REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado mediante acta # 808-A de diciembre 13 de 2015 H: 3:50 p.m.

AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, cuatro (4) de diciembre dos mil quince (2015)
Hora: 8:45 a.m.

Radicación # 666826000048201400796-01
Acusados: JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ Y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
Asunto: Apelación decisión que niega solicitud de preclusión.
Procedencia: Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal
Decisión: Confirma auto opugnado

ASUNTO:

Se ocupa la Sala de resolver la alzada interpuesta por la Fiscalía y la Defensa en contra de la decisión adoptada por la señora Jueza Única Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal en la audiencia celebrada el 6 de noviembre del corriente año, en la cual no se accedió a una solicitud de preclusión de la actuación procesal deprecada por la Fiscalía dentro de la investigación seguida contra de los Procesados **JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ Y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA**, a quienes se le imputaron cargos por incurrir en la presunta comisión del reato de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en la cual negó la preclusión de la investigación deprecada por la Fiscalía delegada.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos que originaron el proceso y que concitan la atención de la Sala, tienen su génesis el 5 de diciembre de 2014, cuando siendo las 23:10 horas, miembros de la Policía nacional que se encontraban patrullando por el sector del barrio Osanan de Santa Rosa de Cabal, le solicitaron una requisa a los señores JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ Y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA, quienes transitaban por el lugar. Como consecuencia de la requisa se encontró en poder del primero un arma de fuego tipo revólver calibre .38 *Special,* con seis (6) cartuchos del mismo calibre en el tambor, y a la segunda, en un bolso que llevaba consigo, se le halló la cantidad de doce (12) cartuchos también calibre 38 *Special* y un porta cartuchos color negro, elementos que luego del estudio balístico resultaron en buen estado de funcionamiento y apta para producir disparos –frente al arma- y, aptos para ser percutidos –cartuchos- motivo por el cual fueron capturados al incurrir presuntamente en la conducta punible de porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sin el debido permiso.

El 6 de diciembre de 2014 se adelantaron las audiencias concentradas ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas, donde se legalizó la captura de los procesados, procediendo la Fiscalía General de la Nación a imputar cargos a JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA por el delito de fabricación tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, dispuesto en el artículo 365 del Código Penal, cargos no aceptados por los encausados. La Fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento.

El 26 de febrero de 2015 presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal sin que se haya llevado a cabo la respectiva audiencia.

Posteriormente, el 24 de agosto del año avante el Ente Acusador consideró que sobrevinieron elementos materiales de prueba por lo

que retiró la solicitud de audiencia de acusación y en su lugar radicó una petición de preclusión a favor de los procesados invocando el numeral 4 del artículo 332 del Código Penal –atipicidad del hecho investigado- arguyendo que se quebrantaba tal tópico toda vez que el porte ilegal de arma de fuego se atribuye es a quien lesiona el bien jurídico protegido por la ley penal por portar un arma sin haberse sometido previamente a los controles que ejerce el Estado para determinar la idoneidad y responsabilidad de la persona para manejar dicho elemento, resquebrajando asimismo la antijuridicidad de la conducta desplegada, y a esa conclusión llega porque según la Fiscalía se demostró a través del CINAR que el arma de fuego incautada al señor PELÁEZ ARBELÁEZ era de su propiedad y que la había comprado a las F.F.M.M. desde el año 1999 pero que su permiso para porte estaba vencido.

Considera la delegada Fiscal que a pesar de estar el salvoconducto vencido, el procesado en algún momento superó los exámenes y requisitos exigidos por el Estado para portar el arma de fuego, por lo que no se puso en peligro la seguridad pública, desapareciendo así la antijuridicidad de su actuar que da lugar a que el encartado no responda penalmente sino ante las autoridades administrativas.

Frente a los doce (12) cartuchos hallados en poder de MARTHA YANETH, advierte que en interrogatorio rendido por JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ éste manifestó que también eran de su propiedad y que los tenía guardados en el bolsillo de una chaqueta que le prestó a ella quien los pasó al bolso que portaba sin percatarse de qué se trataba y por eso fueron encontrados en su poder, coincidiendo con la versión dada por la encartada a la PT. SINDY CAROLINA OSPINA VÁSQUEZ el día de su captura. Indica que mediante declaraciones extrajuicios, rendidas por habitantes de Santa Rosa de Cabal, se dio a conocer la calidad de escolta que por varios años desempeñó PELÁEZ ARBELÁEZ y su buena conducta.

Arguye el ente Fiscal que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable y en este caso falta uno de sus elementos, específicamente la antijuridicidad material al no haberse puesto en peligro el bien jurídico tutelado que por consiguiente afecta la tipicidad.

Finalmente relata que tanto el arma encontrada como la munición pertenecen PELÁEZ ARBELÁEZ y que si bien parte de la munición fue encontrada en el bolso de su acompañante, corresponde al mismo calibre del arma incautada y que no fuera de su propiedad, de ahí que la conducta desplegada por éstos carece de antijuridicidad material por el mínimo de lesividad al bien jurídico protegido, por lo que depreca el archivo del proceso a través de la preclusión.

La Defensa coadyuva la solicitud elevada por la Fiscalía manifestando que la conducta desplegada por sus prohijados carece de antijuridicidad y de tipicidad. Que el señor JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ debe someterse a una sanción administrativa por no renovar a tiempo su permiso para porte, tal como lo dispone la Ley 1119 de 2006. Aduce que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en proceso con radicado 21260 del 18 de noviembre de 2014 con ponencia del Dr. GALÁN CASTELLANOS declaró la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en un caso similar a este donde la persona estaba tramitando la refrendación del permiso para porte, sin embargo cargaba su arma de fuego con la plena convicción que la sola solicitud de renovación lo autorizaba para ello.

Afirma la defensa que de conformidad al artículo 20 del Decreto 2535 de 1993, el permiso se encuentra sin vigencia, pero que ello no supone la inexistencia de dicho permiso, que el artículo 89 literal b del mismo decreto establece que incurre en contravención la persona que porte armas o municiones cuando el permiso haya perdido su vigencia y que por eso las autoridades le pueden decomisar el arma pero que no incurre en un delito por la falta

antijuridicidad material, manifiesta que su representado estaba tramitando la revalidación del permiso desde antes a su captura, para ello anexa copia de consignaciones a favor de Indumil para realizar dicho trámite que además es demorado porque requiere una serie de exámenes, pero que al Procesado le fue renovado el permiso con vigencia hasta el 14 de septiembre de 2018.

Frente a MARTHA YANETH, plantea la Defensa que ella no tenía conocimiento de los cartuchos que estaban en la chaqueta que le prestaron y que el señor PELÁEZ ya reconoció que eran de él por lo que solicita se acceda a la pretensión de la Fiscalía.

El Juez cognoscente no accedió a la petición de preclusión impetrada por la Fiscalía, en cuya contra se alzaron tanto el Ente Acusador como la Defensa.

EL PROVEÍDO CONFUTADO:

La Jueza A quo, una vez escuchadas las partes decidió despachar desfavorablemente la solicitud elevada por la Fiscalía por considerar que sí se había puesto en peligro el bien jurídico protegido por el legislador, ya que se encuentra demostrado que si bien existía un permiso para portar armas, el mismo llevaba sin vigencia aproximadamente 1 año y 8 meses aunado a que se encontraba a altas horas de la noche con el arma porque al parecer existían amenazas en contra del acriminado, indicando que no le resulta difícil pensar que si la llevaba era porque tenía pensado utilizarla en caso de resultar algún evento o incidente. Aduce que no es suficiente que una persona se limite a sacar un permiso en alguna época de su vida y nunca lo renueve, además que el encausado ha trabajado utilizando armas y que por ello conocía la obligación de renovarla pero sólo hasta que fue capturado procedió a hacerlo.

Frente al proceso con radicado 21260 de 2004 referido por la Defensa como similar a éste, arguye que es totalmente falso porque en ese evento el ex oficial procesado adelantó todas las actuaciones necesarias para refrendar su permiso con fecha anterior al vencimiento, que además le informaron que ya la revalidación estaba lista pero que faltaba una de las tres firmas para ser entregado pero podía usar su arma mostrando el aprobado de la refrendación, a diferencia de este caso en el que el señor PELÁEZ ARBELÁEZ no había hecho ningún trámite para la renovación tal como lo expresa él mismo en su interrogatorio.

Aduce que la Ley 1119 de 2006 en su artículo 1 parágrafo 3 establece que el titular del permiso o salvoconducto vencido no puede portar el arma, so pena de que se la decomisen y sin perjuicio de las sanciones penales a las que hubiere lugar, por ello considera que el señor PELÁEZ ARBELÁEZ incurrió en el delito que le fue imputado por la Fiscalía, como quiera se trata de un delito de peligro y con su actuar creó situaciones de riesgo inadmisibles al portar el arma en el momento en el que acompañaba a la Sra. MARTHA YANETH a buscar a otra persona, porque según él estaba amenazado. Refiere decisiones de este Tribunal donde se concluyó que portar armas de fuego con el permiso vencido se equiparaba a no tenerlo y que se deslegitimaba la tenencia del arma. Indica que de precluir este proceso tendrían que precluirse todos los casos en que se tuviere el permiso sin vigencia, conllevando con ello a que las personas saquen el permiso y nunca lo renueven, sin que esa sea precisamente la intención del legislador.

Frente a la señora MARTHA YANETH aduce que si no fue posible precluirle la investigación a su compañero que tenía el permiso vencido, mucho menos a ella que nunca lo ha tenido, pues no hay posibilidad de valorar en ella una causal distinta de preclusión ya que la Fiscalía invocó para los dos procesados la causal 4ª del artículo 332, la cual nada tiene que ver con la señora MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA.

Contra la decisión la Fiscalía y la Defensa interpusieron sendos recursos de apelación.

LAS ALZADAS:

La tesis de la discrepancia propuesta por la delegada de la Fiscalía en la alzada surge al considerar que como Ente Acusador y titular de la acción penal solicitó la preclusión de la investigación a favor de los señores JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ Y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA invocando la causal 4ª del artículo 332 del C.P.P. ante la falta de antijuridicidad material en la conducta atribuida a los procesados, como quiera que pudo comprobar a través del CINAR que al arma de fuego incautada el día 5 de diciembre de 2014 había sido adquirida de manera legal por el señor PELÁEZ ARBELÁEZ desde el año 1999 quien todavía aparece como poseedor legal de la misma, solo que al momento de los hechos tenía su permiso sin vigencia y que los cartuchos hallados en poder de la señora MARTHA YANETH eran de propiedad del señor PELÁEZ, sin embargo aduce, que el Despacho negó tal petición.

Afirma que si bien el permiso para porte estaba vencido, no se vulnera por ese solo hecho el bien jurídico tutelado en la ley, toda vez que el arma de fuego es de procedencia legal y que no se evidencia que en el lugar de los hechos haya ocurrido algún delito utilizando este tipo de arma; replica, que la finalidad del artículo 365 del Código Penal es sancionar a aquellas personas que ilegalmente han adquirido armas de fuego, cosa que no ocurre en este evento porque se trata de un arma de defensa personal, que no es de uso prohibido ni restringido además que fue adquirida de manera directa por el procesado ante *Indumil*, sin querer decir con ello que no deba asumir las sanciones administrativas previstas en la Ley 1119 de 2006 por no refrendar su permiso en tiempo. Frente a MARTHA YANETH esboza la Fiscalía que no advierte que ella tuviera conocimiento de que en el bolsillo de la chaqueta estaban los cartuchos para el arma de fuego, por lo tanto considera que no debe responder por el mismo delito de porte de

armas de fuego, ya que tanto el arma como los cartuchos eran de propiedad de su acompañante.
Finalmente indica que el derecho penal es la última ratio y no se puede sancionar de la misma forma a quien ha adquirido un arma de manera ilegal respecto de quienes cumplen con los requisitos y exigencias del Estado, aunando a que en este momento el propietario del arma cuenta con el permiso para porte con vigencia hasta 2018.

En consecuencia la recurrente solicita que se revoque la decisión de la A quo y en su lugar se acceda a la solicitud deprecada por ella, decretando así la preclusión de la investigación en favor de JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA.

La Defensa informa que se adhiere a la tesis de divergencia planteada de la Fiscalía aunando a que la entidad encargada de la persecución penal es el Ente Acusador y fue él mismo quien pidió la preclusión por atipicidad del hecho investigado ante la falta de antijuridicidad material de la conducta desplegada. Agrega que el hecho de que la autorización pierda vigencia no quiere decir que se pierda el permiso como tal o que la persona no se apta para portar un arma, tanto así que ya su representado tiene renovado el salvoconducto. Finalmente indica que su prohijado por no tener el permiso a día en el momento de su captura merece un reproche social, pero no de carácter penal sino administrativo. Frente a la situación de la Sra. MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA plantea que en múltiples ocasiones se replicó que no tenía conocimiento sobre la existencia de los cartuchos que se encontraban en la chaqueta, porque tanto el arma de fuego como éstos pertenecían a su acompañante.

En consonancia con lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se decrete la preclusión a favor de sus representados.

CONSIDERACIONES:

Competencia:

La Sala se encuentra habilitada funcionalmente para desatar la apelación interpuesta en contra de la decisión del juzgado mencionado, de conformidad con el artículo 34, numeral 1º de la ley 906 de 2004, estatuto procesal bajo el cual se ha venido desarrollando esta actuación.

De igual manera no se avizoran irregularidades de ningún tipo que ameriten el saneamiento del proceso mediante la declaratoria de nulidad de la actuación.

Problema Jurídico:

De las argumentaciones presentadas por las partes se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con los presupuestos necesarios para que la Jueza A quo pudiera acceder a la petición deprecada por la Fiscalía y consecuencia decretar la preclusión de la investigación en favor de los procesados JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA por ser atípica la conducta punible enrostrada en su contra?

De igual forma, como problema jurídico accesorio, en opinión de la Sala surgió el siguiente:

¿Estaba legitimada la Defensa para fungir como recurrente en el presente asunto?

Solución:

Se tiene entonces que en el presente caso la Fiscalía solicita la preclusión del proceso, afirmando estar frente a la causal 4ª del artículo 332 del C.P.P. atipicidad del hecho investigado, porque no podía ser catalogada como antijurídica, ante la ausencia de

antijuridicidad material en la conducta punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones endilgada a los procesados.

Según el Ente Acusador, las razones para que dicha conducta no debiera ser considerada como antijurídica, radicaban en que el señor PELÁEZ ARBELÁEZ al portar su arma de fuego con el permiso sin vigencia no vulneraba o era mínima la lesividad al bien jurídico tutelado por la ley penal, ya que el permiso sí existía sólo que se encontraba vencido, además de que el arma de fuego había sido adquirida por el procesado de manera legal, tan así que ahora cuenta con su permiso renovado y con vigencia hasta 2018. Frente a la señora MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA indica que ella no tenía conocimiento de que en el bolsillo de la chaqueta que le prestaron y que llevaba consigo, había munición para un arma de fuego motivo por el cual tampoco debía ser investigada, tesis coadyuvada por la Defensa.

Para poder determinar si le asiste o no la razón a la Fiscalía Delegada como recurrente, en un principio debemos tener en cuenta que según las voces del artículo 9º del C.P. la antijuridicidad es uno de los elementos que integran la conducta punible, por lo que obviamente sin ella una conducta no se configuraría como delito, sin embargo de acuerdo a la definición que el articulo 11 C.P. hace de la antijuridicidad, ésta se encuentra dividida en dos: a) La formal, que hace relación a la simple y mera contradicción habida entre la conducta y la norma; b) La material, que tiene que ver con la lesión, la amenaza, el riesgo o el peligro que la conducta le genere u ocasione al interés jurídicamente protegido, la cual debe ser eficaz o efectiva, siendo esta última la reclamada a ser tenida en cuenta por la agencia fiscal dentro de la solicitud de preclusión deprecada al Juzgado A quo.

Con base en lo anterior, podemos establecer que en lo que corresponde con la naturaleza jurídica del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o

municiones, este ha sido considerado como un delito de peligro abstracto, porque para su consumación no se requiere una afectación o menoscabo del interés jurídicamente protegido, la seguridad pública, puesto que solo basta con que se genere una efectiva amenaza o puesta en riesgo del objeto jurídico del tipo penal de marras.

Respecto de lo aludido en los párrafos anteriores, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

> *"El artículo 223 de la Carta Política, dicta que "solo el gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de autoridad competente […]. Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale". Así, la adquisición y uso de armas, ya bien sea por parte de particulares o miembros de las fuerzas armadas, se somete a supervisión de autoridades públicas, no hay posibilidad de libre disposición sobre las mismas. Lo anterior, atendiendo que la conservación del orden público y el ejercicio de la fuerza es monopolio estatal.*
>
> *Esa deontología sustenta que se eleve como delito en el artículo 365 del Código Penal, entre otros, el porte, tenencia, fabricación, custodia, adquisición o venta de armas "sin permiso de autoridad competente". Se busca evitar potenciales daños a la pacífica convivencia (substrato de la seguridad pública) y a otros derechos individuales (vida, patrimonio económico),* ***de tal modo que constituye un tipo pluriofensivo, de peligro abstracto y de mera conducta, al anticiparse el legislador a la producción de cualquier resultado lesivo sancionando la conculcación al mencionado principio restrictivo, de control exclusivo****…"*[1]*.*

Además de lo anterior, es de anotar que el delito de porte ilegal de armas de fuego, además de ser un delito de peligro, para su

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Auto del veinticinco (25) de febrero de 2015. AP893-2015. Radicación # 43585. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. (Negrillas fuera del texto).

adecuación típica consagra un ingrediente normativo, en virtud del cual se condiciona la ilicitud de las conductas descritas en ese reato al actuar sin el respectivo permiso de autoridad competente. Lo que nos indicaría que para la adecuación típica del delito de marras se hace necesario acudir, en virtud del fenómeno de la remisión, a las normas que consagran los requisitos que los ciudadanos deben cumplir para que por parte del Estado se les expida un permiso para poder portar un arma de fuego, entre las cuales se encuentra el Decreto # 2.535 de 1993 y la Ley # 1.119 de 2006.

Ahora bien, en lo que atañe con los salvoconductos que avalan el poder portar de manera licita un arma de fuego, si analizamos integralmente las disposiciones del Decreto # 2.535 de 1993, en especial de lo consignado en los artículos 3º, 17, 20, 23 y 40, de las mismas se infiere meridianamente que ese permiso debe encontrarse vigente, lo que *a contrario sensu* nos indicaría que en aquellas hipótesis de pérdida de vigencia del salvoconducto, consagradas en el artículo 40 del Decreto # 2.535 de 1993, el porte de un arma de fuego en tales condiciones se tornaría en ilícito o ilegal, porque la pérdida de vigencia del salvoconducto en esencia implicaría la declinación o la caducidad de la autorización expedida por el Estado, según los términos del artículo 20 ibídem, para poder utilizar o portar un arma de fuego. Por lo que en resumidas cuentas válidamente se podría decir que portar un arma de fuego con un permiso vencido prácticamente vendría siendo lo mismo que llevarla consigo sin ningún tipo de autorización o salvoconducto.

En tal sentido, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

> *"Ahora bien, si, en gracia de discusión, se superan tales falencias argumentativas, y se aborda el punto central en el cual se afianza la réplica, consistente en que portar un arma de fuego de defensa personal legalmente registrada, pero con el respectivo salvoconducto o permiso vencido, no es un delito si no una infracción de carácter*

administrativo, la Sala encuentra que el problema jurídico traído a colación por el demandante carece de asidero.

Sea lo primero advertir que el documento que habilita el porte o tenencia legal de armas de fuego es el permiso o salvoconducto ***vigente*** *expedido por la respectiva autoridad, de acuerdo con lo normado en los artículos 20, 22, 23, 32 y 40 del Decreto 2535 de 1993 (modificada la primera de las citadas normas por la Ley 1453 de 24 de junio de 2011, artículo 5).*

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 39 del citado legajo normativo, establece que para la revalidación de salvoconductos para porte o tenencia de armas de fuego, es obligación del interesado presentar, entre otros documentos, el "Permiso vigente".

(…)

Por último, impera señalar que la compilación legislativa citada por el demandante como no atendida, es decir, la Ley 019 de 10 de enero de 2012, hace referencia expresa al pago de una multa por la refrendación o revalidación extemporánea de los permisos o salvoconductos de armas de fuego legítimamente adquiridas, ***pero de la misma forma consagra explícitamente la prohibición de portar la respectiva arma so pena de incurrir en las sanciones penales a que hubiere lugar****, mientras no se obtenga el documento de rigor, como también de manera perentoria lo establecida la normatividad vigente al tiempo de los hechos…."*[2]*.*

Esclarecido por la Sala el evento consistente en que portar un arma de fuego sin salvoconducto equivaldría o vendría siendo lo mismo que portarla sin el correspondiente permiso, ahora nos correspondería determinar ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas que generaría el portar un arma de fuego que tenga vencido su salvoconducto? La respuesta a dicho interrogante la encontraríamos tanto en el contenido del Decreto # 2.535 de 1993, la Ley # 1.119 de 2006 y en el mismo Código Penal {Ley 599 de 2.000}, de los que válidamente se infiere que portar un arma de fuego con el respectivo permiso vencido podría generar un comportamiento contravencional o delictivo.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 25 de marzo de 2015. Radicación # 44051. MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. (Negrillas fuera del texto).

En lo que corresponde con la conducta contravencional, la que se podría decir que se encuentra tipificada en los artículos 87 y 89 del Decreto # 2.535 de 1993, inicialmente tenemos que la fuente de las sanciones consignadas en esas normas tienen que ver con la hipótesis de la pérdida de vigencia de los salvoconductos que avalan el porte de un arma de fuego, la cual, acorde con lo consignado en el artículo 23 del Decreto # 2.535 de 1993, es de tres años y en caso que no sea revalidado oportunamente el salvoconducto, según los términos del artículo 38 *ibídem*, perderá vigencia dicho permiso según lo consignado en el literal g del articulo 40 *ejusdem*.

Pero es de anotar que la aludida contravención consagró dos penas o sanciones diferentes para los eventos relacionados con el porte o tenencia de un arma de fuego con los permisos vencidos. Así tenemos que el ordinal **"a"** del artículo 87 del Decreto # 2.535 de 1993 tipificó la pena de multa, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, en aquellas conjeturas de revalidación del permiso *«dentro de los cuarenta y cinco (45) o noventa (90) días calendario siguientes a la pérdida de su vigencia, según sea de porte o de tenencia»;* mientras que en el literal **"b"** del artículo 89 *ibídem,* se tipificó la pena de comiso para aquellos casos en las cuales el sujeto agente porte un arma de fuego cuando ha *transcurrido un término superior a noventa (90) o ciento ochenta (180) días* a partir de la pérdida de la vigencia del salvoconducto.

Ahora, en lo que tiene que ver con la tipificación de la conducta delictiva, si nos retrotraemos a lo dicho con antelación respecto a que en muchos aspectos el delito de porte ilegal de armas de fuego, tipificado en el artículo 365 C.P. además de consagrar un ingrediente normativo también se podría considerar como un tipo penal en blanco porque se debe acudir al mecanismo del reenvió para su adecuación típica, lo que en el caso relacionado con el porte de un arma de fuego cuando el salvoconducto se encuentre vencido tendría que ver con aquellas situaciones en las cuales dicho comportamiento se escaparía de la órbita de lo

contravencional, las que como bien lo expusimos con antelación giran en torno a unos límites temporales máximos contabilizados a partir del momento en el que el permiso ha perdido vigencia. Es de anotar que el máximo de dichos limites cronológicos, según la hipótesis reglada en el artículo 89 del Decreto # 2.535 de 1993, es de 180 días, lo cual nos indicaría que en aquellas hipótesis en las cuales una persona detente o porte un arma de fuego por un período que exceda los 180 días contados a partir de la pérdida de vigencia del permiso para porte, dicha conducta ya no sería contravencional y se tornaría en delictiva.

De lo anterior, la Sala válidamente puede concluir que en aquellos eventos en los cuales una persona porte o tenga un arma de fuego con salvoconducto expirado, dicho comportamiento solo sería delictivo cuando han transcurrido más de 180 días contabilizados a partir de la fecha en que el permiso perdió vigencia.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, no existe duda alguna que el Procesado fue sorprendido por efectivos de la Policía Nacional, en las calendas del 5 de diciembre de 2.014, cuando portaba un arma de fuego de la cual tenía un permiso para su porte, el que se encontraba vencido o caducado desde el 16 de marzo del 2013, lo que nos indicaría que estamos en presencia de un delito y no de una contravención como erradamente lo alegaron las partes, porque a partir del momento de la captura del Procesado habían transcurrido más de 180 días contabilizados a partir de la pérdida de vigencia del permiso, lo que, acorde con todo lo dicho con antelación, tornaba en delictivo dicho comportamiento, el que obviamente debería ser catalogado como antijurídico por todo lo dicho respecto de la naturaleza jurídica del delito de porte ilegal de armas, el cual por ser un delito de peligro abstracto conlleva una presunción de amenaza o puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido, por lo que no es necesario su conculcación como requisito para la consumación del reato.

Ahora, no desconoce la Sala que en efecto el Procesado renovó o revalidó el permiso para portar armas de fuego, lo cual no quiere decir, como erradamente lo alega la Fiscalía, secundado por la defensa, que con ese simple comportamiento *ex post* dejó de ser delictiva, por ausencia de tipicidad, la conducta punible enrostrada al procesado. Dicha teoría de la *atipicidad sobreviniente* para la Sala no es de recibo por la sencilla razón que ese acto posterior de la revalidación del salvoconducto en nada afectó la consumación del reato ni la estructura de la tipicidad, la cual sigue vigente en todos sus aspectos fundamentales, si nos atenemos a todo lo dicho con antelación, cuando aseveramos que la conducta de portar un arma con un salvoconducto vencido es casi lo mismo que llevarla consigo sin detentar el correspondiente permiso que avale su porte, lo que no desnaturalizaría la ilicitud de dicho comportamiento según los términos del delito descrito en el artículo 365 C.P.

Para apuntalar lo anterior, a modo de colofón la Sala le recuerda a los recurrentes que la tesis de la *atipicidad sobreviniente* ha sido revalidada por la Corte en los siguientes términos:

> *"Así las cosas, puede concluirse preliminarmente que la conducta de la indiciada, en cuanto la sentencia fue proferida en contravía de lo dispuesto en el artículo 63 precitado, es objetivamente típica.*
>
> *Con posterioridad a ello, concretamente, el 20 de enero de 2014, fue promulgada la Ley 1709 de esa anualidad, cuyo artículo 29 modificó el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.*
>
> *(...)*
>
> *La reforma de las condiciones requeridas para acceder al beneficio permiten concluir que, de haber sido sentenciado con posterioridad a la promulgación de la Ley 1709 de 2014, ZP hubiese tenido derecho a la concesión del beneficio, pues la pena que se le impuso es inferior de 4 años, máxime que, como se consigna en la sentencia censurada, "no le figuran antecedentes penales" (f. 22, c. 3).*

(...)

No obstante lo anterior, razón le asiste a la recurrente al sostener que, sin perjuicio del cambio normativo aludido, en el presente asunto no hay lugar a afirmar la atipicidad sobreviniente de la conducta investigada, pues la norma incriminadora, ninguna otra que el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, que describe el prevaricato por acción, no ha sido modificada ni derogada.

Que los requisitos legalmente establecidos para conceder el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena hayan sido modificados de ninguna manera significa que la sentencia que se afirma prevaricadora haya perdido tal carácter, pues al momento de ser proferida, como quedó visto, la funcionaria pasó por alto lo dispuesto en la normatividad vigente llamada a regular, en ese momento, la situación de hecho.

Desde luego, la Sala no pierde de vista que, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable»; garantía que aparece consagrada, además, en instrumentos internacionales aprobados y ratificados por Colombia - los artículos 9° y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente -, así como en el artículo 6° de la Ley 599 de 2000.

Una de las consecuencias del principio de favorabilidad es, sin duda, la que se sigue de la derogatoria de tipos penales, pues en tal evento, la descriminalización de las conductas obliga, según el caso, a cesar la persecución respecto de quienes están siendo investigados por ese hecho o a reconocer la ineficacia de la sentencia condenatoria proferida con ocasión de la comisión de un delito que ha dejado de serlo.

Pero ello no ha ocurrido en este caso, en el que el hecho de proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, que es el atribuido a CV, sigue siendo constitutivo de delito, sin que sea posible sostener que la posterior modificación de la disposición normativa que se afirma quebrantada - el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 - enerva el reproche penal de la conducta ni su desvalor de acción y resultado, menos aún en tanto el bien jurídico tutelado, que es

«la administración pública en su especifica versión de exigir el respeto de la autoridad a la ley y el Derecho», se vio en todo caso menoscabado.

El Fiscal peticionario, acompañado por la defensa, plantea su argumento, en el sentido de que la conducta atribuida a la indiciada ya no es penalmente reprochada, aduciendo que si un Juez actualmente favorece con la suspensión condicional de la ejecución de la pena a una persona condenada a la pena de 38 meses y 9 días de prisión, no incurrirá en delito.

Pero ese planteamiento es artificioso, pues lo que debe ser cuestionado a efectos de establecer si la norma incriminadora desapareció es si favorecer con ese subrogado a quien no cumple con los requisitos legalmente previstos para ello - cualesquiera que sean - constituye una conducta típica; cuestionamiento al que necesariamente debe responderse de manera afirmativa, pues como ya se dijo, el tipo penal que define el prevaricato por acción subsiste, sin modificaciones, en el ordenamiento vigente.

Puesto de otra forma, la acción de beneficiar con el subrogado en comento a quien no satisface los presupuestos fijados en la ley para dicho efecto - esa es la acción que se le atribuye a CV- sigue estando prevista en el ordenamiento como delito y, en consecuencia, de ninguna manera es posible afirmar la atipicidad sobreviniente de la conducta cuya comisión se reprocha a la nombrada…"[3].

Como corolario de todo lo antes enunciado, concluye la Sala que la A quo estuvo atinada en la decisión confutada, porque en efecto la conducta enrostrada en contra del señor JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ, de portar un arma de fuego cuyo salvoconducto se encontraba vencido, si debe ser considerada como delictiva. Además en este asunto no procedería el fenómeno de la atipicidad sobreviniente por el simple hecho que el procesado haya revalidado la vigencia del salvoconducto, porque tal evento en nada afectaría la estructura de la tipicidad ni convalidaría la consumación del reato.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 22 de abril de 2015. Rad. # 45138. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

En lo que corresponde con la situación de la también Procesada MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA, la Sala considera que la Juez de la causa acertó en los argumentos esgrimidos para no acceder a la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, en atención a que el Ente Acusador pretendió hacer extensivas hacia la Procesada MARTHA YANETH GIRALDO las circunstancias relacionadas con la atipicidad que solo redundaban en favor del Procesado JULIO CÉSAR PELÁEZ. Tal situación, le hace concluir a la Sala que la Procesada MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA no podía ser beneficiaria de la causal de preclusión deprecada en su favor por la Fiscalía.

Siendo así las cosas, la Sala le dará un espaldarazo a la decisión adoptada por la A quo cuando procedió a no precluir la investigación en favor de la Procesada MARTHA YANETH GIRALDO.

Finalmente, frente al recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la decisión de la A quo, es menester recordar que la misma no está legitimada para interponerlo, por carecer de interés para recurrir, por no haber sido precisamente ese sujeto procesal quien estaba legalmente autorizado para solicitar la petición de preclusión en la fase procesal en la cual la misma tuvo ocurrencia. Así las cosas, considera este Juez Colegiado que la apelación interpuesta por la defensa no tiene vocación ni siquiera para ser estudiada.

Sobre lo anterior, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

> ***"La Sala advierte que la postulación y sustentación de los recursos contra la decisión que ordena o no la preclusión, también debe tener origen en la parte habilitada para incoar esa petición.***
>
> *En primer lugar, valga resaltar que en fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 marzo de 2006, adoptado en el radicado 24749, amparó los derechos al debido proceso, a la defensa y a la igualdad del*

accionante a fin de garantizarle el derecho a la segunda instancia respecto a la decisión tomada por el Tribunal Superior de Manizales, de negar la petición de preclusión elevada por la Fiscalía, aduciendo que carece de legitimidad.

(…)

2. No obstante los anteriores planteamientos, la Corte precisó la jurisprudencia al respecto mediante providencias del 1° y 15 de julio de 2009, adoptados en los radicados 31763 y 31780, argumentando que la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión es aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervinientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo, no para intentar uno novedoso.

En efecto, no resulta lógico dentro de la sistemática que contempla la Ley 906 de 2004, que en la etapa de indagación e investigación, se permita que una parte diferente interponga y le sea resuelto un recurso (cuando el Fiscal ha renunciado a esos medios de gravamen), pues ello equivaldría, ni más ni menos, a que un sujeto procesal diferente del Fiscal quedase habilitado para postular la preclusión, en oposición manifiesta al mandato legal que concedió esa facultad de manera exclusiva al acusador, tal como quedó cabalmente expuesto en precedencia.

Si la petición de preclusión compete únicamente a la Fiscalía, y las demás partes sólo pueden acudir accesoriamente a coadyuvar o a oponerse a su pedido, la inconformidad con lo resuelto igualmente es de resorte exclusivo de esta parte, contexto dentro del cual los otros intervinientes pueden actuar exclusivamente como no recurrentes, eso es, su actuación se condiciona a que el peticionario recurra, para, ahí sí, participar respaldando o rechazando los recursos de la Fiscalía.

De tal suerte si el órgano investigador está conforme con la decisión judicial y la consecuencia de ello es que no impugna, a pesar de lo cual se habilita a otros intervinientes para recurrir, ello comportaría una perversión del sistema, en tanto por esta vía se permitiría, en contra del expreso mandato legal, que una parte ajena a la Fiscalía solicitara la preclusión, pues ese es el alcance real de un recurso ajeno al ente investigador.

(…)

Así las cosas, como ha quedado explicado en el cuerpo de esta providencia, sólo el delegado del Fiscal General de la Nación, en la etapa de indagación e investigación, está facultado para solicitar la preclusión y, por ende, habilitado para interponer los recursos ordinarios…"[4]. (Negrillas de la Sala)

Siendo así las cosas, estima la Sala que no tiene vocación de prosperar la tesis planteada por la Fiscalía Delegada y que por el contrario la Jueza de primera instancia estuvo acertada al negar la solicitud de preclusión deprecada por el Ente Acusador en beneficio de los señores JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA, por lo que el proveído opugnado deberá ser confirmado.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal en audiencia de preclusión realizada el 6 de noviembre del presente año, por medio de la cual negó la solicitud de preclusión deprecada por la Fiscalía.

SEGUNDO: ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación impetrado por la Defensa de los señores **JULIO CÉSAR PELÁEZ ARBELÁEZ y MARTHA YANETH GIRALDO ATEHORTÚA**, frente a la decisión adoptada por la Jueza Única Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal en la fecha y audiencia referida anteriormente, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

[4]Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 15 de febrero de 2010. Proceso radicado # 31767. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

TERCERO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno en lo que tiene que ver con la alzada interpuesta por la Fiscalía. Pero respecto a la inhibición de resolver la apelación interpuesta por la Defensa, procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria