tipo pistola marca Smith Wesson Made in USA calibre 9 mm sin numeración, en regular estado y un cargador con 13 cartuchos en su interior. Manifestando el mismo que lo encontrado es de su propiedad y que no porta permiso de autoridad competente, por lo que se procede a su captura y a ponerlo a disposición de autoridad competente.

*Al arma incautada se les llevó a cabo examen hoplológico, el cual da como resultado **QUE ESTA EN BUEN ESTADO Y ES APTAS PARA PRODUCIR EL FENÓMENO DEL DISPARO, Igualmente la munición se ENCUENTRA EN BUEN ESTADO DE CONSERVACION Y SIRVEN PARA SER EMPLEADO EN LAS ARMAS DE FUEGO; igualmente se comprobó que el ciudadano no cuenta con permiso para portar arma de fuego.***

OBJETIVO N° 3. CALLE 71 58 – 00 PISO 2

*1.- A eso de las 04:15 horas, se continúa con la diligencia de allanamiento y registro sorprendiendo en circunstancia de flagrancia el investigado **BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO**, quien sin permiso de autoridad competente conserva bajo el colchón de su cama un arma de fuego tipo pistola BLOW TR17, con número de serie B16/1-18030003 color negro y un proveedor metálico color negro. Igualmente en una silla cubierta con una toalla un arma de fuego tipo pistola marca BERETTA Gardone V.T. con número de serie PX111006, color negro, un proveedor metálico color negro y 15 cartuchos 9mm. Manifestando el mismo que lo encontrado es de su propiedad y que no porta permiso de autoridad competente, por lo que se procede a su captura y a ponerlo a disposición de autoridad competente.*

*A las armas incautadas se les llevó a cabo examen hoplológico, los cuales dan como resultado **QUE ESTAN EN BUEN ESTADO Y SON APTAS PARA PRODUCIR EL FENÓMENO DEL DISPARO,***

Igualmente la munición se ENCUENTRA EN BUEN ESTADO DE CONSERVACION Y SIRVEN PARA SER EMPLEADO EN LAS ARMAS DE FUEGO; igualmente se comprobó que el ciudadano no cuenta con permiso para portar arma de fuego.

...”

En diligencias preliminares realizadas el 27 de agosto de 2020, los señores JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO, entre otros, fueron presentados ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bello, funcionario que verificó la legalidad de los procedimientos de captura y les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES (artículo 365 del código penal), cargo que no fue aceptado por los imputados.

El 19 de octubre siguiente la Fiscal 228 Seccional de Bello presentó escrito de acusación y la formulación oral se instaló el 19 de noviembre de esa misma anualidad en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, oportunidad en la cual la delegada de la Fiscalía y algunos de los procesados manifestaron que habían llegado a un preacuerdo según el cual, frente al asunto que en esta ocasión se estudiará, los señores JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO aceptan su responsabilidad penal en la conducta punible descrita en el artículo 365 del código penal y a cambio se les reconoce la pena establecida

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

para la figura del cómplice, tasándose la pena total en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

En diligencia celebrada el 15 de diciembre de 2020 el juzgador de primera instancia le precisó al señor JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA que en virtud de la negociación a la que había llegado con el ente acusador sería condenado como autor del delito fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones pero que se le aplicaría la pena establecida para el cómplice, además de que no tendría derecho a la concesión de ningún subrogado penal, indicando el procesado que entiende y que su deseo era aceptar el preacuerdo. Igualmente, en audiencia celebrada el 15 de enero de 2021 se le puso de presente la misma información al señor BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO, quien manifestó entender y convalidar el convenio. Finalmente, el 09 de febrero siguiente el fallador aprobó el mismo y emitió el sentido de fallo de carácter condenatorio, previa verificación de que los implicados obraron de manera libre, consciente, voluntaria y plenamente asesorados por su defensora.

El 28 de mayo de 2021 se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y el 02 de junio último se dio lectura al fallo que es motivo de apelación.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En punto de la controversia, el sentenciador de primera instancia le negó la concesión de la prisión domiciliaria a los

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

señores JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO argumentando que se entiende que la negociación consistió en que éstos aceptaban los cargos en calidad de autores y como contraprestación obtendrían la pena para el delito acordado en calidad de cómplices, razón por la cual no cumplen con lo establecido en el numeral primero del artículo 38B del código penal, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima sea igual o inferior de 8 años, ya que el beneficio del preacuerdo solo aplica para efectos punitivos en la aplicación de la pena menor sin cobijar otros beneficios, pues de ser así estaríamos en presencia de un doble beneficio, aunado al desarrollo jurisprudencial que sobre este tema ha realizado la Corte Suprema de Justicia en los radicados 52045 del 20 de mayo de 2020, 52227 del 24 de junio de 2020 y 114112 del 15 de diciembre de 2020.

Además, sostuvo el juzgador, que previo a la aprobación del preacuerdo se le informó a los procesados que no serían acreedores de la prisión domiciliaria teniendo en cuenta el monto de la pena mínima del delito regulado en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000.

Finalmente, reiteró el a quo, que como la emisión de la sentencia condenatoria se hacía en calidad de autores del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, no se cumple con el factor objetivo establecido en el código penal a efectos de conceder la prisión domiciliaria.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La defensa técnica de los señores JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO aclaró que si bien no deprecó la prisión domiciliaria para sus poderdantes, ante la solicitud que éstos le hicieran y para coadyuvar su inconformidad con la sentencia mediante la cual se les condenó, amén de algunas razones que lo han hecho pensar de una manera diferente, pasaría a sustentar el recurso de apelación interpuesto.

Argumentó que por obvias razones la pena preacordada debe estar ligada con la concesión de la prisión domiciliaria, subrogado que representa un derecho para los procesados de conformidad con lo estipulado en la sentencia T-213 de 2011 y teniendo en cuenta que en este evento se cumplen todos los requisitos para acceder al referido beneficio pues sus poderdantes tienen arraigo familiar, no tienen antecedentes penales, el delito regulado en el artículo 365 del código penal no se encuentra enlistado en el canon 68A ibídem y la pena impuesta es inferior a ocho años.

Hizo alusión también el censor al estado de cosas inconstitucional decretado en relación con los establecimientos carcelarios y penitenciarios, a la pandemia generada por el virus Covid-19 y el hacinamiento que se refleja hasta en las estaciones de policía, para concluir que a la pena se le debe poner el alma de la toga y no el azote inhumano de los barrotes.

Agregó que la jurisprudencia en la que fundamentó el juzgador la negativa de la prisión domiciliaria no es unánime, así como tampoco lo son las decisiones que emiten los diferentes jueces de este distrito judicial, circunstancia que desconoce mandatos legales y constitucionales como el contenido en el artículo 13 de la carta política, pues en la actualidad se da un tratamiento diferencial a los procesados según el funcionario que los juzgue ya que algunos niegan la aplicación de un derecho supremo y otros en cambio tienen una postura más benévola y lo otorgan.

Finalizó el recurrente indicando que se debe revisar una auto interlocutorio proferido por una sala de decisión de esta Corporación respecto al control material de los preacuerdos y solicitó que se modifique la decisión impugnada en el sentido de concederle a los condenados la prisión domiciliaria por no vulnerar con ello derecho fundamental alguno.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia se examinará el único punto del disenso referido a la negativa de concederle a los condenados la prisión domiciliaria.

El disenso planteado por el señor defensor está basado en que a sus prohijados se les fijó la pena de cincuenta y

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

cuatro (54) meses de prisión como cómplices del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, quantum bajo el cual deviene procedente la concesión de la prisión domiciliaria pues en el preacuerdo celebrado entre las partes quedó claramente establecida la figura de la complicidad que modifica los extremos punitivos, razón por la cual considera que se vulneran las garantías de los procesados por cuanto se hace una interpretación errónea de los términos del convenio y se da aplicación a una jurisprudencia disconforme y que genera la transgresión del principio de igualdad ante la ley.

Al respecto, tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha fijado una sólida línea en punto de definir que cuando la modificación de la conducta punible (referida a la aplicación de normas no concordantes con el caso específico) se presenta con la única intención de otorgar una rebaja punitiva como contraprestación por la negociación, de ninguna manera se puede entender que la situación fáctica y jurídica inicialmente atribuida se haya variado, y por tanto es sobre esa imputación original que se siguen rigiendo las demás repercusiones procesales y legales, tesis que si bien no es concorde, como lo dice el censor, si es la que se ha mantenido mayoritaria y firmemente vigente durante los últimos años.

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

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

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

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

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

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

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

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

IV) Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mismo.

Para iniciar tenemos que en la audiencia llevada a cabo el 19 de noviembre de 2020 ante el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, la delegada de la Fiscalía expresó los términos de la negociación a la que había llegado con el procesado indicando que *"...los señores DANIEL FELIPE GARCÍA, JUAN FELIPE QUIROZ CHAVERRA y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO, debidamente acompañados de sus abogados defensores, en forma libre y voluntaria han manifestado a esta delegada que aceptan los cargos que les fueron imputados ante el Juzgado Tercero Penal de garantías de Bello y la Fiscalía a cambio de ello les va a señalar la pena que le correspondería a un cómplice, esto es, cuatro años y medio de prisión..."*¹.

Adicionalmente, en diligencia celebrada el 15 de diciembre siguiente, el a quo se dirigió al señor JUAN FERNANDO QUIROZ CHAVERRA indicándole que *"ya le había verificado el preacuerdo pero debo informarle también, como le he dicho a los otros dos procesados, que en esta aceptación de cargos serán condenados como autores del delito de porte ilegal de arma de fuego pero se les aplicará la pena de un cómplice, como lo indicó la señora Fiscal en su momento, por el monto de la pena, como son condenados como autores, no les da para domiciliaria ni para subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ¿entiende lo que le estoy diciendo?"*, quien respondió *"sí señor, entiendo"*. Acto seguido, el juzgador le preguntó si deseaba continuar con el preacuerdo, recibiendo como respuesta: *"claro, obvio, sí señor"*².

¹ Minuto 38:50 a 39:24.

² Minuto 16:28 a 17:05.

En igual sentido, el 15 enero de 2021 se le advirtió al señor BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO por parte de la judicatura que *"como va a ser condenado como autor la pena que aparece en el código es mucho más alta y no le procedería la prisión domiciliaria, esta situación se la he hecho saber a todos también, ¿aún sigue en pie con la negociación haciendo esa salvedad?"* Interrogante al cual contestó el procesado *"¿cómo, cómo?"*, razón por la cual el funcionario le aclaró que *"no procedería la prisión domiciliaria en caso de que usted acepte el preacuerdo. ¿Brayan, entendió?"*, y el señor ARISTIZABAL PALACIO respondió *"no mi señoría, no entendí"*. Ante lo anterior, el a quo le explicó que *"si yo apruebo el preacuerdo no procedería la prisión domiciliaria, no se le concede la prisión domiciliaria porque la pena supera los nueve años en el código, aunque se le aplique la pena de cincuenta y cuatro meses"*, a lo que el acusado asentó diciendo *"si estoy de acuerdo"*. Finalmente, se le preguntó *"¿Está de acuerdo entonces de seguir con el preacuerdo?"*, contestando *"Si señor, de acuerdo"*.³

Antes de dar paso a la audiencia de individualización de pena y sentencia, el 09 de febrero de 2021, estando presentes la delegada Fiscal, los acusados y sus defensores, el juzgador de primera instancia hizo un recuento de la negociación que se le puso de presente expresando que *"ese preacuerdo consistió no en otro asunto que declararse culpables por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, verbo rector, portar, tipificado en el artículo 365 del código penal y dada esa aceptación se degradaría para efectos punitivos, de autoría a cómplice, tasando la pena definitiva en cincuenta y cuatro meses de prisión"*⁴. Y más adelante reiteró el funcionario que *"a la Fiscalía le está dado hacer este tipo de concesiones para una negociación en el*

³ Minuto 04:07 a 17:05.

⁴ Minuto 04:28 a 05:58.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

entendido es (sic) que no van a ser condenados como cómplices, van a ser condenados como autores del delito de porte de arma de fuego así resumido como lo conocemos, artículo 365 del código penal, pero se entenderá que para efectos punitivos únicamente se va a dar esa rebaja, pero serán condenados como autores, así las cosas no hay ninguna extralimitación, no se pacta ningún beneficio, tenían la conciencia de que no se les va a conceder ningún beneficio y continuaron con el preacuerdo y en ese entendido no se afecta ninguna garantía frente al principio de legalidad, mínimos y máximos de la pena fueron tasados, no se desbordó esa facultad Fiscal".⁵

De conformidad con lo anterior, de manera clara se extrae que la aplicación del inciso tercero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 en este evento se dio con el propósito exclusivo de conceder una rebaja punitiva del 50% a los señores JUAN FERNANDO CHAVERRA QUIROZ y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO por su aceptación de cargos a través del preacuerdo, razón por la cual para las demás consecuencias jurídicas, incluido el análisis de la concesión de subrogados o beneficios penales, deben seguirse las normas aplicables a la hipótesis factual atribuida, esto es, la ejecución de la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES en calidad de autores, punible que trae aparejada una penas de prisión de 9 a 12, (artículo 365 del código penal), conclusión que fue amplia y reiteradamente aclarada a las partes e intervinientes por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello en varias diligencias y que se encuentra soportada en el desarrollo jurisprudencial aducido al inicio del abordaje de este problema jurídico y del cual se hará una breve relación:

⁵ Minuto 13:44 a 14:42.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

"Finalmente, debe anotarse que, como atrás quedó dicho, la procesada aceptó su responsabilidad por los delitos que le fueron imputados bajo la forma de intervención relativa a la coautoría, lo que comporta consecuencias jurídicas diferentes a aceptar responsabilidad en calidad de cómplice. Entre ellas, que para este caso la pena mínima para aquellos delitos, como requisito para la concesión de la prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), es la prevista en la forma de participación criminal por la que se admitió la responsabilidad, esto es, coautora."⁶
(Subrayas fuera del texto original)

"También resulta improcedente la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B, toda vez que, como fue expuesto en las instancias, la pena para el delito de homicidio simple, objeto de aceptación, supera en su mínimo 8 años de prisión, lo que descarta la procedencia del citado sustituto en atención al factor objetivo, siendo necesario señalar que la circunstancia de exceso en la legítima defensa fue reconocida para efectos estrictamente punitivos"⁷ (Subrayas fuera del texto original)

Como quedó claro con la jurisprudencia transcrita en precedencia, y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el preacuerdo entre la Fiscalía y los procesados, en este evento no se satisface el numeral 1º del artículo 38B del código penal, pues el delito por el cual fueron condenados los señores JUAN FERNANDO CHAVERRA QUIROZ y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO tiene una pena mínima de 9 años -artículo 365 ibídem-, misma que claramente supera la cifra de 8 años establecida legalmente para acceder a la prisión domiciliaria.

⁶ Corte Suprema de Justicia. AP5285-2018, radicación N° 49671 del 05 de diciembre de 2018.

⁷ En similar sentido ver CSJ SP486-2018, Feb. 28 de 2018, Rad. 50000 y CSJ AP4889-2018, Nov. 14 de 2018, Rad. 53987, postura expresamente reiterada en CSJ AP5285-18, Dic. 5 de 2018, rad. 49671.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

Ninguna duda surge entonces en torno a que en resulta completamente improcedente conceder el sustituto de la prisión domiciliaria, indistintamente de que los señores CHAVERRA QUIROZ y ARISTIZABAL PALACIO pudieras cumplir con los requisitos subjetivos para tal subrogado, pues al no superarse una exigencia de carácter objetivo como lo es que la pena mínima establecida en la ley para la conducta punible reprochada no supere los ocho años, inocuo resultaría pasar a referirse sobre los demás aspectos personales, sociales y familiares de los procesados.

Así las cosas, no es cierto que los condenados satisfagan todos los presupuestos contenidos en el artículo 38B del código penal, como erradamente lo sostuvo el censor, pues, se insiste, el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por el que fueron condenados de manera consensuada y anticipada los señores JUAN FERNANDO CHAVERRA QUIROZ y BRAYAN ARISTIZABAL PALACIO, tiene una pena mínima de 9, incumpléndose así con el primer requisito de la norma aludida, razón por la cual esta Corporación ratificará la sentencia impugnada sobre este aspecto.

Por otra parte, y aunque no es motivo de apelación, esta Corporación abordara de manera oficiosa el tema expuesto en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia en mención, esto es, la orden del comiso de las armas y la munición incautada de existir remanente, a favor del Comando General de las Fuerzas Militares, pues en la actualidad se encuentra vigente una regulación diferente en torno al destino del armamento decomisado.

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

8

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

"Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito.

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

PARÁGRAFO. *La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas blancas que actualmente se encuentran a su disposición."* (Subrayas fuera del texto original).

⁸ Parte final del inciso cuarto del artículo 82 de la Ley 906 de 2004.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

Así las cosas, y teniendo en cuenta que existe una ley posterior que regula de manera especial lo relacionado con la destrucción del objeto material del delito utilizado como medio para la comisión de conductas punibles, deberá dársele cumplimiento a dicha reglamentación y en consecuencia se revocará el numeral cuarto de la sentencia proferida el 02 de junio de 2021 por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello y en su lugar se ordena la destrucción del material incautado así:

(i) arma de fuego tipo pistola marca Smith Wesson Made in USA calibre 9 mm sin numeración; (ii) cargador con 13 cartuchos; (iii) arma de fuego tipo pistola BLOW TR17, con número de serie B16/1-18030003, color negro; (iv) proveedor metálico color negro; (v) arma de fuego tipo pistola marca BERETTA Gardone V.T., con número de serie PX111006, color negro; (vi) proveedor metálico color negro; y (vii) 15 cartuchos 9 mm.

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

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 02 de junio de 2021 por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello y en su lugar se **ORDENA** la destrucción del material incautado así:

(i) arma de fuego tipo pistola marca Smith Wesson Made in USA calibre 9 mm sin numeración; (ii) cargador con 13 cartuchos; (iii) arma de fuego tipo pistola BLOW TR17 con número de serie B16/1-18030003, color negro; (iv) proveedor metálico color negro; (v) arma de fuego tipo pistola marca BERETTA Gardone V.T., con número de serie PX111006, color negro; (vi) proveedor metálico color negro; y (vii) 15 cartuchos 9 mm., siempre y cuando la Fiscalía General de la Nación no requiera los mencionados elementos con propósito investigativo.

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

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

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

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusados: Brayan Aristizabal Palacio

Juan Fernando Quiroz Chaverra

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones

Radicado: 05001 60 00206 2020 12392

(0174-21)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado