



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP256-2023

Radicación # 63192

Acta 119

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

Resuelve la Sala la impugnación especial promovida por el defensor de HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA, quien luego de ser absuelto el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Cali por el delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, fue condenado el 26 de octubre del mismo año por el Tribunal de la referida ciudad como autor de dicho punible.

HECHOS:

Aproximadamente a las 8:30 de la mañana del 8 de diciembre de 2019, en la calle 16 con carrera 41 del Barrio

El Guabal de Cali, cuando el Intendente de la policía Daniel Orozco requisó a HÉCTOR FABIO MORENO, encontró en el bolsillo derecho de su pantalón una pistola, marca Browning, calibre 7.65, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos y uno sin percutir en la recámara. Como el ciudadano informó que carecía de salvoconducto, se procedió a su captura.

ACTUACIÓN PROCESAL:

En audiencia realizada el 9 de diciembre de 2019 en el Juzgado 25 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, se impartió legalidad a la captura de MORENO MONTOYA y le fue imputada la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones de defensa personal (artículo 365 de la Ley 599 de 2000), oportunidad en la cual le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva de carácter domiciliario.

Presentado el escrito de acusación, el 15 de febrero de 2021 se realizó la correspondiente audiencia, en la cual la Fiscalía imputó la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del Código Penal en concordancia con artículos 8 y 11 literal (a) del Decreto 2535 de 1993).

Una vez surtido el debate oral, el 9 de mayo de 2022 el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con funciones de

conocimiento de Cali profirió fallo absolutorio en favor de HÉCTOR FABIO MORENO.

Recurrida esa determinación por la Fiscalía, el Tribunal Superior de la misma ciudad la revocó mediante la sentencia contra la cual se promovió impugnación especial, proferida el 26 de octubre de 2022 para, en su lugar, condenarlo a 11 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito objeto de acusación. Le fue negada la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Contra la anterior decisión la defensa interpuso impugnación especial y se surtieron los traslados a los no recurrentes, oportunidad en la cual intervinieron la Fiscalía y el Ministerio Público.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Inicialmente el Tribunal expresó que, contrario a lo decidido en primera instancia, se consiguió arribar al conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado.

En efecto, la Fiscalía llevó como único testigo al Intendente de la policía Daniel Orlando Orozco Ceballos, quien participó de la captura del procesado MORENO MONTOYA, el cual narró en el juicio que el 8 de diciembre de 2019 estaba patrullando el sector del Guabal, cuando la central de radio informó que había unas personas realizando

disparos al aire en la calle 16 con carrera 41. Al llegar allí, alguien les señaló una casa, en cuyo balcón del segundo piso estaba un hombre en estado de embriaguez, el Intendente le pidió que bajara y sin oponerse bajó y atendió a la patrulla en el antejardín, momento en el cual se estableció que en el bolsillo derecho de su pantalón sobresalía la cache de un arma, fue requisado y se encontró que portaba una pistola y munición, manifestando que carecía de salvoconducto, motivo por el que fue capturado.

Consideró el Tribunal que con tal relato del testigo directo, se probaron los hechos jurídicamente relevantes, es decir, tanto la materialidad del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las armas de uso privativo de las fuerzas armadas, como la autoría de HÉCTOR FABIO MORENO, contrario a lo argumentado en el fallo de primer grado.

Se precisó que si bien el Fiscal no le hizo preguntas puntuales al Intendente respecto del nombre e identificación de la persona que capturó, desde el inicio se le indagó si recordaba el procedimiento realizado al ciudadano HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA, respondiendo afirmativamente y a partir de ahí contó las circunstancias modales en que se desarrolló, luego no es cierto que faltó precisar inequívocamente –como lo dijo el juez de primera instancia—, que el acusado fuera la misma persona capturada cuando portaba el arma de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas y la munición.

Conforme a jurisprudencia de esta Sala, la identificación del procesado no es tema de prueba en el juicio, en cuanto es obligación de la Fiscalía cumplir con tal aspecto desde la etapa preliminar, máxime si fue identificado en la audiencia de legalización de captura (artículos 288 y 337-2 de la Ley 906 de 2004).

También se tuvieron en cuenta, el oficio suscrito por el Coronel Jorge Raúl Ochoa Mateus, Jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante de la Tercera Brigada, así como la experticia realizada por el perito Diego Alexander Oliveros Ruiz al arma, con lo cual se establecieron las características del arma y aptitud para disparar, así como la falta de salvoconducto en cabeza del acusado.

Con base en lo expuesto, el Tribunal revocó la absolución para, en su lugar, condenar a MORENO MONTOYA como autor del delito por el cual fue acusado.

Al dosificar la pena le fue impuesto el extremo mínimo del primer cuarto de movilidad punitivo establecido en el artículo 366 de la Ley 599 de 2000 en 11 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

No le concedió la condena de ejecución condicional, ni la prisión domiciliaria, por no estar satisfechas las exigencias objetivas y se ordenó librar orden de captura.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL:

Adujo el defensor que el relato del Intendente Orozco Ceballos sería completo y pertinente, de no ser porque no mencionó el nombre y la identidad de la persona capturada en posesión del arma de fuego, con mayor razón si el Fiscal no lo interrogó al respecto, sin que se pueda suponer que sus respuestas se referían a HÉCTOR FABIO MORENO, en cuanto ese no es el estándar probatorio previsto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar al requerir certeza sobre la acreditación de los aspectos materiales de la acusación.

Tampoco el testigo fue cuestionado sobre el destino del arma incautada, pues la estipulación probatoria sobre la pistola solo relevaba a la Fiscalía de acreditar que tal instrumento estaba en funcionamiento, pero sin establecer una relación entre la pistola y el acusado, ni que se trató del mismo elemento incautado el 8 de diciembre de 2019.

El Fiscal no se ocupó de satisfacer los elementos probatorios necesarios para conseguir un fallo de condena, lo cual impone una sentencia absolutoria en favor de HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA por el cargo formulado en su contra.

Luego de transcribir extensos apartes del fallo del Tribunal y jurisprudencia de esta Corte sobre la certeza racional y el principio *in dubio pro reo*, el defensor manifestó que la Fiscalía no probó en el juicio la responsabilidad de

MORENO MONTOYA en la comisión del delito por el cual fue acusado.

Sobre la declaración en el juicio del Intendente Daniel Orozco, dijo que la Fiscalía le formuló una pregunta sugestiva en la cual dio información al testigo acerca de quién fue capturado, sin que el declarante lo expresara de manera espontánea y simplemente procedió a relatar desde cuando fueron informados por la radio que alguien estaba disparando en la calle y hacía allí se dirigió, encontrando al acusado en un balcón y al bajar y registrarlo, halló la pistola y munición en el bolsillo de su pantalón.

El testigo nunca manifestó a quién identificó y la Fiscalía no lo demostró. Por ello, el juez de primer grado consideró que como el declarante no mencionó a la persona capturada, había duda sobre su identidad.

Si el Intendente expuso que *“el usuario le dio permiso para ingresar al jardín y que en ese momento había un ciudadano en la parte de arriba, era un segundo piso con el fin de verificar que este no estuviera armado se le pidió también que bajara sin perderlo de vista para practicarle también el registro”*, de ello se concluye que *“hay también otro ciudadano que está arriba y también lo hacen bajar para revisar que no portara el arma, ya que los policiales ya se encontraban en el interior de la vivienda en el jardín”*, todo lo cual pone en duda la captura de MORENO MONTOYA, pues no se sabe a cuál de los dos le fue encontrada la pistola.

Tampoco refirió el testigo el arma de fuego que mencionó en su informe, su marca, serial, etc., vació que no puede llenar la judicatura, pues hay duda sobre la autoría del acusado, máxime si se refirió a otra persona en el segundo piso que no fue identificada.

El otro testimonio decretado fue el del patrullero John Montoya, pero la Fiscalía renunció a la recepción de su declaración, manteniendo la duda que el funcionario de primer grado resolvió en favor de HÉCTOR FABIO MORENO al no estar definida cuál fue la persona que tenía el arma en su poder.

Recordó que al juez no corresponde complementar la labor de la Fiscalía en el juicio y no participa, salvo en casos especiales y de forma marginal, en la construcción de la verdad procesal, pues está llamado a calificarla y su imparcialidad es la garantía más valiosa.

Insistió en que el Intendente Daniel Orozco no dijo quién fue la persona que estaba en el segundo piso y bajó para ser requisada; lo que sí refirió fue que se trataba de dos individuos, de modo que no se arribó a la certeza sobre quién cometió el delito de porte del arma sin salvoconducto y le está vedado a la Corte complementar la carga que le corresponde a las partes, específicamente lo que debió hacer la Fiscalía, pues se debe mantener el derecho a la igualdad de quienes intervienen en el proceso.

Conforme a la jurisprudencia, si alguien es capturado en flagrancia, el tema de la identidad solo es importante para la imposición de la medida de aseguramiento, pero no para tenersele como responsable de los hechos investigados

La estipulación sobre la plena identidad del procesado solo sustrae del debate su identificación y/o individualización, sin que permita deducir su responsabilidad penal.

Con base en lo expuesto, el defensor solicitó a la Sala revocar el fallo condenatorio proferido por el Tribunal de Cali para, en su lugar, confirmar la sentencia absolutoria de primer grado.

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

1. Fiscalía.

A partir de la declaración del Intendente Daniel Orozco Ceballos, quien capturó al procesado, compareció al juicio y narró lo observado en cumplimiento de sus deberes oficiales, se probó la comisión del delito investigado.

Se trató de un procedimiento de captura en el cual el procesado fue individualizado e identificado, según se registró en las respectivas actas y por ello se impartió legalidad a tal actuación.

No es suficiente para absolver a MORENO MONTOYA que el Intendente no haya dado su nombre al declarar en el juicio, pues su testimonio comenzó con preguntas de la Fiscalía sobre el procedimiento adelantado respecto del acusado, a las cuales respondió de manera concreta. El testigo sabía a quién se refería.

No es cierto que el Intendente no identificó el arma incautada pues, por el contrario, la describió como pequeña, tipo pistola, con cachapa de madera, máxime que su descripción fue objeto de estipulación, así como su idoneidad para ser disparada, establecida mediante informe de laboratorio del 8 de diciembre de 2019.

Tampoco es cierto que faltó identificar a quien portaba la pistola, pues el procesado al momento de su captura fue enterado de sus derechos, así como del motivo de tal procedimiento, labor avalada por el juez de control de garantías.

Acerca de que había otra persona en el lugar de los hechos, adujo la Fiscalía que la única persona capturada fue HÉCTOR MORENO MONTOYA, quien portaba el arma sin permiso, luego quienes estaban ocasionalmente allí no descartan la comisión del delito investigado.

Conforme a la jurisprudencia, sí es suficiente para condenar el relato del testigo único, siempre que su exposición sea lógica, unívoca, coherente y sea corroborada

con las demás evidencias. En este asunto el Intendente Orozco Ceballos cumplió con tales exigencias.

Pese a lo anterior, el Fiscal afirmó que no hubo congruencia entre la imputación y la acusación, pues aquella versó sobre el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (artículo 365 del Código Penal), mientras en la acusación y el fallo se planteó el porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del mismo ordenamiento).

En tales condiciones, como no se realizó una diligencia complementaria ante el juez de control de garantías, no se trata de un delito de menor entidad sino más grave, no guarda identidad el núcleo básico de la imputación fáctica e implica desmedro para los derechos del procesado, en procura de restablecer las garantías del acusado debe confirmarse el fallo, pero ajustando la condena conforme a los términos de la imputación.

2. Ministerio Público.

No le asiste razón al recurrente al afirmar que no se logró establecer quién tenía el arma, pues se corroboró más allá de toda duda, con base en la declaración del Intendente que fue HÉCTOR FABIO MORENO el que la portaba en el bolsillo de su pantalón, junto con un cargador para 12 cartuchos y carecía de permiso para tenerla.

En cuanto se refiere a la identificación del acusado, señaló el Ministerio Público que dicho tema no corresponde al juicio, pues la Fiscalía lo debe satisfacer desde las etapas preliminares, lo cual se realizó en esta actuación desde la audiencia de legalización de la captura, en la cual fue identificado MORENO MONTOYA conforme a los artículos 288 y 337-2 de la Ley 906 de 2004.

El Intendente Daniel Orozco fue claro en sus declaraciones y señalamientos, luego no es de recibo afirmar que el acusado es una persona diferente de la que fue capturada portando el arma de fuego.

Con base en lo expuesto, el Delegado solicitó a la Corte confirmar el fallo de condena proferido por el Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Corte es competente para resolver la impugnación especial de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 235 de la constitución Nacional, por tratarse de la primera sentencia de condena proferida contra HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA por el Tribunal Superior de Cali.

En cuanto se refiere a la crítica que el defensor realizó sobre el testimonio del Intendente Daniel Orlando Orozco Ceballos porque en su declaración en el juicio no mencionó el nombre y la identidad de la persona capturada en posesión del arma de fuego, advierte la Corte que en su propósito de crear una duda para beneficiar a HÉCTOR FABIO MORENO,

el abogado planteó de manera infundada que el testigo debía saber el nombre completo e identificación del procesado, cuando lo cierto es que no hay regla alguna de interrogatorio que así lo exija como condición de su validez o de su credibilidad.

En efecto, el testimonio del Intendente Orozco Ceballos fue recibido en el juicio oral, garantizando con ello tanto el principio de publicidad (artículo 377 de la Ley 906 de 2004), como el de contradicción (artículo 378) y en presencia del juez, para dotar de sentido el principio de inmediación (artículo 379 *idem*).

De otra parte, en virtud del artículo 380 del estatuto procesal penal, los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto, de manera que la declaración del Intendente debía ser apreciada en correlación con las demás pruebas obrantes en la actuación.

Ahora, conforme al artículo 391 de la Ley 906 de 2004, inicialmente se surtirá el interrogatorio directo por la parte que hubiere ofrecido el testimonio como prueba, limitándose a los aspectos principales de la controversia, a los hechos objeto del juicio o los relativos a la credibilidad de otro declarante. En este sentido, bien se procedió al disponer que inicialmente el Intendente fuera interrogado por la Fiscalía, la cual, sobra manifestarlo, tenía que ubicarlo acerca del procedimiento sobre el que se requería su exposición, lo cual implicaba que debía referir el nombre del involucrado, esto

es, HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA, máxime si el juez no tuvo que intervenir conforme a la facultad que le asiste en virtud del artículo 392 del mencionado estatuto adjetivo, “*con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas*”, ni la parte que no estaba interrogando o el Ministerio Público, se opusieron a algún cuestionamiento de la Fiscalía por violar las reglas del interrogatorio o incurrir en sus prohibiciones (artículo 385 *idem*). Tampoco el juez consideró necesario realizar preguntas complementarias al Intendente (artículo 397 *idem*).

Si según el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, el servidor público de policía judicial puede ser citado al juicio oral a rendir testimonio con relación al caso, oportunidad en la cual el juez puede autorizarlo “*para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar*”, se deduce que si esta es la voluntad del legislador, es razonable que, para conseguir el relato específico de un asunto, quien interroga suministre a dicho servidor, por lo menos los datos relativos a la identificación de la persona involucrada, el lugar, la fecha y hora en la cual ocurrió un procedimiento de los muchos que con ocasión de sus funciones realiza.

Desde luego, exigir como lo plantea el defensor, que sea el servidor público quien informe el nombre completo e identidad, en este caso, de una persona capturada, excede la regla legal que, por el contrario, faculta la consulta del informe y notas.

Adicionalmente se tiene que la identificación de la persona capturada por tener en su bolsillo una pistola y munición sin contar con permiso para ello, se registró en el acta de derechos del capturado, informe de captura en flagrancia y acta de incautación de arma de fuego, las cuales sustentaron la decisión de impartir legalidad a tal procedimiento, es decir, en dicha audiencia se identificó a HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA en los términos dispuestos en los artículos 288 y 337-2 de la Ley 906 de 2004.

De especial importancia resulta el artículo 409 de la Ley 906 de 2004 al disponer que el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir, exigencia que se cumplió a cabalidad en este caso, pues el Intendente Daniel Orozco relató desde el momento mismo en que por radio se enteró acerca de una persona que estaba disparando un arma en lugar cercano a donde se encontraba patrullando y hacía allí se dirigió.

La defensa y el Ministerio Público ejercieron su facultad de contrainterrogar al Intendente y su relato no fue objeto de impugnación de credibilidad.

Para una mejor comprensión de lo expuesto por el testigo, se transcriben a continuación apartes de su intervención en el debate oral:

PREGUNTÓ FISCALÍA: *¿Para la fecha de diciembre del año 2019 usted estaba adscrito a qué grupo, a qué unidad de la policía?*

CONTESTÓ: *Para la fecha pertenecía a la estación de policía el Guabal y hacía parte del grupo de patrulla y vigilancia, adscrita al modelo nacional de vigilancia comunitaria por cuadrante.*

PREGUNTÓ FISCALÍA: *¿Recuerda el procedimiento de captura del ciudadano Héctor Fabio Moreno Montoya?*

CONTESTÓ: *Sí señor.*

PREGUNTÓ FISCALÍA: *¿Indíquenos al despacho cómo se dio esa captura del señor Héctor Fabio Moreno Montoya?*

CONTESTÓ: *Ese día nos encontrábamos realizando un turno en el horario de la mañana, mi compañero el patrullero Montoya y yo estábamos patrullando en el sector del Guabal que era el sector que nos corresponde geográficamente y la central de radio nos informa que había unas personas realizando unos disparos al aire, por ese motivo nos dirigimos al lugar que nos indicó la central que era sobre la calle 16 con carrera 41 y allí pues ya nos encontramos con el evento al que estamos hoy prestos señor fiscal.*

PREGUNTÓ FISCALÍA: *¿Llegan a ese lugar a la 16 con 41 y qué es lo que encuentran, a quién encuentran?*

CONTESTÓ: *Llegamos al sitio con el fin de buscar la nomenclatura de dónde se nos estaba reportando que supuestamente había unas personas haciendo unos disparos, y una persona que se encontraba en una panadería nos*

señala hacia una casa del lado derecho de la panadería de la esquina. Cuando verificamos, había una persona en un balcón en un segundo piso, la cual aparentemente se encontraba en estado de embriaguez dado que se escuchaba música, era temprano en la mañana de un domingo y se le pide al señor que bajara, ya pues que había una reja. El señor muy amablemente sin oponerse en ningún momento baja y nos abre, en el momento de que el señor baja la reja se evidencia que en el bolsillo derecho de su pantalón tenía lo que al parecer era la cacha de un arma, cuando él abre se procede a verificar inmediatamente, pues dado a que sí se evidenciaba que estaba en estado de embriaguez qué era lo que portaba, se requisa ahí fuera de la reja cuando él sale y abre y se verifica que era una armada de fuego, se le pide al señor de que nos enseñara su permiso para porte o tenencia y este manifiesta no tener y por tal motivo es capturado, se pide apoyo de los demás cuadrantes y llega el vehículo policial y es conducido a su respectiva judicialización.

PREGUNTÓ FISCALÍA: ¿Hizo alguna manifestación de por qué motivo tenía en su poder está arma de fuego?

CONTESTÓ: No señor, el simplemente dijo que la tenía allí y que no tenía permiso fue todo lo que nos manifestó.

PREGUNTÓ FISCALÍA: ¿El procedimiento de captura se hizo conforme a los registros legales?

CONTESTÓ: Sí señor, en ningún momento se le vulneró algún derecho, se le dieron a conocer todos sus derechos como persona capturada en el momento que se requisa y se verifica que tiene el elemento.

PREGUNTÓ FISCALÍA: *¿Recuerda usted las características del arma que le hallaron al señor Héctor Fabio?*

CONTESTÓ: *Doctor, era un arma pequeña, arma de fuego pequeña tipo pistola, tenía una característica particular de que su cacha era en madera, era en madera color café, es lo que recuerdo señor fiscal.*

CONTRA-INTERROGATORIO *¿Usted manifestó que el testigo bajó, pero estaba la reja cerrada, entonces indique al despacho cómo hizo usted para que él le entregara el arma si había una reja cerrada?*

CONTESTÓ: *Él de manera muy amable, porque él en ningún momento se opuso a ningún procedimiento en cuanto a que se le pidió que si por favor podía atendernos a nosotros, de que estaba siendo requerido por parte de la Policía Nacional y que, si podía llegar hasta abajo y él en ningún momento opuso ninguna resistencia, bajó y abrió la reja sin ningún problema.*

RE-DIRECTO *¿Usted ingresó al interior de la residencia con el permiso del señor Héctor Fabio?*

CONTESTÓ: *Él después de que abrió nos dejó entrar al antejardín por llamarlo así, porque se estaba de pronto verificando si había cartuchos percutidos y demás.*

CONTRA-REDIRECTO *¿Le dio él permiso para ingresar al jardín o ingresar al interior de la vivienda?*

CONTESTÓ: *Él nos dejó ingresar al jardín, en ese momento había un ciudadano en la parte de arriba, eso era un segundo piso, con el fin de verificar de pronto de que no estuviera armado se le pidió de qué bajara sin perderlo de vista para practicarle también el registro”.*

Conforme a las reglas para la apreciación del testimonio establecidas en el artículo 404 de la legislación procesal penal, en lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, se trata de un procedimiento policial de captura realizado por el testigo en su condición de Intendente, en cuyo relato suministró en detalle las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que percibió el suceso, máxime si él fue actor del mismo. Además, sus respuestas resultan concretas y precisas, no hay vacilación, ni se advierte interés alguno en perjudicar al acusado, a quien no conocía antes del suceso motivo de investigación.

Entonces, considera la Corte que el recurrente no dijo, ni la Sala vislumbra, qué duda hay acerca de que el día de los hechos y al ser registrado por el Intendente Daniel Orozco, HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA portaba en el bolsillo derecho de su pantalón una pistola marca Browning, calibre 7.65, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos y uno sin percutir en la recámara.

Es claro, que las respuestas del testigo se refieren de manera unívoca a MORENO MONTOYA, pues en el momento de los hechos no se estableció que otra persona portara el arma incautada, en cuanto, se reitera, fue vista por el Intendente en el bolsillo de su pantalón y al manifestar que no tenía salvoconducto se dispuso su captura.

Acerca de que el declarante no fue cuestionado sobre el destino del arma incautada, basta indicar que tal circunstancia es ajena a la comisión del porte de ese

instrumento sin salvoconducto, de manera que aún si la Fiscalía no interrogó sobre ello, la comisión del delito está acreditada en cabeza del acusado.

Aducir que no se estableció una relación entre el arma y HÉCTOR FABIO MORENO resulta un aserto ajeno a la realidad acreditada en la actuación, pues el porte se probó con la declaración del Intendente que la observó en el bolsillo derecho del pantalón del acusado.

De igual manera, afirmar que no se probó que el arma sobre la cual se realizó el examen de funcionamiento fuera la misma incautada el día de los hechos, no pasa de ser una observación descontextualizada y distante del curso de la actuación, como que la Fiscalía o los técnicos que realizaron los análisis carecían de interés en alterar tal resultado, con mayor razón si el impugnante no explicó qué motivo tendrían para incurrir en alguna incorrección o ilegalidad sobre el particular.

Como el defensor expresó que la Fiscalía no probó en el juicio la responsabilidad de MORENO MONTOYA en la comisión del delito por el cual fue acusado, circunstancia que imponía la aplicación del principio *in dubio pro reo*, constata la Corte que no precisó cuáles son las dudas trascendentes sobre la materialidad del punible o la responsabilidad del acusado que imponían acudir a tal postulado.

Si bien a partir de la declaración de Daniel Orozco se probó que cuando se realizaba el procedimiento de captura

de MORENO MONTOYA, en el segundo piso de la edificación se encontraba otra persona, la cual también fue registrada, tal situación no permite dudar de que quien portaba el arma y las municiones en el bolsillo derecho de su pantalón era el acusado, no el otro individuo. Es decir, en el relato del testigo no se observa confusión al respecto, como para concluir, conforme lo planteó la defensa, que *“no se sabe a cuál de los dos le fue encontrada la pistola”*.

De otra parte, si la Fiscalía renunció a la declaración ya decretada del patrullero John Montoya, tal aspecto corresponde a su órbita estratégica, pues seguramente consideró que bastaba con el testimonio de Daniel Orozco, como en efecto ocurrió, sin que tal proceder conduzca a dar pábulo a dudas sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado, como de manera genérica lo planteó el recurrente.

Aunque conforme a la jurisprudencia, cuando alguien es capturado en flagrancia, el tema de la identidad solo tiene incidencia en la imposición de la medida de aseguramiento, pero no para tenersele como responsable de los hechos investigados, lo cierto es que en este asunto el señalamiento que desde la captura realizó el Intendente Daniel Orozco respecto de MORENO MONTOYA, como la persona que tenía en su poder la pistola y su munición, además del relato que de manera precisa ofreció en el juicio, descartan cualquier equivocación o error sobre la identidad del autor del porte del arma de fuego y sus municiones.

Entonces, considera la Sala que se consiguió el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, a partir de las pruebas debatidas en el juicio (artículo 381 del Código de Procedimiento Penal).

Resta señalar que, contrario a lo planteado por el defensor, en el sentido de que el juez debe atenerse únicamente a lo expuesto y demostrado por la Fiscalía y demás partes, no debe olvidarse que a los funcionarios corresponde en primer lugar, apreciar las pruebas obrantes en la actuación a fin de no incurrir en un falso juicio de existencia por omisión o por suposición de ellas.

En segundo término, sujetarse rigurosamente a su aporte objetivo sin adicionarles o cercenarles fragmentos importantes y tanto menos distorsionarlas, so pena de incurrir en un falso juicio de identidad. En tercer lugar, extraer de ellas deducciones a partir de las reglas de la sana crítica, esto es, los principios lógicos, los postulados científicos o las máximas de la experiencia, además de no apreciar las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales en orden a evitar falsos juicios de legalidad, y tener en cuenta las tarifas legales para su ponderación –hoy en día residuales— dispuestas por el legislador para no incurrir en falsos juicios de convicción.

Así, no debe el juez sustituir los deberes que competen a la Fiscalía o a la defensa, pero tampoco puede ser un simple convidado de piedra al juicio, sino un ser de pensamiento, de

análisis, de verificación, de concatenación de hechos en orden a reconstruir el cuadro conjunto que le ofrecen las pruebas, inclusive ahondando más allá de lo expuesto por las partes y, con base en el *principio de inmediación* con los medios probatorios –tan caro al sistema acusatorio–, adoptar su decisión.

Conforme a lo anterior, no es procedente, con fundamento en la impugnación especial promovida por la defensa de HÉCTOR FABIO MORENO, revocar el fallo dictado en su contra.

Modificación oficiosa y parcial de la Sentencia.

Como en la audiencia realizada el 9 de diciembre de 2019 en el Juzgado 25 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, la Fiscalía imputó a MORENO MONTOYA la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal (artículo 365 de la Ley 599 de 2000), pero luego, en el escrito de acusación y en la correspondiente audiencia realizada el 15 de febrero de 2021 le imputó la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del Código Penal), punible por el cual el Tribunal Superior de Cali dictó el 26 de octubre de 2022 la primera sentencia de condena contra el acusado, advierte la Corte que se impone ahondar sobre tal variación en la imputación.

En tal cometido se tiene que el arma incautada corresponde a una pistola marca Browning, calibre 7.65, semiautomática, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos.

En la acusación se dijo que se trataba de un artefacto de uso privativo de las fuerzas armadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 11 literal (a) del Decreto 2535 de 1993.

El primero establece:

“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 9.652mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto;

“b) Pistola y revólveres de calibre superior a 9.652mm. (.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 armas enunciadas en los literales anteriores”.*

El citado artículo 11, literal (a) dispone:

“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 9.652mm. (.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 de 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”.

Al cotejar las características del arma incautada, con las normas transcritas, se tiene que el calibre 7.65 es inferior al 9.65 a partir del cual las pistolas son de uso privativo de las fuerzas armadas. Además, no se trata de un fusil o carabina semiautomática, de un arma automática, o de alguno de los artefactos relacionados en el artículo 8 del Decreto 2535 de 1993.

Ahora, en cuanto se refiere al artículo 11 literal (a) del mismo decreto, se tiene que cumple con las exigencias para ser arma de defensa personal, pues su calibre 7.65 es inferior al 9.62, la longitud de su cañón es inferior a 6 pulgadas (cabe en el bolsillo de un pantalón), es semiautomática, no se trata de una carabina o una escopeta, pero la capacidad del proveedor sí es superior a 9 cartuchos, pues como se estableció en este caso, tenía capacidad para 12 de ellos.

Sobre tal aspecto específico la Sala ha señalado:

“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”¹.

“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”².

Conforme a lo expuesto, la Corte advierte 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. Es decir, acertó la Fiscalía en la audiencia de imputación al referir el artículo 365 del Código Penal, pero erró en la acusación y en los alegatos de clausura del juicio al señalar el artículo 366 del mismo ordenamiento, razón por la cual también se produjo el equívoco en la primera sentencia de condena dictada contra MORENO MONTOYA.

Entonces, se impone modificar oficiosa y parcialmente el fallo del Tribunal, en orden a condenar por el delito de porte

¹ CSJ. AP, 5 may. 1994.

² 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.

ilegal de arma de fuego y municiones de defensa personal y redosificar la sanción.

Como el Tribunal de Cali le impuso la pena mínima de 11 años de prisión correspondiente al extremo inferior del primer cuarto de movilidad punitiva (artículo 366 del Código Penal), ahora, al establecerse que se trató de una pistola y municiones de defensa personal, debe imponerse la sanción mínima establecida en el artículo 365 del mismo estatuto, que es de 9 años de prisión, tiempo en el cual también será dosificada la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Resta señalar que se mantiene la negación de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, pues la decisión adoptada por la Sala no tiene incidencia en los fundamentos del Tribunal sobre el particular.

Contra esta providencia –dictada por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria— no procede recurso alguno.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Tribunal Superior de Cali el 26 de octubre de 2022 contra

HÉCTOR FABIO MORENO MONTOYA, modificándola en el sentido de declararlo responsable penalmente del delito de porte de arma de fuego y municiones de defensa personal, a título de autor. Se le imponen 9 de años de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término.

2. MANTENER incólume el resto de la sentencia impugnada.

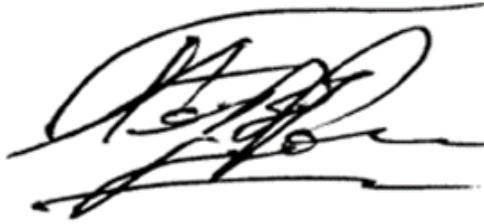
Contra esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

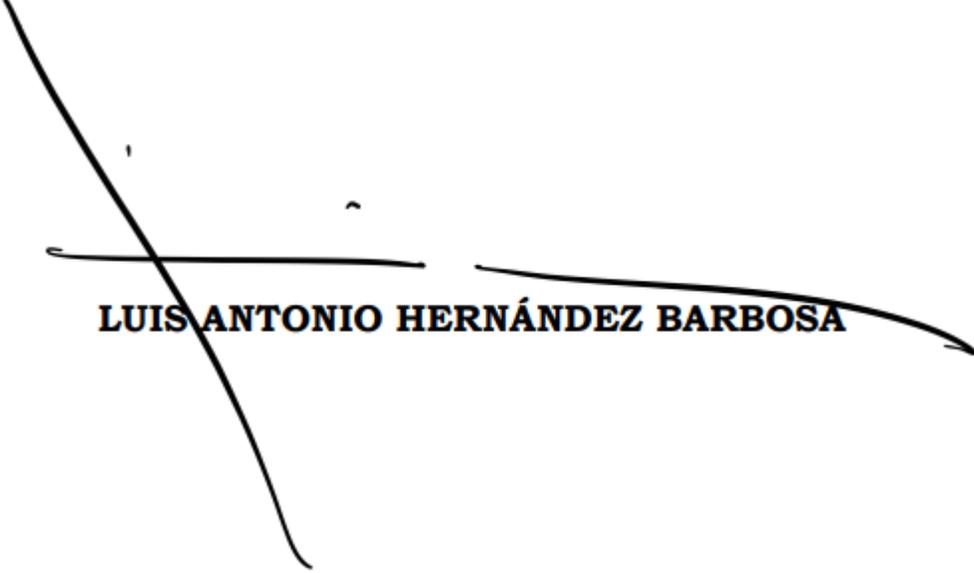


23

GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

2023



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria