República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Magistrado Ponente

C.U.I. 13-001-6001129-2023-02118-01
Radicación n°. G20 0014-2024
Acta 85

Cartagena de indias, D, T y C., veinte (20) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

O B J E T O

Sería del caso resolver el recurso de apelación presentado por el Fiscal Seccional n° 52 contra el auto proferido el 21 de marzo de 2024 por el juzgado 3° penal del circuito de Cartagena a través del cual negó la solicitud de preclusión que esta parte elevó en favor de **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN** por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, de no ser porque se advierte la improcedencia de la alzada.

H E C H O S

En Cartagena, el 6 de abril de 2023 aproximadamente a las 13:40 horas, específicamente sobre la transversal 54 en inmediaciones de la Universidad del Sinú ubicada en el barrio Buenos Aires, *Saul De Ávila y Eneida Mondol Castro* en calidad de patrulleros de la policía nacional mientras realizaban sus labores funcionales de seguridad ciudadana, observaron a una persona a bordo de una motocicleta de placas MOF-36G, el conductor al notar la presencia policial aumentó la velocidad, se inicia una persecución a quien finalmente interceptan en inmediaciones de la Universidad del Sinú, una vez se le práctica registro personal lo hallan en posesión de un arma de fuego catalogada como *"traumática"*, *"baja letalidad"* o *"letalidad reducida"*, tipo pistola calibre 9 mm con proveedor, esta persona identificada como **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN** les manifestó que no tenía permiso para el porte.

> El examen balístico del arma de fuego concluyó que se encontraba en condiciones óptimas para producir el disparo, y se describió como: arma tipo pistola traumática calibre 9 mm modelo Marca Glow, TR92 N° serie B1RI1-20081588 sin número interno longitud del cañón 110.71 mm, funcionamiento semiautomático capacidad para alojar un cartucho compatible con su calibre al interior de su recamara, puede alojar un proveedor con capacidad de 15 cartuchos.

A N T E C E D E N T E S

Por los anteriores hechos, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación el 7 de abril de 2023 a **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN**, como autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (Art. 366 del Código Penal). El 10 de abril de 2023 el imputado fue afectado con detención preventiva privativa de la libertad en establecimiento de reclusión[1].

El escrito de acusación fue radicado el 3 de mayo de 2023. En este se indicó que se acusaba a **TORRES ESTUPIÑÁN** por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. Este proceso fue repartido[2] al juzgado 3° penal del circuito de Cartagena en ese despacho fracasaron algunas sesiones que tenían por fin instalar la audiencia de acusación[3].

El 27 de febrero de 2023 la juez dio inicio a la audiencia con la presencia de la fiscalía, la defensa y el procesado privado de la libertad, otorgó el uso de la palabra a las partes en punto a si tenían alguna solicitud de saneamiento procesal.

La fiscalía manifestó que, tal como se indicó en sesión del 13 de diciembre de 2023, quería variar la naturaleza de la audiencia y adicionalmente a ello realizar planteamientos de la sentencia C-014-2023 de la Corte Constitucional, anunciando que solicitaría la preclusión en favor del procesado.

---

[1] Que fue sustituida posteriormente con medida de detención en lugar de residencia.
[2] 04-05-2023.
[3] 13-09-2023, 26-10-2023, 13-12-2023.

La juez expuso que teniendo en cuenta que esta es la oportunidad para que la fiscalía decida si quiere acusar o precluir, bien puede solicitar el cambio de audiencia de acusación a preclusión.

En la solicitud el fiscal: *i)* hizo referencia a los hechos jurídicamente relevantes; *ii)* explicó que se incurrió en un yerro en la imputación por parte del fiscal que imputó en tanto la descripción del arma no se ajusta a las exigencias del Decreto 2535 de 1993 frente a las armas de uso privativo pues se trataba en principio de un arma de un arma de uso personal conforme al Art. 365 del Código Penal; *iii)* afirmó que el fiscal de ese momento se dijo que la acusación que se hacía lo es por el delito de Art. 365 del Código Penal.

Refirió que atendiendo a que el arma de fuego incautada por los patrulleros corresponde a un arma de letalidad reducida que de acuerdo con el contenido de la ley 2197 de 2022 del 25 de enero enseña en el Art. 25 del título 4°[4].

Explicó que la ley 2197 de 2022 fue objeto de diversas demandas, que finalmente el 2 de febrero de 2023 la Corte Constitucional las resolvió en sentencia C-014- 2023, entre las normas demandadas se encontraban el Art. 25 el parágrafo 1°[5]. Por lo anterior, afirma que al

---

[4] *"**ARTÍCULO 25. Ámbito de aplicación.** El presente Titulo se aplica a todas las personas naturales y jurídicas nacionales de conformidad con lo establecido en la presente norma, con excepción de la Fuerza Pública en el cumplimiento de su misión Constitucional, Legal y Reglamentaria.*
***PARÁGRAFO 1.** Las personas nacionales podrán adquirir, portar, comercializar, importar y exportar armas, elementos y dispositivos menos letales; accesorios, partes y municiones, conforme a lo establecido por la Industria Militar y el Departamento Control Comercio de Armas y Explosivos (DCCAE)"*
…
***ARTÍCULO 27. Competencia.** Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones, son autoridades competentes para incautar y decomisar armas, elementos y dispositivos menos letales.*
a) Para incautar:
1. Todos los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública cuando se hallen en cumplimiento de las funciones propias del servicio…"

[5] *"**cargo noveno: contra los parágrafos 1° y 2° del artículo 25 por presunta vulneración del monopolio de las armas**. Los demandantes en el expediente D-14691 alegan que los parágrafos 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 2197 contrarían los artículos 22A y 223 de la Constitución Política. A su juicio, el parágrafo 1° prevé "las expresiones 'adquirir', 'importar', 'exportar' y 'comercializar'" armas, elementos y dispositivos menos letales, accesorios, partes y municiones, en cabeza de los nacionales, y no tiene en cuenta que estas son "actividades que sólo el Estado puede ejecutar en virtud de su exclusiva potestad de usar la fuerza y todas las armas.*
…
***270.** El artículo 25 de la Ley en comento, se ocupa del ámbito de aplicación del Título IV. El parágrafo 1° prevé que, bajo ciertos parámetros que se desarrollan en dicha ley, las personas nacionales puedan "adquirir, portar, comercializar, importar y exportar armas, elementos y dispositivos menos letales; accesorios, partes y municiones". Lo anterior, en todo caso, solo puede efectuarse de conformidad con la regulación que establezca "la Industria Militar y el Departamento Control Comercio de Armas y Explosivos (DCCAE)", y conforme a los demás parámetros establecidos por la Ley 2197 de 2022. De esta manera, no se trata de una disposición que contenga una habilitación plana y amplia para llevar a cabo las actividades indicadas, en relación con las armas, elementos y dispositivos menos letales.*
***284.** Ahora bien, la Sala Plena advierte que la categorización de las armas menos letales aún está en desarrollo tanto en el ámbito nacional como en el internacional. De allí, que, por una parte, organismos internacionales recomienden la creación de una regulación y la profundización en estudios técnicos que permitan precisar el grado de letalidad de los elementos que hasta ahora se consideran como de menor letalidad. Y que, por otra parte, se evidencie un vacío normativo que permite la comercialización descontrolada de un buen número de elementos. Ante este escenario, la Sala considera que lo más apropiado es que el Legislador sea lo más preciso y claro posible en el contexto de evolución sobre qué se entiende por armas menos letales, de modo que la reglamentación que haga el Gobierno se limite a regular tan solo las especificidades en la materia. Para ello, el legislador debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 223 de la Constitución y las reglas*

haberse declarado la inconstitucionalidad de la norma demanda donde se institucionalizó el porte de armas de baja letalidad ya no es típica la conducta.

Decantado esto, solicitó la preclusión con fundamento en el Art. 332 causal 4° y subsidiariamente la 6° del código de procedimiento penal[6]. La defensa coadyuvó la petición planteada por la fiscalía.

En sesión del 21 de marzo de 2024 la juez negó la solicitud de preclusión elevada por la fiscalía teniendo en cuenta las siguientes razones: *i)* hizo un recuento de los hechos en los que se halló un arma de letalidad reducida a **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN**; *ii)* que si bien la fiscalía considera que no se tipifica el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego conforme a la sentencia de Constitucionalidad C-014-2023, no es cierto que con la declaración de inexequibilidad desaparezca el elemento normativo de solicitarle a los ciudadanos colombianos tener un permiso para el porte de un arma traumática, en tanto, la Corte no estudió la Constitucionalidad o no de la exigencia de un permiso por parte del Gobierno nacional, por el contrario, se da por sentado que el Estado tiene el monopolio de todas las armas, es decir, que los ciudadanos pueden poseerlas solo con salvoconducto por parte del Estado que se encarga de regular la materia, lo cuestionado es que se haya dejado de lado el Monopolio y se les haya dado a particulares la facultad de comercializar armas de fuego; *iii)* por tanto, dicha norma no interfiere en la configuración de la exigencia o configuración para el delito para quien porte un arma traumática de las descritas en el Decreto 1417 de 2021 y 1563 de 2022; *iv)* la Ley 2197 en su Art. 26 se encuentra vigente establece que los particulares podrán portar las armas, elementos, y dispositivos menos letales, accesorios, partes y municiones con permiso expedido por el DCCAE o quien haga sus veces. el permiso concedido a los particulares para el porte de las armas, elementos y dispositivos menos letales se

jurisprudenciales respecto al monopolio de las armas, en particular, que (i) el porte, uso, tenencia, importación, fabricación, venta, etc. de armas por los particulares sólo opera bajo la autorización del Estado, a quien le corresponde discrecionalmente conferir, suspender o retirar los permisos y salvoconductos respectivos y (ii) en materia de importación, el Estado tiene el monopolio de las armas.
285. *Decisión. Por las razones anteriores, la Sala declarará la inexequibilidad del parágrafo 1° y 2° del artículo 25, al igual que el artículo 30 de la Ley 2197 de 2022.*
[6] Como EMP aportó: *i)* informe de captura en flagrancia de fecha 6 de abril de 2023; *ii)* acta de incautación del arma; *iii)* informe de análisis del arma; *iv)* registro fotográfico del arma.

expedirá bajo la responsabilidad del titular y no compromete la responsabilidad del Estado por el uso que de ellas se haga; es decir, se reafirma la necesidad de un permiso especial para el porte de armas traumáticas, configurándose de manera objetiva la tipicidad en el delito contenido en el Art. 365 del Código Penal; *v)* negó la petición subsidiaria de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia porque el fiscal no manifestó cuales eran las pesquisas que no había podido adelantar o que adelantó, *"se trata de un delito que se encuentra en etapa de investigación…"*.

Inconforme con la determinación el fiscal presentó recurso de apelación, frente a la negativa de precluir por la causal n° 4, teniendo en cuenta que: *i)* es evidente que la decisión C-14-2023 apunta inequívocamente a dejar sin punibilidad el porte de armas traumáticas; *ii)* desapareció el carácter punitivo de esta acción lo que se desprende del art. 27.7 del Código nacional de policía cuyo carácter es preventivo y diferencial a medida sancionatorias del derecho penal; *iii)* basta con leer el Titulo II del Decreto 2197 de 2022 *Normas Que Modifican La Ley 599 De 2000 - Código Penal*, en acatamiento del principio de legalidad cual es el referente normativo para penar a quien porte un arma de fuego de baja letalidad, no solo porque no se indica pena, pues esta es para armas industriales y no para traumáticas, razón por la cual el Art 25 parágrafo 1° de la ley 2197 de 2022 crea esa conducta y fue declarado inexequible; *iv)* si bien es cierto la demanda de inconstitucionalidad aludió a que el Estado estaba trasladando a los nacionales o personas extranjeras la comercialización de armas traumáticas, al llevarse de tajo la norma, no se puede fragmentar la inconstitucionalidad, interpretación sesgada de la sentencia en mala parte; *vi)* que el antecedente de las armas traumáticas fue el Decreto 1417 del 2021 entre otras cosas, está un antecedente como la Ley 1119 de 2006, incluso en el Decreto 0155 de 2016 ya se hablaba de armas traumáticas, al punto que hoy en día su comercialización ha vuelto a centros comerciales como si se tratara de cualquier objeto de venta normal al público; *vii)* en estricto derecho del principio de legalidad es tal el vacío que existe en cuanto es impensable poder adelantar acción penal, salvo la actuación administrativa previsto en el código nacional

de policía para quien porte un arma traumática sin permiso que incluye entre otras cosas el retiro o la prohibición de porte.

Por último, el recurso fue concedido ante esta Sala en el efecto suspensivo correspondiéndonos por reparto de fecha 18 de abril de 2024. El asunto pasó al despacho el día 26 de abril de 2024.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, sería del caso resolver el recurso de apelación presentado por el Fiscal Seccional n° 52 contra el auto proferido el 21 de marzo de 2024 por el juzgado 3° penal del circuito de Cartagena a través del cual negó la solicitud de preclusión que esta parte elevó en favor de **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN** por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, de no ser porque se advierte la improcedencia de la alzada.

Marco teórico de la preclusión[7]

De conformidad con los artículos 250 de la Constitución Política y 200 de la Ley 906 de 2004, está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y la prosecución de la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de la misma.

Es decir, como fue despojada de funciones jurisdiccionales, el legislador facultó a la fiscalía para solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, con arreglo a la ley, no hubiera mérito para acusar.

[7] la Sala hará uso, mayormente, del proveído de fecha 15 de febrero de 2010, radicación n° 31767 proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Los artículos 331 al 335 de la Ley 906 de 2004 regulan el tema relacionado con la preclusión, permitiendo al fiscal solicitar al juez de conocimiento esa decisión en cualquier etapa de la actuación, -indagación, investigación y juzgamiento-, si no existe mérito para acusar y se comprueba la existencia de cualquiera de las siguientes causas: ***1)*** *imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;* ***2)*** *existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal;* ***3)*** *inexistencia del hecho investigado;* ***4)*** *atipicidad del hecho investigado;* ***5)*** *ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;* ***6)*** *imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y* ***7)*** *vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del CPP.*

Ahora bien, si se presenta en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales relativas a: **1)** la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal y **2)** la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público o por la defensa[8].

En consecuencia, se puede concluir que la regla es clara que antes del juzgamiento es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por todas las causales del artículo 332, pero en sede del juicio se habilita, además del acusador, al Ministerio Público y a la defensa, para que puedan hacer similar solicitud, pero en tal caso la pueden presentar exclusivamente por los motivos 1° (imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal) y 3° (inexistencia del hecho investigado). En el juzgamiento, **entonces, la decisión sobre las restantes hipótesis debe diferirse para el momento de proferir el fallo.**

No obstante, acerca de la posibilidad de que el fiscal plantee una solicitud de preclusión en el juzgamiento por fuera de las causales que el mentado canon señala la Sala ha indicado que puede hacerlo siempre y cuando medie retiro del escrito de acusación.

[8] Auto del 26 de enero de 2009. Radicado 30847.

De esta forma, en proveído (Radicado: 13-001-60-01129-2019-02738-00 Interno: G20 No. 0012-2022 MP Patricia Helena Corrales Hernández) precisó:

> *"Sin perjuicio de lo anterior, es posible que, en ciertos casos, tras la radicación del escrito de acusación, la fiscalía advierta la configuración de una causal preclusiva diferente a las señaladas precedentemente y, en tal contexto, opte por retirarlo en aras de quedar habilitada para requerir el fenómeno extintivo de la acción penal por cualquiera de los otros motivos de cesación del procedimiento instituidos en el canon 332…*
>
> *… Se trata de una posibilidad que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido de antaño, y refrendado recientemente[9]: "… en torno al (ii) retiro del escrito de acusación, esta Corporación ha admitido la posibilidad de que acontezca antes de que se haga efectiva la formulación de la misma en la audiencia respectiva (CSJ AP, 5 sep. 2018, rad. 53560, AP, 29 jun. 2016, rad. 48343, entre otras),*
>
> *al señalar que: «Si el fiscal es el "dueño de la acusación" y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.*
>
> *Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna. (CSJ 21 de Mar. 2012, Rad. 38256)».*
>
> *… La facultad de retirar el escrito de acusación deviene del hecho de ser esta un acto exclusivo de la Fiscalía, como titular de la acción penal y dada la obligación que constitucional y legalmente le fue impuesta -artículos 250.4 de la Carta Política, y 15, 51, 56.8, 114, 116, 175, 336, 339, 350 y siguientes del C. de P. Penal-.*
>
> *De donde deviene inobjetable que, si bien el fiscal delegado ante el Tribunal no fue rotundamente claro en el sentido de retirar el escrito de acusación presentado por la fiscal seccional -como ha debido serlo para evitar traumatismos como los presentados-, esa fue la finalidad de su intervención en las audiencias de preclusión, como así lo señaló en la últimamente realizada el 21 de mayo de 2019, haciendo uso de sus prerrogativas, conforme lo admitido por la jurisprudencia, dado que para entonces no se había formulado la acusación en audiencia…"*

Solución del caso

Encontrándonos en la etapa de juzgamiento ─debido a que se radicó el escrito de acusación desde el 3 de mayo de 2023 y sin que se verbalizara la acusación como acto complejo─ la Fiscalía General de la

[9] SP 2424-2021.

Nación solicitó la preclusión en favor de **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN** por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones previsto en el Art. 365 del Código Penal, específicamente, por las causales 4° y 6° contenidas en el Art. 332 del Código de Procedimiento Penal, estas son: *atipicidad del hecho investigado* e *imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*.

Tal como se acotó, la Fiscalía puede retirar el escrito de acusación hasta antes de completar dicho acto complejo a través de su verbalización.

Conoce la Sala que el retiro del escrito de acusación no requiere decisión judicial. No obstante, se considera que este debe ser expresamente señalado por el ente persecutor, de lo contrario, se admitiría un ejercicio de intromisión en las facultades conferidas Constitucional y Legalmente al gerente de la acción penal.

Del examen del proveído SP2424-2021 se extrae que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ─en un caso donde un fiscal solicitó la preclusión, cuando el escrito de acusación se encontraba radicado, por la causal 4° del Art. 332 CPP─ consideró que, si bien el ente acusador no fue explícito en el sentido de retirar el escrito de acusación así lo dejó ver en sesiones posteriores, por lo que sí existió aquella voluntad.

En esas condiciones fue que se concluyó: *"las mismas se conciben aducidas bajo la perspectiva de que, ante el retiro de la acusación, persistía la imputación y, por tanto, para culminar la investigación solicitó la preclusión de la misma, según lo peticionó taxativamente…"*.

Entonces, se trata, si se quiere, de una regla jurisprudencial según la cual: siempre que el fiscal manifieste que retira el escrito de acusación, así sea con posterioridad a una postulación de preclusión corresponde, por teleología, entender que su voluntad inequívoca es esa y no otra.

Solo en esos casos, indica la Corte lo que se debe hacer es: *i)* verificar el retiro del escrito de acusación, **según lo manifestado** por la fiscalía *ii)* analizar de fondo la preclusión solicitada para decidir al respecto, antes que rechazarla por improcedente bajo el entendido que la simple presentación de aquel escrito, imposibilitaba su retiro por abrir la compuerta de la etapa del juicio, pues, en tal sentido, insistentemente ha decantado la jurisprudencia especializada, que es la formulación efectiva de la acusación en la audiencia lo que determina ello.

En nuestro caso, una vez verificados los registros de las audiencias de fecha: 13 de diciembre de 2023, 27 de febrero de 2024 y 21 de marzo de 2024, no es posible extraer, en ningún momento, que el fiscal retirara el escrito de acusación.

De esta forma, en sesión del 13 de diciembre de 2023 el persecutor lo único que hizo fue anunciar que haría una solicitud de preclusión y solicitó la reprogramación de la audiencia:

> *"**JUEZ:** Damos inicio entonces a esta audiencia de formulación de acusación preguntándole a las partes, pues como se dejó constancia en la anterior audiencia, al parecer iban a llevar un preacuerdo… ¿Hubo o no conciliación sobre los términos del preacuerdo o se va a continuar con el trámite ordinario el señor fiscal?*
>
> ***FISCAL:** Doctora, a ver, la verdad es que, si bien en un principio se contempló esta posibilidad, la Fiscalía y por supuesto contando con su con su venia y el respaldo de la defensa, quisiera solicitarle aplazamiento por la siguiente razón.*
>
> *En la Fiscalía, en este momento, señora juez, liderada incluso por mí, que usted ahora se dirige, estamos haciendo un estudio a partir de la inconstitucionalidad que hizo la corte en la sentencia C 14 de este año, en lo que tiene que ver con las armas traumáticas a la conclusión a la que hemos llegado incluso los compañeros fiscales de URI.*
>
> *Ya no están legalizando capturas, no están solicitando medida de aseguramiento frente al Corte de armas traumáticas, por cuanto la apreciación que tenemos es que las armas traumáticas a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad que hizo la Corte en la sentencia C 14 de este año, que, si bien estaba referida fundamentalmente a la comercialización de este tipo de armas, por extensión incluyó el delito.*
>
> *Que fue incluido en el decreto que en su oportunidad dispuso el Gobierno del Presidente Duque. Arrastró, si se nos permite la expresión con la penalización que se había hecho de ese comportamiento. En otras palabras, hoy por hoy creemos en la percepción que tenemos que el Corte de armas a partir de este pronunciamiento de la Corte Constitucional quedó igualmente como estaba en un principio, es decir, dejó de ser punible.*
>
> *Y en ese sentido quisiéramos, señora juez. De hecho, esta mañana estamos reunidos en ese sentido, que se nos señale un término, pues lo más corto*

posible, que nos haya permitido llegar a una conclusión. Frente a ello, y de ser así, por supuesto, la medida o la solución final de este asunto, indudablemente sería de una naturaleza diversa. Por esa razón, entonces, señora juez, respetuosamente le solicitamos nos dé el aplazamiento con la finalidad a la que hemos hecho referencia…"

En la audiencia del 27 de febrero de 2024 tampoco manifestó el fiscal que retiraba el escrito de acusación:

*"**JUEZ:** Entonces el despacho concede el uso de la palabra a los sujetos procesales con el fin de que manifiesten si tienen alguna causa de incompetencia, recusaciones o nulidades que proponer fiscal gracias.*

***FISCAL:** Gracias, señora juez. Como lo anunciamos en la sesión anterior, queremos no solo variar la naturaleza, el contenido, por supuesto, de la presente audiencia, sino que adicionalmente a ello, pues queremos poner a consideración de usted unos planteamientos a los que hemos llegado.*

A partir de la lectura de la sentencia C. 014 del 2023 de la Corte Constitucional colombiana y por supuesto, los efectos que de ella se desprenden a partir de la declaratoria de inexequibilidad de algunos artículos, en especial el parágrafo del artículo 25 de la Ley 2197 del 2022, siendo esta última el referente legal en el cual se institucionalizó si se me permite la expresión.

El carácter punitivo del delito de porte o tenencia de arma de fuego de la modalidad conocida como traumáticas o de baja letalidad. Así las cosas, su Señoría, pues queremos que se nos escuche lo que los argumentos que queremos exponerle, en la medida en que culminaremos, solicitándole muy respetuosamente la preclusión de esta actuación seguida en contra del señor Brandon Andrés Torres Estupiñán. Si se tiene en cuenta que de continuar con ella se estaría violentando, entre otras, el principio de legalidad, ya que, a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional, a nuestro juicio, el artículo 25, que institucionalizaba el punible que ahora nos ocupa, dejó de tener tal condición. Entonces nos gustaría que se nos permita hacer la exposición correspondiente.

JUEZ: *Ok, gracias, doctor. Bueno, teniendo en cuenta pues que estamos en la oportunidad para que la Fiscalía General de la Nación decida si acusara o precluir, y teniendo que estamos ante un sistema oral, bien puede la Fiscalía, dentro del ejercicio de Del ejercicio de la acción penal, solicitar el cambio a la naturaleza de la audiencia de acusación a preclusión…"*

A continuación, en la audiencia del 21 de marzo de 2024 la juez decidió negar la solicitud de preclusión y el fiscal presentó recurso de apelación.

En síntesis, de lo anterior, ninguna alusión se hizo frente al retiro del escrito de acusación al inicio de la solicitud, en su transcurso, o en el final, partiendo siempre que en caso de que un fiscal retire el escrito de acusación este no admite pronunciamiento judicial, pero, debe mediar esa manifestación del delegado, de lo contrario no puede *"entenderse"* que ello es lo que este quiere teniendo en cuenta el simple planteamiento causales ajenas a la primera y la tercera.

Tampoco se trata de un exceso ritual manifiesto en la medida que es la voluntad de la fiscalía la que demarca la estructura fundamental del proceso penal en sus cimientos.

Dicho de otra forma, el fiscal decide en este escenario si persiste su voluntad de llevar a juicio a un ciudadano o por el contrario, considera que se configura alguna de las causales previstas por el legislador para precluir la acción penal; esta última figura, como se explicó, está condicionada a la etapa en la cual se plantea, luego, es relevante que el persecutor diga si retira o no la acusación para entrar a resolver las peticiones como en derecho corresponda, sin que se pueda tenerse su silencio o el planteamiento de una causal que resulte de aquellas que puedan plantearse en etapa investigativa como un retiro tácito del escrito de acusación.

Lo siguiente a precisar, es la importancia del escrito de acusación como acto de parte y su labor delimitante para ciertas postulaciones. En auto AP1392-2015, la Corte destacó:

> *"(i) con base en él se define la competencia; (ii) su radicación se encuentra sometida a plazo, con incidencia directa en la continuidad del proceso y la libertad del imputado privado de ella; (iii) si la práctica de pruebas anticipadas se realiza con posterioridad a su presentación la ley exige que se informe de tal circunstancia al juez de conocimiento; (iv) se constituye como acto procesal sobre el cual se estructura la audiencia de formulación de acusación, pues solo puede convocarse a ella dentro de los 3 días siguientes a su presentación; (v) en materia de preacuerdos y negociaciones, la posibilidad de obtener la rebaja de hasta la mitad de la pena se encuentra limitada a que estos se realicen antes de la presentación del escrito de acusación y, (vi) establece unas marcadas diferencias entre las causales por las cuales procede la preclusión del proceso y los sujetos que pueden invocarlas …".*

Además, tal como se analizó en precedencia, las causales 4° y 6° solo pueden ser alegadas por el ente acusador en etapa de investigación, no en la de juicio. Al respecto, la Corte ha indicado lo siguiente:

> "*5. Los lineamientos reseñados, esto es, que en el juzgamiento se puede invocar la preclusión únicamente por las causales 1ª y 3ª del artículo 332 procesal, cuando se estructuren por hechos que sobrevengan a la acusación, surgen del entendimiento de que en las fases previas es viable declarar el instituto por cualquiera de los motivos reglados,* ***pero en el juicio solamente puede hacerse por causales que no exigen valoración alguna, cuya constatación es simplemente objetiva.***

> *Ello sucede con la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, la retractación, supuestos en los cuales, una vez verificados, exigen la preclusión por vía de la causal 1ª, por cuanto en tales casos es imposible iniciar la acción penal, o continuarla. Lo propio ha de hacerse ante la inexistencia del hecho (causal 3ª).*
>
> *La situación difiere cuando se está ante motivos que pueden denominarse subjetivos, en cuanto exigen del juez la valoración de las pruebas para. desentrañar su estructuración. Mal puede el juzgador hacer tal ejercicio de estimación probatoria en estos eventos, como que el mismo es la razón de ser del juicio, del debate oral, luego en tales supuestos ha de agotarse el procedimiento para que el asunto sea resuelto en la sentencia"*[10] *(negrillas de la Sala)*

Basta con la simple constatación de los argumentos empleados en la solicitud, para indicar que jamás se han alegado aspectos objetivos que impidan continuar este juicio.

Véase que lo que se generó previamente no fue más que el resultado de un ejercicio valorativo vedado, consistente en resolver los interrogantes propios del juicio oral, relacionados con una causal improcedente.

De manera que, por no mediar retiro del escrito de acusación, no le asiste la razón a la fiscalía cuando pretende la declaración de preclusión a través de juicios valorativos de atipicidad del hecho o imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Así, la argumentación de la fiscalía no está llamada a prosperar, ya que, la naturaleza de las causales que invoca, no son consecuentes con la etapa estructural del proceso en la que nos encontramos. Esto es, no busca acreditar la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o la inexistencia del hecho investigado.

En ese orden de ideas, se colige que la petición preclusiva por las causales 4° y 6° —sobre esta última se desistió en el recurso— resulta impertinente en este estadio procesal. Por lo tanto, ante la ausencia del retiro de la acusación, debió la juez rechazarla de plano (Art. 139

[10] SP9245-2014 Radicación Nº 44.043 del 16 de julio de 2014

CPP)[11], instrumento jurídico dispuesto por el legislador frente a solicitudes de esta estirpe (Art. 143 *ídem*).

Para reforzar esta consecuencia jurídica la Sala trae a cuenta el proveído AP2266-2018 en el cual la Corte sobre el particular precisó:

> *"Es cierto que el artículo 176 de la Ley 906 de 2004 dispone la procedencia del recurso de apelación contra los autos "adoptados durante el desarrollo de las audiencias", y que el artículo 177 establece que este recurso se concederá en el efecto suspensivo cuando se interponga contra el auto que "decreta o rechaza la solicitud de preclusión", tal y como lo sostienen el impugnante y el Tribunal. Sin embargo, esta reglamentación específica no puede analizarse por fuera del contexto procesal en el que está inserta, que incluye, claro está, los derechos y garantías desarrollados a lo largo del Código de Procedimiento Penal.*
>
> *En esta línea, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento dispone el "rechazo de plano" para las solicitudes impertinentes, y, al tiempo, consagra el recurso de apelación contra las decisiones que resuelven asuntos relevantes, como es el caso de la preclusión. Bajo el entendido de que impertinente no es sinónimo de intranscendente o inane, debe considerarse que el referido remedio procesal ("rechazo de plano") procede incluso frente a temas trascendentes, pero que son impertinentes en un determinado escenario procesal, como cuando se pretende ventilar en la audiencia preparatoria la configuración de una causal de justificación. Aunque en este ejemplo se trata de un tema trascendente para la determinación de la responsabilidad penal, que hipotéticamente podría ser objeto de apelación si se resuelve en la sentencia, el Juez tendría que "rechazar de plano" la pretensión de la parte de lograr un pronunciamiento extemporáneo sobre un tema de esa naturaleza, sin que resulte procedente el recurso de apelación, simple y llanamente porque no se está resolviendo el asunto de fondo, sino sobre la impertinencia del debate en esa fase de la actuación.*
>
> *Para resolver el caso sometido a conocimiento de la Sala, se tiene que el legislador estableció las siguientes reglas frente a las solicitudes de preclusión: (i) en la fase de juzgamiento solo es viable el debate frente a las causales 1ª y 3ª del artículo 332, lo que, visto de otra manera, implica que sea impertinente ventilar las causales 2ª, 4ª, 5ª, 6ª y 7ª; (ii) cuando en la fase de juzgamiento se presentan causales diferentes a la 1ª y 3ª, se está, sin duda, frente a una solicitud impertinente, que constituye una manifiesta actuación irregular de la parte (Arts. 140 y 141 ídem, entre otros); (iii) el remedio dispuesto para corregir esas actuaciones es el "rechazo de plano"; (iv) este rechazo tiene como consecuencia obvia que el asunto no se resuelve en su fondo; y (v) por tanto, los recursos que procederían frente a una solicitud presentada de forma regular, que obligue un pronunciamiento de orden sustancial, no son predicables frente a la decisión de rechazar de plano una solicitud inoportuna"*

Conclusión. La solicitud de preclusión por atipicidad del hecho investigado es impertinente dada la etapa en la que nos encontramos en la cual no ha mediado retiro del escrito de acusación. En consecuencia, la solicitud debía rechazarse de plano. Por ello, la Sala

---

[11] Esta Norma Rectora encuentra desarrollo, entre otros, en el artículo 139, que consagra como obligaciones específicas de los jueces,
1. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante ***el rechazo de plano[11]*** *de los mismos.*
2. Ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales atribuidos por este código y demás normas aplicables, con el fin de asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia.
3. Corregir los actos irregulares (…).

declarará improcedente el recurso de apelación elevado por el Fiscal Seccional n° 52.

En razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA**, **EN SALA DE DECISIÓN PENAL**,

R E S U E L V E

1°. DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación presentado por el Fiscal Seccional n° 52 contra el auto proferido el 21 de marzo de 2024 por el juzgado 3° penal del circuito de Cartagena a través del cual negó la solicitud de preclusión, por atipicidad de la conducta, que esta parte elevó en favor de **BRANDON ANDRÉS TORRES ESTUPIÑÁN** por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

2°. REMITIR la actuación al juzgado de origen para la continuación del trámite correspondiente.

3°. NOTIFICAR a las partes e intervinientes por los canales virtuales autorizados.

Contra esta decisión no proceden recursos.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO

FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO

PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO