**PORTE ILEGAL DE ARMAS / ACCIÓN DE REVISIÓN / DEFINICIÓN / CAUSAL / CAMBIO FAVORABLE CRITERIO JURÍDICO**

La acción de revisión es un mecanismo que ha sido establecido para corregir los posibles errores que se adviertan en los fallos judiciales ejecutoriados, es decir, que constituye una excepción al principio de cosa juzgada, en la medida que se demuestre el quebrantamiento de principios o garantías fundamentales de conformidad con las causales taxativamente contempladas en la Ley. En este caso se invocó por la agente del Ministerio Público la causal consagrada en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, que reza: “Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”.

**REQUISITOS DE LA CAUSAL 7ª / ARGUMENTACIÓN EXPLICATIVA**

Respecto de los requisitos de procedencia de la acción de revisión, en punto de la causal que acá se invoca, esto es la 7ª del canon 192 C.P.P., la Jurisprudencia ha referido: “En la demostración del cambio favorable de la jurisprudencia, no basta con señalar los fallos judiciales que supuestamente lo contemplan, siendo necesario identificar el criterio jurídico que implica una variación o entendimiento diferente a las interpretaciones anteriores de la Corte, teniendo en cuenta la identidad de los fundamentos contenidos en la sentencia cuya revisión se pide con los que condujeron al cambio jurisprudencial, mostrando que el mismo no fue tenido en cuenta o no existía cuando se profirió aquella y los efectos sustanciales del mismo frente a la responsabilidad o la punibilidad del accionante”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA N° 2 DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: **CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, nueve (09) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Acta de aprobación No 926

Segunda instancia

Radicación: 66001220400220240004200

|  |  |
| --- | --- |
| Sentenciado: | JFGS |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de uso privativo en concurso con fuga de presos |
| Asunto: | Decide acción de revisión invocada por el Ministerio Público contra la sentencia de condena de julio 11 de 2022. **Se declara fundada.** |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- vistos

Procede el Tribunal a dictar la decisión que en derecho corresponde dentro de la acción de revisión impetrada por la Dra. MARGARITA MARÍA URINA VALENCIA, en su condición de agente del Ministerio Público, contra la sentencia proferida en julio 11 de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta capital, en contra del ciudadano **JFGS** por la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos -art. 366 C.P.- y fuga de presos -art. 448 C.P.-.

2.- hechos Y ACTUACIÓN PROCESAL

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal que dio lugar a la sentencia contra la que se interpone la presente acción de revisión, se puede sintetizar así:

**2.1.-** En febrero 25 de 2021, en el barrio Villa Elisa de esta capital, la Policía Nacional en labores de registro voluntario al ciudadano **JFGS**, le halló en su poder un arma de fuego tipo pistola, calibre 9x19 mm, marca Strum Ruger Co.inc, color negro y plateado, número externo 302-16728, un proveedor con capacidad para 15 cartuchos, así como 7 cartuchos para la misma, elementos estos aptos para producir disparos, sin contar con permiso para su porte o tenencia expedida por autoridad competente. Posteriormente, al verificar sus antecedentes, se advirtió que **JFGS** se encontraba privado de su libertad en el Establecimiento Carcelario de Acacías (Meta) del cual egresó en uso de permiso de 72 horas, sin haber reingresado a su sitio de reclusión.

2.2.- Con fundamento en lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo en febrero 26 de 2021 las audiencias preliminares ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira (Rda.) con función de control de garantías, por medio de las cuales: **(i)** se legalizó su aprehensión; **(ii)** se le formuló imputación en calidad de autor y a título de dolo por el punible de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos -art. 366 C.P.-en concurso heterogéneo con fuga de presos -art. 448 C.P.-, cargos que el indiciado **NO ACEPTÓ**; y **(iii)** se le impuso medida de aseguramiento solicitada consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

2.3.- La Fiscalía Tercera Especializada de esta capital, radicó escrito de acusación (junio 1° de 2021) donde le atribuyo iguales cargos al imputado, actuación que le fue asignada al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.), autoridad ante la cual, cuando se iba a llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación (agosto 6 de 2021), se impugnó la competencia del despacho, dado que el tamaño del proveedor la tornaba como de uso privativo, lo que negó la A-quo, ante lo cual se remitió la actuación a esta Sala para definir la competencia, misma que esta Corporación le otorgó al aludido juzgado (octubre 8 de 2021). Al reanudarse la actuación y cuando se efectuaría la audiencia de formulación de acusación (abril 19 de 2022) la delegada fiscal solicitó su variación para sustentar el preacuerdo al que se llegó con el señor **JFGS**, consistente en que aceptaría cargos por los delitos endilgados y a cambio se degradaría su participación de autor a cómplice, solo para efectos punitivos, por lo cual la pena quedaría en 150 meses -132 por el porte y 18 por la fuga de presos-, monto que con ocasión de la rebaja por la degradación quedaría en 75 meses de prisión. A tal consenso se le impartió aprobación (julio 14 de 2022) y en esa ocasión se dictó sentencia por medio de la cual: **(i)** se declaró penalmente responsable a **JFGS** por los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y fuga de presos, a una pena de 75 meses de prisión, a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual período al de la pena principal y la privación del derecho de tenencia y porte de armas por espacio de 6 meses; **(ii)** se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, por lo cual se dispuso que debería cumplir la pena en el establecimiento que determinara el INPEC; y **(iii)** se ordenó el comiso del arma junto con la munición y proveedores retenidos.

El fallo de primera instancia no fue objeto de apelación y por ende adquirió firmeza.

**2.4.-** En abril 12 de 2024, la Dra. MARGARITA MARÍA URINA VALENCIA delegada del Ministerio Público,interpuso demanda de acción de revisión ante esta Corporación, con miras a quebrar la cosa juzgada que ampara el fallo de condena vigente, y en consecuencia pide se deje sin efecto la sentencia emitida en contra del ciudadano **JFGS** y en su reemplazo se profiera una conforme a la pena establecida para el delito contemplado en el artículo 365 C.P., o en su defecto que se devuelva la actuación a un despacho de la misma categoría y diferente al que la dictó para que se profiera la decisión, para lo cual invocó la **causal séptima** que consagra el artículo 192 C.P.P., consistente en el **“cambio de jurisprudencia”.**

La libelista, luego de soportar su legitimación para actuar en este asunto, sustenta su petición en el cambio de postura jurisprudencial sobreviniente con relación al delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, por cuanto si bien el ordinal a) del artículo 8º del Decreto 2535 de 1993, en consonancia con el ordinal a) del artículo 11 ibídem, señala que deben ser estimadas como armas de defensa personal aquellas **pistolas calibre 9.652 mm** cuya capacidad en el proveedor **no sea superior a los 9 cartuchos**, ello comportaba para la Corte que cuando el proveedor superaba tal capacidad, debía considerarse como arma de uso privativo -sentencias 11312 de 1996 y 42514 de 2013-, pero tal criterio fue recogido en sentencia **CSJ SP256-2023, 28 jun. 2023, rad. 63192**, al sostener que no puede tenerse una pistola como de uso privativo solo por cuanto su proveedor tenga capacidad para más de 9 cartuchos, sin importar el calibre, cuando tratándose de ese tipo de armas, el legislador las ha limitado a aquellas de calibre **no menor de 9.652 mm.**

Pidió que se dejara sin efectos la sentencia de condena emitida en contra del señor **JFGS** y se emitiera en su reemplazo una conforme a la pena establecida para la conducta a que alude el artículo 365 C.P., según con el acuerdo realizado, o en su defecto se devuelva el trámite a un despacho de la misma categoría y diferente al que profirió la decisión, para que esta se dicte como se solicita.

**2.5.-** Verificada que la solicitud cumplía con las exigencias de ley, el Tribunal dispuso la apertura del trámite de acción de revisión con el correspondiente traslado probatorio, a cuyo efecto ninguna de las partes elevó solicitudes que debieran ser observadas por la Corporación con miras a efectuar un análisis de admisibilidad.

**2.6.-** Agotada esa etapa probatoria, la Sala convocó a la respectiva audiencia de alegaciones, instante en el cual las partes e intervinientes hicieron las siguientes aseveraciones:

**2.6.1.-** *La Agente del Ministerio Púbico.*

Luego de hacer referencia a la situación fáctica que motivó la sentencia de condena proferida en contra de **JFGS**, indicó, acorde con la causal esgrimida -numeral 7° art. 192 C.P.-, que para el momento del fallo cuando el proveedor del arma superaba la capacidad permitida para las de uso personal -9 cartuchos- se consideraba como de uso privativo de las fuerzas armadas de acuerdo con la jurisprudencia vigente para ese momento; no obstante la Sala de Casación en Sentencia SP256-2023, rad. 63192, con posterioridad al fallo de condena, recogió tal postura para indicar que son las características del adminículo, más no la capacidad del proveedor, la que determina si se está ante un arma de uso personal o privativo, y como en este caso aquella que le fue incautada al procesado fue una **pistola 9x19 mm con proveedor para 15 cartuchos**, se debe aplicar tal criterio jurisprudencial.

En ese orden pide se deje sin efectos la sentencia proferida en julio 11 de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado y en su lugar se emita una de reemplazo, que deberá ser de condena amén del consenso al que se llegó con el acusado, pero en su lugar se tendrá en cuenta la conducta contemplada en el artículo 365 C.P., acuerdo cuyos términos no variarían, pero sí la pena a imponer, en tanto la pena quedaría en 63 meses y no los 75 que le fueron impuestos. De forma subsidiaria, de no poder el Tribunal proceder de tal manera, se devuelva el trámite al despacho que considere pertinente para que se profiera la decisión como debe corresponder.

**2.6.2.-** *El fiscal*

Luego de referir a las exigencias para la procedencia de la acción de revisión conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y en relación con la causal esgrimida por la agente del Ministerio Público, señala que en este asunto los mismos se encuentran satisfechos -una sentencia ejecutoriada y que el nuevo criterio jurisprudencial sea favorable-, y si bien el arma que le fue hallada a **JFGS**, tenía capacidad para 15 cartuchos, para ese momento tal conducta lo ubicaba en la descripción del canon 366 C.P., acorde con la sentencia SP256-2023 el encontrar un proveedor superior a los 9 cartuchos no basta para predicar la agravación de tal conducta, y por consiguiente no ve motivo para oponerse a lo pedido por el Ministerio Público, en tanto a raíz de lo referido por la jurisprudencia la conducta atribuida debe ubicarse normativamente en lo reglado en el artículo 365 C.P.

**2.6.3.-** *La Defensa*

Hace referencia a la situación fáctica y a la postura jurisprudencial vigente para la fecha del fallo emitido en contra del señor **JFGA**, donde se consideraba que cuando el proveedor de un arma superaba la capacidad de almacenamiento de 9 cartuchos *per se* pasaba a ser de uso privativo, pero la Corte emitió la sentencia SP256-2023, respecto de lo cual señala que será en consecuencia Indumil el llamado a establecer los requisitos para determinar qué armas son de uso privativo y cuáles de uso personal, y como en este caso se tiene que el arma era de calibre 7.65 mm (sic)[[1]](#footnote-1), y 7 cartuchos con un proveedor con capacidad para 12 cartuchos (sic), la revisión que pretende la Procuraduría es para que se deje sin efectos la sentencia emitida y se dicte una nueva o en su defecto se envíe a los juzgados del circuito como competentes para dictar un nuevo fallo, o incluso para que Fiscalía y defensa, se sienten a realizar un nuevo preacuerdo en beneficio de los intereses del procesado, al tratarse del delito consagrado en el artículo 365 C.P.

3.- Para resolver, se considera

**3.1- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con lo reglado en el numeral 3º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, al haber sido interpuesta la acción por una parte legitimada para hacerlo, y acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales fijados para ello.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae a determinar si hay lugar a dictar sentencia de reemplazo en el caso bajo análisis, con fundamento en que el pronunciamiento jurisprudencial posterior emitido por el órgano de cierre en materia penal permite emitir fallo de condena, pero por un punible más favorable a aquél por el cual se emitió sentencia en su contra y que se encuentra en firme.

**3.3.- Solución a la controversia**

La acción de revisión[[2]](#footnote-2) es un mecanismo que ha sido establecido para corregir los posibles errores que se adviertan en los fallos judiciales ejecutoriados, es decir, que constituye una excepción al principio de cosa juzgada, en la medida que se demuestre el quebrantamiento de principios o garantías fundamentales de conformidad con las causales taxativamente contempladas en la Ley.

En este caso se invocó por la agente del Ministerio Público la causal consagrada en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, que reza: “Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”.

La acción invocada, es un mecanismo procesal excepcional, que tiene como finalidad remover el carácter definitivo de lo resuelto con efectos de cosa juzgada, por lo que sólo procede frente a decisiones ejecutoriadas. Al respecto la jurisprudencia ha señalado:

“La naturaleza de esta acción es la de ser un mecanismo procesal excepcional o extraordinario, cuya finalidad es remover el carácter definitivo e irrebatible de lo resuelto con efectos de cosa juzgada, como consecuencia de la demostración de uno o más de los motivos taxativamente establecidos por el legislador, que demuestren la injusticia de la decisión censurada. Sobre el carácter excepcional de la acción se indicó en decisión CSJ AP 19 dic. 2001, Rad. 17708 que:

La acción de revisión no constituye una prolongación del juicio ni corresponde a un instrumento ordinario que permita dar cabida a particulares consideraciones tendientes a cuestionar los soportes de la declaración de justicia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable.

Su fundamento se halla en la posibilidad real de lograr un fallo rescindente en orden a remediar la injusticia material en que haya podido incurrir el órgano jurisdicente, pero solamente por el acaecimiento de precisos motivos cuya demostración corre a cargo del actor.”

Por ello, se reiteró en auto CSJ AP 24 Feb 2016, Rad. 47125 que la revisión no constituye una instancia adicional en el que tenga lugar un nuevo debate probatorio ya superado en las instancias, de modo que las inconformidades que se susciten sobre los juicios emitidos por los funcionarios judiciales al interior del proceso no deben ventilarse en sede de esta acción excepcional. Así, por el carácter excepcional que identifica la acción de revisión, se exige del demandante la carga de demostrar la configuración clara e indiscutible de la causal o causales alegadas, toda vez que se trata de un mecanismo procesal rogado (CSJ AP, 25 Mar 2015, Rad. 43.681)».” [[3]](#footnote-3)

Respecto de los requisitos de procedencia de la acción de revisión, en punto de la causal que acá se invoca, esto es la 7ª del canon 192 C.P.P., la Jurisprudencia ha referido[[4]](#footnote-4):

“En la demostración del cambio favorable de la jurisprudencia, no basta con señalar los fallos judiciales que supuestamente lo contemplan, siendo necesario identificar el criterio jurídico que implica una variación o entendimiento diferente a las interpretaciones anteriores de la Corte, teniendo en cuenta la identidad de los fundamentos contenidos en la sentencia cuya revisión se pide con los que condujeron al cambio jurisprudencial, mostrando que el mismo no fue tenido en cuenta o no existía cuando se profirió aquella y los efectos sustanciales del mismo frente a la responsabilidad o la punibilidad del accionante.

La Sala en múltiples decisiones ha insistido en que la estructuración del motivo invocado en la demanda requiere:

*“i) La identificación de una variación o del entendimiento diverso de un criterio jurídico en las interpretaciones efectuadas por la Corte en sus pronunciamientos judiciales (CSJ AP, 5 de dic 2002, rad. 18572).*

*ii) La identidad entre los fundamentos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial (CSJ SP, 11 de feb 2015, rad. 43309).*

*iii) La falta de aplicación del criterio jurídico por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación (CSJ SP, 20 de ago. 2014, rad. 43624).*

*iv) Finalmente, la irrogación de efectos favorables al accionante frente al juicio de responsabilidad o con relación a la punibilidad”[[5]](#footnote-5)”.*

De ahí entonces, que para la Alta Corporación[[6]](#footnote-6), los presupuestos esenciales para que se proceda a invocar la causal 7ª de revisión, son los siguientes:

1. Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;
2. Que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, hubiese variado su jurisprudencia o entendido de manera diversa una norma o instituto jurídico;
3. Que exista identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial;
4. La falta de aplicación del criterio jurídico por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación;
5. Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante, frente a su responsabilidad o su punibilidad, de modo que el criterio planteado en el fallo contra el cual se dirige la acción resulte injusto;
6. Que el concepto judicial soporte de la solicitud, provenga de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como ente de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal.”

En este evento en particular, la representante de la sociedad, estima que el procesado se hace merecedor a la expedición de una sentencia que reemplace el fallo de condena emitido en su contra en julio 11 de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta capital, a raíz de la variación jurisprudencial que le resulta favorable, en tanto para la fecha de su emisión, imperaba la tesis según la cual, cuando un arma de uso de defensa personal, esto es, aquellas pistolas con calibre 9.652 mm e inferior tenía un proveedor que superara los 9 cartuchos, por esa mera circunstancia debía considerarse como de uso privativo de las fuerzas armadas, postura que posteriormente fue recogida por la Sala de Casación Penal, por lo que pide se deje sin efectos el fallo emitido y se dicte uno de reemplazo, postulación que igualmente avalaron tanto el delegado del ente acusador como la defensa pública del sentenciado.

Pues bien, con miras a determinar si un arma corresponde a una que pueda ser apreciada como de uso privativo, debemos remitirnos a lo consagrado en el Decreto 2535 de 1993 -por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos-, A ese respecto, el artículo 8° de tal normativa señala:

**“ARTÍCULO****8.-** *Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública*. Son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como:

**a. Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto;**

b. Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas);

c. Fusiles y carabinas semiautomáticas de calibre superior a 22 L.R;

d. Armas automáticas sin importar calibre;

e. Los antitanques, cañones, morteros, obuses y misiles de tierra, mar y aire en todos los calibres;

f. Lanzacohetes, bazucas, lanzagranadas en cualquier calibre;

g. Cargas explosivas tales como bombas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, petardos, proyectiles y minas.

h. Granadas de iluminación, fumígenas, perforantes o de instrucción de la Fuerza Pública;

i. Armas que lleven dispositivos de tipo militar como miras infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores;

j. Las municiones correspondientes al tipo de arma enunciadas en lo literales anteriores.”

Y a su turno, el artículo 11 dispone:

**“ARTÍCULO****11.-** *Armas de defensa personal.* Son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia. Se clasifican en esta categoría:

a. Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:

**- Calibre máximo 9.652 mm. (.38 pulgadas).**

**- Longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas).**

**- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.**

**- Capacidad en el proveedor, de la pistola no superior a 9 cartuchos**, a excepción de las que originalmente sean del calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos.

b. Carabina calibre 22 S, 22 L, 22 L. R., no automáticas;

c. Las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas.”

En este caso, acorde con los EMP que se arrimaron en su momento al despacho que emitió el fallo de condena, y de conformidad con el dictamen que en curso de dicha actuación rindió el perito en balística de la SIJÍN, se tiene que el arma que le fuera incautada al señor **JFGS**, ostenta, entre otras, las siguientes características:

Tipo: Pistola

Calibre: **9 x 19 mm**

Marca: RUGER

Modelo: P85

Número de serie: 302-16728

Longitud del cañón: 109.8 mm

Funcionamiento: Semiautomático

Casa fabricante: Sturm Ruger

País de fabricación: Estados Unidos

Fabricación: Original

Y en relación con el proveedor que la misma ostentaba se plasmó:

Tipo: Pistola

Marca: No presenta

Calibre: 9 x 19

Clase: Doble carril

Constitución: Metálico

Fabricación: Original

Capacidad: Para alojar **15 cartuchos calibre 9 x 19**

Precisamente, por la capacidad de almacenamiento de cartuchos en el proveedor incautado, que a todas luces supera los 9 permitidos por la normativa para las armas calibre 9 mm de uso personal, y según la jurisprudencia vigente para esa fecha, la misma debió ser estimada como de uso privativo de las fuerzas militares. Sin embargo, tal postura fue precisamente la que esta Corporación adoptó cuando definió la competencia para tramitar el asunto, donde con fundamento en la jurisprudencia vigente, entre otras consideraciones, esgrimió que: “[…] **en asuntos como el acá presentado, donde la capacidad del proveedor supera los 9 cartuchos** -con excepción de las de calibre 22 que son de 10-, **la competencia es exclusiva y excluyente de la justicia especializada, no de la ordinaria**.”[[7]](#footnote-7) -negrillas fuera de texto original-.

Ahora bien, de manera más reciente la Sala de Casación Penal, de oficio, en CSJ SP256-2023, 28 jun. 2023, rad. 63192, caso parcialmente un fallo emitido por porte ilegal de armas de uso privativo -art. 366 C.P.-, pese a tratarse de una pistola calibre 7.65, semiautomática que poseía un proveedor con capacidad para 12 cartuchos, y para tal efecto, echó mano de jurisprudencia de vieja data para sostener:

“**La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (el 8 y el 11 del decreto 2535 de 1993), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, solo porque su proveedor tenga capacidad para más de 9 cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que tratándose de este tipo de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.65 mm**” [[8]](#footnote-8).

“Así pues, sin hesitaciones de ninguna naturaleza, el arma incautada, cuyo calibre es de 7.65 mm y con capacidad para 12 cartuchos, así como el proveedor decomisado de igual capacidad, son de defensa personal, pues el calibre es inferior al que la ley exige para que se tenga como de uso privativo de las Fuerzas Militares, sin que para tal conclusión importe la capacidad del proveedor” [[9]](#footnote-9).

Y tal postura la llevó a advertir que “en este asunto se trató de una pistola y municiones de defensa personal, con un calibre 7.65 mm inferior al 9.62 mm dispuesto en la legislación para las de uso privativo de las fuerzas armadas, pero con **un proveedor para 12 cartuchos, circunstancia que por sí sola no basta para que tenga la calidad de aquellas**.” -negrillas de la Sala-.

En este trámite, y al cotejar las características del arma incautada al señor **JFGS**, con aquellas a que alude la norma, no existe duda alguna para la Sala que corresponde a una de uso de defensa personal si tenemos en consideración lo siguiente:

-. La pistola Ruger tiene un calibre de **9 x 19 mm**, o lo que es lo mismo, equivale a **3.54 pulgadas**, la que es inferior al calibre máximo autorizado, esto es **9.652 mm**, que equivale a **3.8 pulgadas.**

-. Dicha pistola tiene una longitud del cañón de 109.8 mm, o lo que es igual a 10.98 cms, equivalente a 4.32 pulgadas, cuando la longitud máxima permitida del cañón es de 15.24 cms, esto es, 6 pulgadas.

-. Su funcionamiento es semiautomático, no se trata de un fusil o una carabina semiautomática.

De ello se puede pregonar, sin dubitación alguna, que la pistola Ruger calibre 9 x 19mm que en su momento le fuera incautada al señor **JFGS** es de uso de defensa personal y acorde con la normativa aludida, la única diferencia que presenta es en cuanto a su proveedor, pues el que poseía era superior a los 9 cartuchos de capacidad, pero al tratarse precisamente de un arma de uso de defensa personal, ello no la torna *per se*, en una de uso privativo conforme lo sostenido por la jurisprudencia. Si ello es así, como en realidad lo es, aprecia la Corporación que ante ese cambio de criterio jurisprudencial la acción de revisión está llamada a prosperar, y en consecuencia se hace necesario dejar sin efectos el fallo proferido en julio 11 de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta capital, para en su lugar proferir uno de reemplazo, y por consiguiente tendrá en cuenta lo siguiente:

Las conductas que deben tenerse en consideración, como cometidas por el señor **JFGS**, son la de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, tipificada en el artículo 365 C.P., en concurso heterogéneo con el delito de fuga de presos -art. 448 C.P.-., como así le fue imputado, se radicó el escrito de acusación y aceptó cargos por la vía del preacuerdo.

Ahora bien, como quiera que en este caso precisamente se generó un consenso, consistente en que el procesado aceptaba su responsabilidad en los delitos investigados, y como contraprestación se le degradaría su participación de autor a cómplice -solo para efectos punitivos- con la consecuente rebaja del 50% de la pena a imponer, la Sala utilizará los mismos parámetros que tuvo a bien aplicar el juez para tasar la pena que a la postre se le impuso al señor **JFGS**, ello con miras a preservar el derecho a la autonomía judicial del funcionario de primer nivel.

En ese orden, tenemos que el ilícito por el que debe ser condenado el señor **JFGS**, consagrado en el artículo 365 C.P., contempla una pena mínima de 9 años de prisión, o lo que es lo mismo 108 meses, cifra que se incrementa en 18 meses por el delito de fuga de presos, por lo cual la sanción arrojaría un monto de 126 meses de prisión, guarismo este que acorde con las reglas del preacuerdo debe reducirse en la mitad -conforme el canon 30 C.P.-, dada la degradación de su participación, lo que comporta pregonar que la pena en definitiva que debe purgar el señor **JFGS**, será de **63 meses de prisión**. En igual término se fijará la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas y se mantendrá incólume el término de 6 meses, fijado por el A quo, como privación del derecho de tenencia y porte de armas de fuego. Así mismo, se ordenará el comiso del arma junto con la munición y proveedores incautados.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala N° 2 de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE DECLARA FUNDADA** la causal de revisión invocada por la agente del Ministerio Público en contra de la sentencia de julio 11 de 2022 dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta capital, por la cual se declaró penalmente responsable al señor **JFGS** como autor de los ilícitos fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y fuga de presos.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se **DEJARÁ SIN EFECTOS**, el contenido de la sentencia de julio 11 de 2022 por medio del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado condenó al señor **JFGS** por los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y fuga de presos.

**TERCERO:** En consecuencia, como sentencia de reemplazo, se **DECLARA** el compromiso penal del señor **JFGS**, como autor responsable a título de dolo de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones -art. 365 C.P.-, en concurso heterogéneo con la conducta de fuga de presos -art. 448 C.P.-, y como consecuencia del acuerdo pactado, se le impondrá una pena de **sesenta y tres (63) meses de prisión**, así como la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso y la privación del derecho de tenencia y porte de armas de fuego, por un período de seis (6) meses. De igual manera, se ordena el comiso del arma junto con la munición y proveedores incautados.

**CUARTO:** Se ordena que por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira se proceda a librar las comunicaciones pertinentes ante el Juzgado encargado de la vigilancia de la pena, el centro carcelario donde se encuentra privado de su libertad el señor **JFGS,** y las respectivas bases de datos a fin que se realicen las anotaciones a que hubiere lugar.

QUINTO: En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura de esta sentencia, y por ende se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.

SEXTO: Contra la presente sentencia no procede recurso alguno por tratarse de una determinación de única instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

Magistrado

1. Lo que al final de su disertación se estableció que se trató de un lapsus, como la misma letrada lo refirió en tanto se habló de una pistola 9 x 19 mm. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP, 29 jun. 2011, rad. 35681: “[…] Tal como lo ha señalado la Sala en numerosas oportunidades, la acción de revisión constituye una excepción prevista por el legislador al principio de la cosa juzgada, cuyo objetivo es remediar los errores judiciales derivados de circunstancias señaladas en la ley que no fueron conocidas o se pasaron por alto durante el desarrollo de la actuación procesal y que por ello mismo suscitaron la ejecutoria de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, razón por la cual no deben ostentar el carácter de definitivas ni inmutables […]” [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AP5274-2018, 5 dic.2018, rad. 53294. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ AP2996-2021, 22 jul. 2021, rad. 57775. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ AP, 2 oct. 2019, rad. 53298. También AP, 20 feb.2020, rad. 52868. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP-3943-2021, 8 sept. 2021, rad. 55484. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. TSP AP, 8 oct. 2021, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ. AP, 5 may. 1994. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. AP, 25 abr. 1995. Rad. 10421. En sentido similar CSJ AP, 12 feb. 1996. Rad. 11312. CSJAP, 12 ago. 1997. Rad. 13340. CSJ SP, 28 jun. 2017. Rad. 45495 y CSJ SP, 11 mar 2020. Rad. 51967, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)