



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP021-2021

Radicación 48.154

Acta No. 6

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

Efectuado el trámite de sustentación del recurso extraordinario de casación en los términos previstos en el art. 3° del Acuerdo 020 de 2020, expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA contra la sentencia del 16 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I. HECHOS

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, un día del mes de marzo de 2011, el sargento retirado del Ejército Nacional NAIRO DEVIA BRIÑEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO, exintegrante de la misma institución, sustrajeron del depósito de armamento mayor del Batallón Landazábal (N° 13) -en Bogotá- varias granadas de 120 mm, un mortero Brandt de ese calibre y sus accesorios (bípode, placa e implementos para dispararlo). Procedieron a transportar tales artefactos bélicos a distintos lugares: el mortero fue llevado al inmueble en el que funcionaba el taller de mecánica automotriz AutoRivas (en Soacha), de propiedad de JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA, quien lo conservó oculto en el taller; la base o placa fue almacenada en otro predio en el barrio El Virrey de Bogotá, mientras que las granadas y el bípode se los llevó ELKIN BAQUERO, para ser ubicados en otro inmueble en Soacha, donde un familiar suyo.

Tanto el mortero, como sus accesorios y munición (granadas), de esa forma distribuidas, iban a ser entregados a una facción del frente 40 de las FARC conocida como “*Los Guapuchones*”, pero por información de inteligencia se pudieron incautar simultáneamente el cañón de artillería (mortero para granadas de 120 mm) y su respectiva base.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Con fundamento en los referidos hechos, el 6 de mayo de 2011, ante el Juzgado 37 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA como posible coautor del delito de concierto para delinquir, agravado por estar asociado a actividades terroristas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (arts. 340 inc. 2° y 336

del C.P.). El imputado no aceptó los cargos y se le impuso medida de aseguramiento.

En audiencia del 17 de junio de 2011, llevada a cabo ante el Juzgado 5° Penal Especializado del Circuito de Bogotá, se formuló acusación contra el señor RIVAS PALMA como *probable* coautor de las mencionadas conductas punibles.

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate y emitido sentido del fallo absolutorio, el juez dictó sentencia el 5 de marzo de 2015.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el fiscal contra el fallo de primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó *parcialmente*, a través de la sentencia ya referida, dictada el 16 de febrero de 2016. En su lugar, declaró al acusado coautor responsable de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, imponiéndole una pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 65 meses. Por otra parte, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda. Estando el proceso en turno para la calificación del libelo, con fundamento en los arts. 22 y 23 lit. c) de la Ley 1820 de 2016 se ordenó el envío del expediente a la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la declaratoria de responsabilidad en contra de JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de

uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos -incluido en el listado de delitos conexos del art. 16 de la Ley 1820-, constituye un supuesto de **colaboración** -arts.17 *ídem* y 6° del Decreto 277 de 2017- con el bloque “comandante Jorge Briceño” de las FARC. Por consiguiente, para la Sala, podían estar dados los presupuestos objetivos para la concesión de amnistía *de iure* (arts. 15 al 17 de la Ley 1820 de 2016 y arts. 4° al 8° del Decreto 277 de 2017).

Mediante la Resolución SAI-AOI-D-JCP-0380-2019 del 15 de julio de 2019, la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, entendiendo que el procesado presentó un “*desistimiento al trámite de amnistía iniciado de oficio*”, dispuso la devolución del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema.

Recibida nuevamente la actuación, en auto del 17 de septiembre de 2019 (CSJ AP3992-2019), la Sala propuso conflicto negativo de jurisdicción. Ello, por cuanto, en síntesis, al estar dados los presupuestos para aplicar una amnistía *de iure*, que implica un decaimiento de la acción penal por razones de orden público y opera por ministerio de la ley, la voluntariedad del procesado no permitía a la Sala de Amnistía e Indulto sustraerse del conocimiento del caso acudiendo a la figura del desistimiento.

Por medio del auto 104 del 11 de marzo de 2020, notificado el 4 de septiembre subsiguiente, la Sala Plena de la Corte Constitucional dirimió el conflicto de jurisdicción. Por una parte, determinó que le corresponde a la Sala de Casación Penal continuar con el conocimiento de la actuación seguida en contra del señor RIVAS PALMA; por otra, dispuso *dejar sin efectos* el auto del 17 de septiembre de 2019.

A este último respecto, la Corte Constitucional determinó que, “*ante la manifestación de José Amílcar Rivas Palma de no*

estar interesado en favorecerse de la amnistía de iure a través de la solicitud de archivo del trámite adelantado para el efecto por la Sala de Amnistía o Indulto, dicha corporación de la Jurisdicción Especial para la Paz se encontraba impedida para continuar con el examen de la viabilidad o no de la aplicación del referido beneficio, pues se trata de una persona que, en principio, se reputa un tercero y, en consecuencia, su ingreso al SIVJRNR es voluntario.”

En tal virtud, la Sala admitió el libelo para estudiar de fondo todos los reclamos y, de esta manera, garantizar el derecho a la *doble conformidad*.

Efectuado el trámite de sustentación, con pronunciamiento del impugnante, del Fiscal 5° delegado ante la Corte Suprema de Justicia y el Procurador 2° delegado para la Casación Penal, la Sala procede a dictar el fallo de rigor.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1. Por la vía del art. 181-3 del C.P.P., **el defensor** acusa la sentencia de segunda instancia de haber sido proferida con violación *indirecta* de la ley sustancial, derivada de errores consistentes en *falso juicio de identidad*.

En primer lugar, plantea, el tribunal *distorsionó* el contenido de los testimonios de Luis Hernando Infante, Juan Carlos Giraldo Rodríguez, Andrés Márquez García, Carlos Hernando Lamprea y Juan Manuel Argüello Ronco, en el sentido de estimar que el “*tubo*” encontrado en el predio del procesado tenía *aptitud* para ser utilizado como un arma o implemento bélico con funcionamiento *autónomo*. Ello, sostiene, dado que todos los testigos coincidieron en que al cañón le hacían falta piezas

fundamentales -el percutor y el bípode- sin las cuales no podía disparar. Además, las demás partes del lanzagranadas estaban en otros predios.

Lo cierto es que, puntualiza, los testigos están de acuerdo en que, *al momento de la incautación*, el cañón no se encontraba con sus piezas esenciales de percusión. De ahí que, al no poder ser utilizado, es erróneo considerarlo como un arma de fuego, pues según el 6° del Decreto 2535 de 1993, entre otros supuestos, las armas pierden su carácter cuando sean *total y permanentemente inservibles*.

Por ello, destaca, el *ad quem* erró al considerar que el procesado cometió el delito imputado porque “*el tubo podría servir* para disparar con un percutor artesanal o con el resto de los elementos encontrados en otros sitios. En ese sentido, llama la atención, al condenar aludiendo a la aptitud de disparo del cañón con utilización de otros elementos, no hallados en poder del procesado, se quebranta el principio de congruencia, pues las conductas endilgadas al señor RIVAS PALMA en la acusación fue la de conservar y traficar “*un tubo de mortero*”, no *otras piezas* de artillería para lanzar granadas de 120 m.m. Además, enfatiza, no se demostró ningún tipo de conexión entre los dos hallazgos.

Ese yerro, concluye, fue determinante para la emisión de una sentencia condenatoria, como quiera que en la sentencia impugnada se declaró probada una “*realidad fáctica distinta*”, producto de una apreciación probatoria desacertada en la que, incluso, faltó una “*prueba de disparo*”. Y sin ésta, a su modo de ver, no es dable afirmar la idoneidad del tubo para disparar.

Lo dicho por los testigos, insiste, es que el “*tubo para mortero*” no funcionaba al momento de la incautación, pues le faltaban piezas esenciales, como los mecanismos de percusión o

disparo. Y ello es determinante, pues esa es la realidad del arma, al margen de que pudiera funcionar si se le pusieran algunos elementos de orden artesanal. No obstante, subraya, en la diligencia de allanamiento y registro solamente se encontró “*el tubo*”, sin ningún tipo de adición que pudiera servir para la detonación de una granada.

Por otra parte, agrega, se *tergiversaron* los testimonios de NAIRO DEVIA BRIÑEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO, pues estos testigos dijeron en el juicio que no conocían a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS y que entregaron una *placa* en un taller de Bogotá, a una persona distinta de aquél. Esa infracción, resalta, condujo a que el *ad quem* inadvertiera, de un lado, que la incautación de la base del mortero se realizó en el municipio de Soacha; de otro, que las partes del arma fueron movidas entre ciudades.

Por último, subraya, el tribunal pasó por alto que no se probó que JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA fuera integrante de una organización criminal.

Con fundamento en ello, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y absolver al acusado, pretensión que reiteró en el traslado para sustentar la impugnación insistiendo en los argumentos atrás reseñados.

3.2. Para ***el fiscal***, la Corte debe absolver a JOSÉ AMILCAR RIVAS PALMA o, en su defecto, condenarlo como *cómplice* del delito previsto en el art 366 del C.P. Lo anterior, dado que, a su modo de ver, el *ad quem* incurrió en yerros que condujeron a la aplicación indebida de dicha norma.

Respecto a la petición principal, sostiene, los argumentos de absolución expuestos por el *a quo* deben ser validados por la Corte, pues para la fecha de los hechos la normativa aplicable era

la Ley 1142 de 2007, que “únicamente tipificaba el porte” de armas completas. La punición del “porte” de partes o accesorios esenciales, puntualiza, apenas se incluyó mediante la Ley 1453 de 2011, inaplicable al asunto bajo examen. De ahí que, a su modo de ver, no pueda sancionarse al procesado, un latonero y pintor de carros con estudios de primaria, por conservar y “portar” un “tubo para mortero, no un mortero”. Ese “tubo” en su criterio, no es un arma de fuego, sino una parte.

Según su juicio, la conducta atribuida al aquí procesado deviene objetivamente atípica. La responsabilidad por “porte” de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y concierto para delinquir, dice, únicamente se probó en relación con NAIRO DEVIA y ELKIN BAQUERO, quienes en juicio no señalaron a JOSÉ AMILCAR RIVAS como participante del ilícito por ellos cometido.

Por otra parte, sostiene, el fiscal que apeló la sentencia absolutoria “modificó” la teoría del caso propuesta por su antecesor, abandonando la hipótesis del concierto para delinquir, para afirmar luego que “el tubo” incautado podía considerarse un arma de fuego con algunas “refacciones” y alegando que el acusado fue coautor impropio porque se encargó de almacenar “el tubo” en el taller para después reunirlo con otras piezas y así perfeccionar el delito. De esa manera, alega, se forjó una incongruencia entre la sentencia y la acusación, pues en este último acto el fiscal señaló que el señor RIVAS PALMA estaba vinculado con una organización delictiva que incurría en una pluralidad de delitos, como el hurto de armas, con destino a una facción de las FARC.

En la coautoría impropia, enfatiza, se debe establecer probatoriamente la división funcional del trabajo y tal condicionante gravita inseparablemente con los hechos

jurídicamente relevantes constitutivos del núcleo de la imputación fáctica. Empero, advierte, ese reparto de tareas no se acreditó.

De ahí que, subraya, se violó el principio de congruencia al solicitar la condena del procesado como *coautor impropio*, siendo que no se estableció su pertenencia a un grupo delincuencia, pues ya se había descartado el delito de concierto para delinquir. Entonces, estima, la supuesta entrega de los artefactos a grupos armados al margen de la ley es una mera conjetura, porque desconoce los efectos vinculantes de la absolución por ese delito contra la seguridad pública.

No se puede, destaca, invertir el proceso intelectual, pues se estaría utilizando una presunta forma de participación (coautoría impropia) como un hecho indicador para verificar la tipicidad, cuando la lógica conlleva a que inicialmente se debe acreditar la tipicidad objetiva para, en adelante, buscar los autores, el título de intervención de cada uno y los restantes componentes de la responsabilidad.

Incluso, afirma, tampoco está probada la responsabilidad subjetiva del aquí procesado, como quiera que no se estableció que el latonero RIVAS PALMA supiera que el mencionado elemento formaba parte de un arma de guerra. Ello, dado que “*le explicaron que ese tubo*” se utilizaba en la industria petrolera.

Respecto a la petición subsidiaria, agrega, si la Sala determinare que las inconsistencias evidenciadas por el acusado al justificar la presencia del “*tubo de mortero*” en su inmueble -las cuales, resalta, permitirían “*predicar algún grado de dolo respecto de él*”-, en todo caso habría lugar a casar la sentencia -subsidiaria y oficiosamente- a fin de degradar el título de participación a complicidad.

Ello, por cuanto, añade, no se probó directa ni indiciariamente que el aquí acusado tuviera dominio del hecho. En vez de ello, sostiene, *“al parecer habría colaborado en un delito ajeno, que no reconocía ni pertenecía a su voluntad directa e íntegra ni a su conocimiento total. En cambio, el sargento del Ejército y el otro implicado sí fueron los verdaderos autores”*.

En el presente caso, prosigue, nada indica que JOSÉ AMÍLCAR RIVAS haya gestado su propio delito de *“porte” ilegal de armas de uso privativo*. Las pruebas no indican la manera en que él dominaría funcionalmente el hecho por la supuesta división del trabajo; pero si se determinare que aquél sí intervino en el delito, alega, a lo sumo se podría deducir que lo hizo como colaborador, restringiéndose su contribución dolosa a guardar u ocultar el *“tubo”* en su taller de latonería.

En ese sentido, puntualiza, nada se probó ni puede inferirse en punto de alguna especie de pacto, convenio o acuerdo anterior, concomitante ni posterior a la fecha incierta en que el sargento DEVIA BRIÑEZ sustrajo el *“tubo”* del mortero del batallón donde yacía, como tampoco se ahondó en aspectos concretos sobre un supuesto arreglo con ELKIN BAQUERO.

Con fundamento en tales argumentos solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, bien sea para dejar en firme la absolución dictada en primera instancia o, en su defecto, para redosificar la sanción penal aplicando la pena correspondiente al cómplice.

3.3 Por su parte, ***el procurador para la casación penal*** conceptúa que la Corte no debe casar la sentencia, pues el censor no acredita que la conducta desplegada por el señor RIVAS PALMA sea atípica.

En el presente caso, considera, a la luz del art. 6° del Decreto 2535 de 1993 es claro que el artefacto hallado al procesado es un arma de fuego. En suma, destaca, todos los peritos que declararon en juicio fueron claros en señalar que el mortero, por sí solo, era apto para impulsar proyectiles, por lo que tal elemento debe ser considerado como un arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, en los términos del art. 366 del C.P.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. En orden a garantizar el derecho a la doble conformidad que asiste al aquí procesado, independientemente de los errores de fundamentación advertidos en la demanda, la Corte verificará el cumplimiento de los estándares probatorios y sustanciales necesarios para dictar sentencia condenatoria.

La censura centra su refutación en errores de *apreciación* probatoria. Por ello, a fin de verificar si el tribunal incurrió en violación *indirecta* de la ley sustancial, por errores *de hecho* en la fijación de los enunciados fácticos con fundamento en los cuales declaró la responsabilidad del acusado como coautor del delito previsto en el art. 366 del C.P., la Sala procederá, en primer lugar, a reconstruir la argumentación que soporta la declaratoria de responsabilidad penal (num. 4.2.1.). Con ese trasfondo, en segundo orden, se contrastará esa estructura probatoria con los reproches formulados por el censor, a fin de determinar si el *ad quem* cometió alguna infracción que invalide el escrutinio probatorio aplicado (4.2.2.) y, entonces, establecerá si las declaraciones de hechos que integran el fallo deben modificarse o si, en ausencia de yerros en su construcción, han de permanecer inmodificables (num. 4.2.2.6.). Y, con esa base, se establecerá si ha de decaer algún fundamento de la decisión

condenatoria que conlleve a casar la sentencia impugnada o si ésta ha de mantenerse incólume (num. 4.3.).

4.2.1. Reconstrucción de la estructura probatoria en que se sustenta la condena.

En criterio del tribunal, la hipótesis delictiva se acreditó en un grado de conocimiento más allá de duda razonable. La responsabilidad del señor RIVAS PALMA, a título de *coautor impropio* del delito previsto en el art. 366 del C.P., modificado por el art. 55 de la Ley 1142 de 2007, deriva de la conducta consistente en haber intervenido en una operación de *tráfico* de armamento y munición militar ilícitamente extraídos del Batallón N° 13 de Artillería de Bogotá, los cuales, previo fraccionamiento y distribución de sus partes en diferentes inmuebles para ser conservadas temporalmente, tendría como destino final su suministro a grupos armados al margen de la ley.

En concreto, en la sentencia impugnada se declaró probado que NAIRO DEVIA BRINEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO, exmiembros del Ejército Nacional, sustrajeron del depósito de armamento mayor del Batallón Landazábal (N° 13) varias granadas de 120 mm, un mortero Brandt de ese calibre, un bípode, una placa y accesorios de disparo para el mortero. Procedieron a transportar fragmentadamente el arma, sus accesorios y la munición a distintos lugares: el cañón fue llevado al inmueble en que funcionaba el taller de mecánica automotriz Auto-Rivas (en Soacha), de propiedad de JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA, quien lo conservó oculto en el taller; la base o placa fue almacenada en otro predio en el barrio El Virrey de Bogotá, mientras que las granadas y el bípode se los llevó ELKIN BAQUERO, para ser ubicados en otro inmueble en Soacha, donde un familiar de aquél. Tanto el mortero, como sus accesorios y munición (granadas), de esa forma distribuidas, iban a ser

suministrados a una facción del frente 40 de las FARC conocido como “*Los Guapuchones*”.

La ilícita sustracción del armamento y munición de uso privativo de las Fuerzas Armadas se declaró probada con los testimonios de los exmilitares involucrados en ello -quienes fueron condenados por dichos hechos en virtud de aceptación preacordada de cargos en otra actuación-, así como con la declaración del comandante del Batallón N° 13, Coronel Carlos Hernando Lamprea Chavarro. Sobre el particular, en la sentencia impugnada se lee:

[...] El Coronel Carlos Hernando Lamprea Chavarro ostentaba el cargo de comandante en el Batallón de Artillería N° 13 para el primer trimestre de 2011, comentando en su declaración que, para el mes de mayo, recibió una llamada proveniente de la Inspección del Ejército. Una vez en la guarnición, pudo determinar que se había perdido un mortero Brandt calibre 120 mm, circunstancia por la que presentó la denuncia respectiva el 7 de mayo de ese año. En dicha oportunidad, comentó que el arma de guerra se encontraba en el depósito de armamento mayor en las instalaciones del Batallón Landazábal.

[...]

A su vez, el Coronel Lamprea Chavarro comentó en su denuncia: *“en total, tengo 23 morteros a cargo, entre esos 23 se encuentra el que hoy denuncio como perdido o hurtado, aclarando que algunos de ellos se encuentran en servicio fuera de las instalaciones de la guarnición militar”*.

Un aspecto relevante que observa este tribunal es que el Coronel Lamprea Chavarro enfatizó en que **el mortero Brand 120 mm “se extravió en su totalidad”, arma que se compone de “un bípode, una placa, un tubo y unos accesorios de disparo”** y que, según el exmilitar NAIRO DEVIA BRÍÑEZ, retiró de manera fragmentada junto a ELKIN BAQUERO SALCEDO de la siguiente manera: a) el tubo fue transportado en un carro hasta un sitio en Soacha, que lo reconoce como *“un tallercito de pintura y soldadura para carros”*, conducta que ocurrió *“en marzo de 2011”*; b) la placa *“fue ELKIN el que la recogió en la camioneta con otro muchacho, la participación que tuve fue sacarlo en la camioneta”*; c) el bípode *“lo subió ELKIN al carro el mismo día de las granadas y él dijo lléveme a Soacha donde el familiar que estaba con la esposa”* y, por si no fuera poco, d) unas granadas *“se le*

entregaron a él y no más”, las cuales llevaron a un predio en Soacha donde un familiar de BAQUERO SALCEDO.

Ese fraccionamiento y ubicación dispersa del arma, así como de sus municiones y accesorios, prosigue el *ad quem*, se hizo con el propósito de evitar la detección por parte de las autoridades. No obstante, informados los estamentos de policía judicial de la operación ilícita, se logró la incautación del mortero y uno de sus componentes (placa o base). Esta última se encontró en el predio (desocupado) ubicado en la carrera 2ª bis AE # 93B Sur-62G, barrio El Virrey de Bogotá, mientras que, concomitantemente, a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA le fue incautado el mortero, que estaba camuflado entre unos palos dentro del taller de su propiedad, con los seriales de identificación alterados. El mortero, se destaca en el fallo, según concepto pericial, muestra uniprocedencia con la base encontrada en el barrio El Virrey, así como características similares a los demás morteros ubicados en el batallón de donde fue sustraído.

Para arribar a dichas conclusiones probatorias, el tribunal se basó en los testimonios rendidos por los funcionarios de policía judicial que realizaron las diligencias de allanamiento, registro e incautación, así como en las declaraciones de los peritos expertos en armamento y artillería militar. A ese respecto, el *ad quem* señaló:

Así mismo es preponderante que la fuente formal fue certera en informar que el tubo se encontraba en la carrera 4 N° 3 A-99, barrio Las Quintas del municipio de Soacha, y la base en la carrera 2A Bis AE N° 93B sur 62G, barrio El Virrey de Bogotá, como en efecto se corroboró por parte del patrullero John Fredy Torres Giraldo, a través de diligencia de allanamiento efectuada el 5 de mayo de 2011 al primer inmueble reportado, dónde “siendo las 12:15 horas aproximadamente, el técnico antiexplosivos, Subintendente Fredy Giovanny Ciro Velásquez, ubicó al fondo del taller, costado derecho de la puerta principal, frente al vehículo Renault 6 de placas JUJ-205, entre unos maderos o palos que

estaban acomodados en forma vertical, **un tubo o cañón para mortero de 120 mm**, el cual tenía como característica estar invisible, que corresponde con una pieza metálica de color verde, en uno de sus extremos presenta alteración por borrado visible de lo que podía ser un sistema de identificación”; a su vez, por la funcionaria policial Lorena Cruz Tafur, quien en el segundo predio, en idéntica fecha, halló **“una placa base para mortero Brand de 120 mm, de color verde, una escopeta, un revolver y varias cachas de revolver en madera”**, la cual se encontraba oculta entre palos, plástico y tarros de pintura.

Cómo si eso no fuera suficiente, el perito Luis Hernando Infante Cárdenas concluyó que **el tubo y la base “corresponden entre sí”**, sin que exista margen de error ya que “la base o tubo de diferente fabricación o referencia no quedaría igual, no casaría”.

Y es que no existe duda de que el tubo de mortero se ajusta a los aspectos mencionados por el Coronel Lamprea Chavarro, tal y como se constató por el investigador Torres Giraldo, según el cual **“el tubo de mortero encontrado en la casa de RIVAS se ajusta a todas las características físicas del denunciante, en cuanto a tamaño, diámetro, color y demás”**.

Aspecto que verifica el técnico profesional en explosivos Juan Carlos Giraldo Rodríguez, quien **al efectuar un estudio de similitud entre los hallazgos y el armamento que se encuentra en el Batallón de Artillería determinó que “ese material es idéntico, en cuanto a su material, contextura, pintura, componentes, son idénticos”**. A su vez concluyó que “el material incautado, tubo y base, corresponden a un mortero, **el tubo es un mortero**, la base es accesorio de un material de guerra convencionalmente fabricado por una fábrica francesa marca Thompson Brandt”. En igual sentido se pronunció el técnico en mantenimiento de los sistemas de artillería Juan Manuel Argüello Ronco, afirmando que la placa y el tubo **“sí son compatibles”**.

Así mismo el testigo Joseph Francisco Castro Palma colige semejanza entre los morteros que se encuentran en el Batallón de Artillería N° 13 y el tubo incautado en la morada del señor RIVAS PALMA, como quiera que **“en los morteros se observan unos grabados, unos números de serie, similares a los que se encontraban en el otro informe”**.

Por otra parte, el tribunal determinó, con fundamento en el testimonio del exsargento del Ejército ELKIN BAQUERO SALCEDO, que la sustracción del mortero, de sus accesorios y munición, seguida de su ubicación y conservación en distintos inmuebles ha de enmarcarse en un contexto de tráfico que culminaría en una *transacción* con un grupo armado al margen de la ley, al que le iban a ser entregadas esos elementos de artillería:

El testigo Torres Giraldo concluye que “*el informante fue muy preciso*”, como quiera que “la información de la fuente hace referencia a un tráfico de armas que está sucediendo desde el interior de una guarnición militar donde hay comprometidos militares activos y que están utilizando exintegrantes del Ejército Nacional como puente para abastecer a frentes de las FARC, debido a eso han optado por fraccionar, es decir, como son armas, piezas exclusivas para combate, decidieron dividir las por piezas para permitir ese ocultamiento en varios inmuebles y, por eso, coinciden.
[...]

Esta situación fue **corroborada por el testigo** ELKIN BAQUERO SALCEDO quien, pese a su renuencia a declarar, mencionó que el tubo fue llevado a un taller de pintura en el 2011 junto al sargento DEVIA, el cual era “*para unos muchachos que les decían Los Guapuchones*”.

Circunstancia que se enlaza con las manifestaciones que hiciera el exmilitar NAIRO DEVIA BRÍÑEZ frente al retiro de unas granadas y las diversas piezas del mortero Brandt de 120 mm, cuestión que conlleva a predicar la configuración del verbo rector traficar.

[...]

A su vez, el señor BAQUERO fue aprehendido dentro de otra radicación, donde se adelanta un proceso de verificación a través del cual se colige que aquél, en compañía del señor DEVIA BRÍÑEZ, fueron los encargados de retirar el mortero Brand de 120 mm de las instalaciones de la guarnición militar, para luego distribuir sus piezas en diferentes predios.

En punto de la intervención del aquí acusado, el *ad quem*, tras fijar los contornos normativos de la coautoría *impropia*, recalcó que la acusación en contra del señor RIVAS PALMA se formuló en el contexto de la mencionada operación ilícita de *tráfico* de armas con destino a grupos armados organizados al margen de la ley, en cuyo

desarrollo a aquél se le atribuyó intervención en la fase de conservación del mortero, para ser suministrado a “Los Guapuchones”. Desde esa perspectiva, puso de presente la incorrección del fallo absolutorio de primera instancia, basado en el entendimiento erróneo del mortero como un simple *tubo*, constitutivo de una *pieza* inidónea para disparar autónomamente, meramente *conservado* por el acusado.

En ese sentido, en la sentencia de segundo grado textualmente se lee:

En principio vale la pena recordar que la Fiscalía formuló acusación y solicitó condena respecto a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA en calidad de coautor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, en tanto aquél se asoció con otras personas (sic) se encargaba de traficar y conservar armamento proveniente de guarniciones militares con destino a grupos ilegales, como Los Guapuchones.

[...] la coautoría impropia tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo bajo el propósito criminal común, figura que también se conoce como “empresa criminal”, donde todos realizan una parte del delito, independientemente de su trascendencia individual, pues lo que cuenta es el aporte a la empresa y la obtención del objetivo buscado en forma mancomunada.

[...]

Con relación a los medios suasorios recaudados en el trámite, basta recabar en las declaraciones que dieran los exmilitares NAIRO DEVIA BRÍÑEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO frente al reconocimiento de su responsabilidad en la sustracción del mortero y la distribución de sus piezas en diferentes inmuebles...situación por la que ya fueron condenados en otra radicación.

[...]

Y es que la participación del acusado resulta esencial para el cometido ilícito planteado, ya que la conservación de esta parte contribuía al ocultamiento y posterior entrega a organizaciones criminales de un elemento que, junto a las demás partes, conllevaba un perjuicio de gran envergadura para la comunidad en general.

[...]

En este sentido, no reviste duda que se configura la coautoría oportunamente imputada al procesado, la cual no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, en tanto las piezas del arma no fueron almacenadas en su totalidad en el inmueble de propiedad del señor RIVAS PALMA, pues el pacto era únicamente respecto del tubo.

[...]

*Por tanto, este tribunal no comparte la percepción del a quo, en tanto el objeto material del **tráfico** de armas no fue únicamente el tubo, sino que recayó directamente sobre **el mortero** Brandt de 120 mm **en su integridad**, bajo la óptica de la coautoría, teniendo en cuenta que NAIRO DEVIA BRIÑEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO retiraron el arma de manera fraccionada, luego de lo cual llevaron el tubo al inmueble ubicado en la carrera 4 N° 3A-99, barrio Las Quintas de Soacha, de propiedad del señor RIVAS PALMA, y la base a la carrera 2A Bis AE N° 93B sur-62G, barrio El Virrey de Bogotá, piezas que posteriormente serían recogidas por los miembros del grupo ilegal Los Guapuchones. Es decir, si bien la incautación, como fenómeno práctico, recayó sobre una parte del arma, el ilícito se perpetró sobre ésta en su totalidad e idoneidad, procediéndose al desmembramiento temporal, como ya se explicó.*

El tribunal, entonces, declaró probado que el mortero, sus accesorios (base y bípode) y la munición fueron ilícitamente sustraídos del batallón, con el propósito de ser entregados a un grupo armado ilegal, previo fraccionamiento y ubicación transitoria de dichos elementos en diversos inmuebles. En esa operación tuvo intervención JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA, quien se encargó de camuflar el cañón en su taller automotriz, pero este fue hallado por las autoridades, así como la respectiva base, que había sido escondida en Usme.

Esos hechos, en criterio del *ad quem*, no sólo encuentran adecuación típica en el art. 366 del C.P., sino que, habiéndose acreditado la *funcionalidad del arma* cuando fue extraída para ser traficada ilícitamente a grupos armados, está demostrado el peligro efectivo al bien jurídico de la seguridad pública. Contrario a lo

considerado por el juez, en el fallo de segundo grado se expone que el acusado se prestó para conservar *el mortero*, cuyos accesorios fueron ubicados en otros lugares siguiendo el plan de los exmilitares que lo sustrajeron. Y ese mortero, además de ser un arma de guerra, de uso *privativo* de las Fuerzas Armadas, estaba en condiciones aptas para ser utilizado como lanzagranadas.

A ese respecto, el tribunal expuso:

Este puntual asunto también lo resalta el testigo Juan Manuel Argüello Ronco, quien realizó una experticia al tubo para mortero, concluyendo que sí estaba apto para cumplir con las funciones para las cuales fue diseñado, como quiera que **“el ánima se encuentra en perfecto estado. Si, por ejemplo, el tubo tiene alguna fisura o un rayón en el momento de introducir o accionar la granada, de pronto no salga o de pronto se quede dentro del tubo porque los gases que hacen que la granada salga se filtren por el rayón que tenga el tubo”**.

Por tanto, no cabe duda de que las piezas referidas corresponden entre sí, las cuales, **al integrarse en su totalidad, dan lugar a predicar la funcionabilidad del arma**, contrario a lo mencionado por los testigos NAIRO DEVIA BRÍÑEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO, en tanto este mortero no se encontraba en desuso ni mucho menos iba a ser desechado, como claramente lo ratificó el técnico Juan Carlos Giraldo Rodríguez en su verificación al Batallón de Artillería No. 13, ocasión en la que observó **“que estaban funcionando con todos los accesorios”**.

En este mismo sentido, el testigo Juan Manuel Argüello Ronco afirmó: *“sí. En este momento tenemos varias apoyando”*, lo que permite inferir que en efecto **este tipo de armamento sí funcionaba para el momento en que fue extraído de la guarnición militar, aspecto diferente es que los involucrados en su tráfico ilícito hubieran acordado su fraccionamiento con el único propósito de evadir la acción penal, facilitando su retiro de la guarnición militar, transporte y embalaje**.

A su vez, el Coronel Lamprea Chavarro refiere que los artefactos **“aún están en servicio”**, siendo de uso exclusivo de las Fuerzas Militares...aclarando que, en caso de estar fuera de funcionamiento, generalmente tienen como destino

“museos y para monumentos en las diferentes Unidades de Artillería”.

En ese entendido, concluye el *ad quem*, la intervención del acusado resultaba esencial para el cometido ilícito planteado, ya que la conservación del mortero era un eslabón antecedente a la posterior entrega a organizaciones criminales de un elemento que, junto a sus demás partes, conllevaba un peligro de gran envergadura para la comunidad en general, sin que sea verosímil la explicación ofrecida por el señor RIVAS PALMA como testigo en su propia causa.

Según el tribunal, no es creíble que el mortero hubiera sido llevado por un cliente del taller en un vehículo al que el acusado le efectuó reparaciones, pues i) atenta contra las reglas de la experiencia que, si el trabajo fue terminado, se retire el vehículo por el dueño dejando sus pertenencias en el taller; ii) el cañón mide 2 metros de largo y pesa 82 kilos, por lo que es difícil de transportar en un campero Chevrolet Samurai modelo 1998 y ser movido por una sola persona; iii) no había razón para que el supuesto “*tubo de Ecopetrol*” fuera sacado de las instalaciones del taller, para ser *camuflado* en la morada del acusado y iv) Ramón Nieto, trabajador del taller de latonería y pintura AutoRivas desde el año 2010, aseveró que el campero únicamente traía herramienta, cruceta, gato, cojines y *nada más*.

Además, puntualiza, pese a que los demás involucrados (exmilitares DEVIA y BAQUERO) dijeron desconocer al señor RIVAS PALMA, tal manifestación es indigna de credibilidad, en la medida en que el mortero fue llevado por ellos a ese taller y, durante los testimonios, mostraron una extraña reticencia a responder las preguntas referentes al aquí acusado, dejando ver la intención de ocultar los nombres de los demás integrantes de la red criminal, así como evitaron dar más detalles sobre el hecho ilícito.

Lo cierto es que, subraya, los exintegrantes del Ejército fueron enfáticos al afirmar que *ellos* llevaron el mortero al taller del acusado y lo mimetizaron en los maderos junto a los cuales fue encontrado por las autoridades de policía judicial. Y no sólo ello, sino que el arma se ubicó en ese sitio por instrucción de “*Los Guapuchones*”. Ello, según el *ad quem*, confluente a descartar la versión del acusado sobre el supuesto cliente que dejó “*el tubo*” en un campero que dejó para hacerle reparaciones, así como el supuesto traslado a otra parte del inmueble por Baldomero Madrigal Moreno, trabajador del taller.

Así se extracta de los siguientes apartes del fallo impugnado:

Por tanto, el tubo para mortero no estaba por casualidad en el lugar y, menos aún, a la espera del regreso del vehículo en el cual supuestamente se transportaba, ya que el funcionario policial Torres Giraldo concreta que “*es un tubo de un peso considerable, no es fácilmente transportable por una persona y se encontraba mimetizado dentro de unos palos o maderos en la esquina al fondo del inmueble. No había ningún otro elemento metálico o ninguna otra pieza diferente a la madera, que era la que cubría ese elemento*”, así como lo hace Juan Manuel Argüello Ronco al recalcar que su peso es de 82 kilos y mide casi dos metros con dos centímetros, cuestión que de plano descarta lo narrado por Baldomero Madrigal Moreno respecto a que él sólo corrió el tubo del lugar en el que inicialmente estaba para el fondo del taller, argumento que tampoco encuentra asidero, como quiera que no se evidenciaba la necesidad de movilizar dicho tubo para hacer un asado, cuando presuntamente el mismo había sido dejado en la mitad del establecimiento comercial entre los vehículos reparados.

[...]

Este hallazgo adquiere relevancia si se tiene en cuenta que el testigo ELKIN BAQUERO SALCEDO manifestó que el tubo fue llevado a un taller de pintura en el 2011 junto al Sargento DEVIA, mismo que “*se entiende que es algo metálico, que no se puede poner en la pared porque se rueda, entonces se puso entre unos palos*”, sin que este depósito fuera casual, ya que “***fueron los señores Guapuchones los que eligieron ese taller, no yo***”.

Tales razones fueron las que llevaron al tribunal a revocar el fallo absolutorio y, en su lugar, condenar al acusado, por haberse demostrado que actuó en coautoría en la descrita operación de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

4.2.2. Al contrastar la estructura probatoria en que se soporta la declaratoria de responsabilidad del acusado, como *coautor* de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas con la censura, salta a la vista la improsperidad de ésta. Como primera medida, los reclamos no ponen de presente ningún yerro de apreciación probatoria; antes bien, lo que se advierte es una tergiversación de los fundamentos probatorios de la decisión impugnada. Debido a esto, los cuestionamientos elevados por el demandante son ineficaces para quebrantar la estructura argumentativa en que se edifica la condena.

4.2.2.1. Ningún falso juicio de identidad, en la modalidad de distorsión, se advierte en la fase de *apreciación* probatoria aplicada por el *ad quem*. La síntesis de los fundamentos de la decisión impugnada muestra con claridad que, a la hora de consignar la información extraída de las pruebas mencionadas por el censor, el tribunal no *alteró* ni *distorsionó* lo dicho por los testigos.

En primer lugar, del testimonio del patrullero Luis Hernando Infante Cárdenas -perito antiexplosivos- ciertamente se extractó información alusiva a las características del mortero. Sin embargo, al reseñar el contenido de esa prueba, el tribunal no le atribuyó concepto alguno sobre *su* aptitud para ser disparado. Por una parte, en la sentencia se aludió a la declaración del prenombrado funcionario a fin de acreditar la *correspondencia* entre el mortero -incautado al procesado- y la base encontrada en otro inmueble en Bogotá; por otra, se hizo referencia a lo expuesto por el experto en relación con el uso *genérico* de un mortero Brandt 120 mm por el Ejército Nacional, a saber, “*para*

lanzamiento de granadas de 120 mm, con un poder muy grande, de unos 25 metros de acción mortal".

Algo similar pasa con el testimonio del técnico profesional en explosivos Juan Carlos Giraldo Rodríguez, quien para nada conceptuó sobre la aptitud de disparo del mortero hallado al aquí procesado, sino que se refirió a la similitud -soportada fotográficamente (fls. 8-11 y 41-44 C.1)- del cañón en cuestión con el armamento de artillería existente en el Batallón Landazábal, el cual se encontraba en funcionamiento. Lo que el señor Giraldo hizo fue una comparación entre el cañón que le fue hallado a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS y los morteros almacenados en el Batallón de Artillería N° 13, concluyendo que el artefacto incautado es de los mismos ubicados en la guarnición militar. Es decir, con ese testigo se acreditó la *procedencia del mortero*, sin que, como equivocadamente lo afirma el demandante, se hubiera "*puesto a decir*" al testigo que el cañón incautado era apto para disparar.

En segundo orden, revisada la sentencia de segundo grado, el *ad quem* no aludió al testimonio de Andrés Márquez García, por lo que queda en el vacío un reclamo por falso juicio *de identidad*. No se puede *alterar* una prueba que no se *aprecia*. Claro, ello constituiría un falso juicio *de existencia por omisión*, mas el censor no lo denuncia; y, en todo caso, sería un yerro intrascendente, estéril para impactar las bases probatorias de la condena.

En efecto, si -como lo señala el censor- dicho testigo declaró que "*el tubo puede ser usado de manera individual para lanzar granadas **de manera rudimentaria***", ello en lugar de descartar la hipótesis delictiva conduce a reforzarla, pues deja sin soporte el planteamiento de atipicidad de la conducta, basado en que el mortero incautado "*no puede considerarse un arma de guerra porque sólo funciona con la totalidad de sus piezas originales*".

Pero ello, además de ser infundado, por cuanto el prenombrado testigo experto da cuenta de maneras artesanales de disparar las granadas con el cañón *sin necesidad de los demás accesorios originales*, el reclamo es -como se verá (num. 4.2.3.2.)- insuficiente para derruir la hipótesis delictiva, comprensiva de una operación de *tráfico* de armamento y munición militar *en funcionamiento*, que *no se limita* a la mera *conservación* de un mortero aisladamente incautado sobre el que, haciendo abstracción de la fragmentación y distribución de sus partes, se pretende afirmar su falta de funcionalidad.

En tercer término, tampoco es cierto que el tribunal hubiera desfigurado el testimonio del Coronel Carlos Hernando Lamprea para hacerle decir, sin que así lo hubiera manifestado, que el mortero concernido era apto para disparar. Con el prenombrado oficial se probó algo distinto, a saber, que el cañón hallado en el taller AutoRivas hacía parte del inventario (de 23 morteros a su cargo) del Batallón N° 13¹, de donde fue extraído ilícitamente *en su totalidad*, esto es *cañón, bípode, placa y accesorios de disparo*.

El testigo, entonces, no se refirió a *la aptitud para disparar* del mortero y tampoco lo reseñó así el tribunal, lo que deja en evidencia la inexistencia de un falso juicio de identidad.

Como cuarta medida, en relación con el testimonio pericial de Juan Manuel Argüello Ronco, técnico en mantenimiento de sistemas de artillería, la Sala no advierte *distorsión* alguna. Aquél, ciertamente, se refirió a la funcionalidad del cañón y conceptuó que era apto para ser utilizado, dada la buena condición del ánima. En ese sentido, el declarante expresó: ***“el ánima se encuentra en perfecto estado. Si, por ejemplo, el tubo tiene alguna fisura o un rayón en el momento de introducir o accionar la***

¹ Aspecto que puede corroborarse con la planilla de revista mensual de armamento y el listado de cargos de armas del Batallón de Artillería N° 13 General Fernando Landazábal Reyes (fls. 60-110 C.1.).

granada, de pronto no salga o de pronto se quede dentro del tubo porque los gases que hacen que la granada salga se filtren por el rayón que tenga el tubo”.

Cuestión distinta es que, en efecto, el tribunal hubiera inobservado *apartes* de su informe pericial, en los que aludió a la imposibilidad de disparar con el mortero en cuestión, *al momento de la inspección*. En ese sentido, sí hay un falso juicio de identidad, pero por *supresión*. Sin embargo, ese yerro es del todo intrascendente, pues la *completa* apreciación del segmento echado de menos por el censor, finalmente, da cuenta que con el mortero (tubo-cañón) incautado *sí se pueden disparar granadas*. Además, en punto de *valoración*, la inclusión de dicha información al torrente probatorio carece de aptitud para derribar las bases probatorias y argumentativas en que se soporta la condena.

En resumidas cuentas, el técnico en artillería indicó que, *al practicar la inspección*, no podían dispararse granadas con el mortero, por cuanto únicamente se contaba con éste, es decir, con el cañón. Por ende, un mortero sin mecanismos de disparo y percusión impide producir algún disparo. Empero, seguidamente aclaró que, si se incorporaran dichos mecanismos, el tubo-cañón *queda apto para efectuar disparos de granada de mortero* (cfr. fl. 1 C.1).

Ha de concluirse, entonces, que el cuestionamiento del demandante es infundado. No sólo porque de la literalidad del testimonio se extrae que el arma de guerra en cuestión sí funciona, pues, de un lado, el ánima del cañón (al que el censor llama tubo) está en óptimas condiciones; de otro, haciendo uso de los accesorios que los demás participantes de la operación de tráfico *separaron y ocultaron* en diversos lugares, ciertamente se pueden disparar granadas con el mortero.

Además, es falso sostener que no se demostró ninguna conexión entre dicho mortero y los demás accesorios hallados. Una alegación en ese sentido es realmente contraevidente. Como se vio, el arma de guerra fue hurtada de una guarnición militar en Bogotá y fue disgregada en sus partes en diferentes inmuebles en Bogotá y Soacha, con la finalidad de eludir el efectivo actuar de las autoridades investigativas y judiciales. Los responsables de la ilícita sustracción son quienes dan cuenta de ello (los exintegrantes del Ejército DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO). Incluso, existe prueba pericial (testimonio del técnico en mantenimiento de sistemas de artillería Juan Manuel Argüello Ronco) sobre la compatibilidad del mortero y la base, así como la pertenencia del arma de guerra y su accesorio al inventario de artillería en uso del Batallón Landazábal (según declararon el coronel Carlos Hernando Lamprea y el técnico Juan Carlos Giraldo Rodríguez).

4.2.2.2. Ahora bien, la crítica del libelista realmente se dirige a cuestionar el *raciocinio* aplicado por el *ad quem* al *valorar* la aludida información de cara a la hipótesis delictiva. Mas en esta fase del escrutinio probatorio tampoco se evidencian errores constitutivos de falso *raciocinio*. Para la Sala, como pasa a verse, las *conclusiones* a las que arribó el tribunal son sólidas y del todo respetuosas de las reglas de la sana crítica.

Los hechos jurídicamente relevantes materia de acusación y objeto de controversia probatoria en el juicio, valga enfatizar, se refieren a una operación de *tráfico* de armas y municiones de uso privativo de la Fuerza Pública. En su *conjunto*, esa operación, detectada y frustrada por las autoridades, se componía de varias fases: i) la extracción del mortero, sus accesorios y la munición del batallón por un sargento retirado y un exintegrante del Ejército; ii) el fraccionamiento de tales artefactos para ser distribuidos y ocultados transitoriamente en diferentes sitios y iii)

su posterior suministro a un grupo armado ilegal. El aquí acusado, en el marco de tal actividad criminal conjunta, actuaba en la segunda fase, esto es, en el ocultamiento transitorio del armamento.

Así se desprende de la hipótesis delictiva que, en lo fáctico, se fijó en la acusación:

El análisis desarrollado sobre los elementos materiales probatorios permite determinar la presunta vinculación del señor RIVAS PALMA con una organización delincuencia que, al servicio de las FARC, particularmente del autodenominado Bloque “comandante Jorge Briceño”, viene obteniendo de manera ilegal, conservando y almacenando de manera clandestina armas, municiones y explosivos de uso privativo de las Fuerzas Armadas...Para tal efecto, logró establecerse que dicha pieza (mortero) fue extraída de una guarnición militar en Bogotá y [fue] disgregada en sus partes en diferentes inmuebles en los municipios de Bogotá y Soacha, con la finalidad de eludir el efectivo actuar de las autoridades investigativas y judiciales.

[...]

*El señor RIVAS PALMA conformaba una organización delincuencia al servicio de las FARC para el tráfico de armamento, municiones y explosivos de uso privativo de la fuerza pública. El imputado, en asocio con los demás indiciados, se encargaba de **traficar y conservar** los precitados elementos.*

No obstante, los cuestionamientos a la valoración y conclusiones probatorias fijadas por el tribunal son desatinados. El censor desmiembra los presupuestos fácticos de la acusación y plantea un escenario de atipicidad a partir de un contexto fragmentado e incompleto, pues limita la hipótesis delictiva a la incautación *aislada* del mortero y, en referencia a *este momento*, es que pretende enfocar los conceptos emanados de las pruebas periciales.

Empero, tal entendimiento no es admisible para derruir el escrutinio probatorio aplicado por el *ad quem*, como quiera que hace abstracción de la cadena en la que la actuación del acusado, bajo la óptica de la coautoría impropia, era un eslabón que, anudado a las demás fases de la detectada operación de tráfico, tenía como finalidad el suministro del mortero, sus accesorios y la munición a un grupo armado ilegal.

A la hora de valorar las pruebas *en conjunto*, el censor no puede pretender que el juzgador aplique un razonamiento limitado a verificar la acreditación de presupuestos fácticos cercenados e incompletos. De ahí que la alegada falta de “*funcionamiento autónomo*” del mortero “*al momento de la incautación*”, quizás fuera sólida si la acusación derivara simplemente de la incautación del cañón al aquí acusado, por haberlo conservado en su inmueble, nada más. En *esa eventualidad*, dando por sentado que a aquél no le fueron hallados artefactos adicionales para lograr la percusión y eyección de las granadas, ciertamente sería dable alegar la inexistencia de un injusto típico.

Mas ese escenario no fue por el que se formuló acusación, ya que, se reitera, la hipótesis delictiva comprendió un contexto fáctico mucho más amplio, que artificiosamente es ignorado por la censura, pero que al ser reconstruido por la Sala muestra cómo el raciocinio aplicado por el tribunal fue correcto.

Estando probado que i) los plurimencionados exmilitares extrajeron los artefactos bélicos de la guarnición militar; ii) aquéllos, *por instrucciones de Los Guapuchones*², ocultaron el

² Con ese alias se conocía a los hermanos JAIDER y ALEXIS HENAO NARANJO, exintegrantes del frente 40 de las FARC, condenados por rebelión por el Juzgado 8° Penal Especializado del Circuito de Bogotá en sentencia del 25 de septiembre de 2013.

mortero en el taller del procesado mientras que las demás piezas las ubicaron en otros inmuebles y iii) que tanto el arma como sus accesorios serían entregados a un grupo armado ilegal, es correcto concluir que la funcionalidad del mortero hallado al acusado ha de analizarse al momento de su extracción en su totalidad -cañón, bípode, placa y accesorios de disparo-, en el marco de la mentada operación de tráfico.

Y esa conclusión probatoria cuenta con un soporte suficiente, en la medida en que, por una parte, con los testimonios del Coronel Lamprea Chavarro y el técnico Juan Carlos Giraldo Rodríguez se prueba que el mortero fue extraído del depósito de armamento y artillería *en funcionamiento* en el batallón; por otra, con la declaración rendida por el perito Juan Manuel Argüello Ronco -técnico en sistemas de mantenimiento de artillería- se determinó que el ánima del mortero incautado se encontraba en condiciones óptimas.

De suerte que, con esa evidencia, *debidamente articulada*, hay razón suficiente para afirmar la funcionalidad del arma (mortero), sin que, en virtud del principio de libertad probatoria, sea imprescindible determinarla con fundamento en una prueba de disparo. Si el defensor pretendía controvertir tal conclusión, pudo haber provocado la práctica de dicho examen balístico, pero se abstuvo de hacerlo. Es más: el argumento del censor es inconsistente, pues dice que el arma no puede funcionar porque carece de elementos de disparo; pero, *a la vez*, reniega de que no se hubiera efectuado prueba de disparo, en la cual aquéllos habrían de ser utilizados.

Bien se ve, entonces, que la funcionalidad del mortero se predica del momento de su extracción ilícita, cuando estaba integrado por sus accesorios e *inició la operación de tráfico*, lo que deja en el vacío el planteamiento según el cual su funcionalidad

se afirmó por el ad *quem bajo* el entendido que habrían de adicionarse elementos no hallados al procesado. Con todo, ese es un dato que no puede desecharse sin más, pues el técnico en mantenimiento de artillería Argüello Ronco no sólo verificó que el mortero (o cañón) se encontraba en perfecto estado, sino que, pese a haber sido presentado para examen sin accesorios, clarificó que la función de lanzar granadas podía realizarse si aquéllos se adicionaran.

La defensa, acogiendo lo argumentado por el juez de primera instancia, monta una lectura probatoria que mal podría acoger la Sala, pues emplea una premisa cuya formulación es errónea. Para el defensor, coadyuvado en ese aspecto por el fiscal delegado ante la Corte, lo incautado fue un simple “*tubo*”, como si se tratara de una pieza que integra un arma de guerra (mortero). De ahí, la censura propone escenarios de atipicidad bajo el entendido que la “*pieza*” o “*parte*” no es un arma.

Sin embargo, ha de precisarse que un mortero es, por definición, un cañón. Y éste, en términos sencillos, es un tubo, vocablo que fue utilizado *coloquialmente* durante el juicio. Pero lo cierto es que, *técnicamente*, el mal llamado “*tubo*” es en verdad un *mortero*, esto es, un arma de guerra (art. 8° lit. f del Decreto 2535 de 1993), no una pieza o parte de ésta.

A ese respecto, ha de traerse a colación lo declarado por el subintendente Freddy Giovanni Ciro Velásquez, quien encontró “*el tubo o cañón*”, así como el testimonio pericial del técnico en explosivos Juan Carlos Giraldo Rodríguez, quien clarificó que “***el tubo es el mortero***”.

Entonces, lo incautado no fue un tubo que hiciera *parte de* un mortero o fuera una pieza integrante de éste. No. Lo extraído del batallón, hallado en poder del señor RIVAS PALMA y que

habría de ser suministrado a un grupo armado ilegal fue un *mortero en sí*. Es decir, un cañón lanzagranadas que, en su esencia como arma, no estaba descompuesto, sino ausente de *accesorios* como la base, el bípode y los dispositivos de disparo.

Así se constata en el informe de investigador introducido con el testimonio del patrullero Luis Hernando Infante Cárdenas (fls. 15-17 C. pruebas). Allí claramente se lee que lo incautado fue “*un arma de guerra*” (elemento A), no una parte de ella. En concreto, se dejó constancia del hallazgo de “*un mortero Brandt de 120 mm con asa de transporte*”. El elemento A, aclara el investigador, es un “*tubo de mortero empleado por las fuerzas militares para disparar en tiro parabólico granadas para mortero de guerra calibre 120 milímetros*”.

Entonces, se trata de un *mortero* cuya funcionalidad está probada por encontrarse en óptimas condiciones, el cual fue extraído del batallón con todos sus accesorios -ubicados en diferentes lugares-. Allí inició la operación ilegal, en la que el aquí acusado tuvo intervención en la fase de conservación y ocultamiento del arma. Por consiguiente, los argumentos expuestos por el censor en manera alguna acreditan un falso raciocinio. El planteamiento según el cual el mortero “*no puede ser utilizado*” es del todo infundado y contraevidente.

4.2.2.3. Y desde esa perspectiva, salta a la vista la incorrección de la alegada atipicidad o, en su defecto, carencia de antijuridicidad material de la conducta, declarada por el *a quo* y planteada tanto por el censor como por el fiscal delegado ante la Corte en sede de casación.

Para ello, la Sala reiterará los referentes jurisprudenciales pertinentes para determinar cuando el tipo de injusto previsto en el art. 366 del C.P. deviene inaplicable, diferenciando, por una

parte, la pérdida de condición de arma de fuego de un artefacto; por otra, el carácter inservible de éste (CSJ SP9379-2017, rad. 45.495):

*“En verdad, la Sala tiene establecido, desde la perspectiva del tipo de injusto, que cuando se imputa el porte de armas de fuego que **carecen de aptitud para disparar**, la conducta no es punible, por no ser ese un comportamiento idóneo para poner en peligro la seguridad pública (cfr. CSJ SP 15 sept. 2004, rad. 21.064). Empero, tal aserto, aplicable según corresponda al juicio de adecuación típica -por ejemplo, cuando la **falta de componentes esenciales impide catalogar al artefacto como un arma de fuego-** o a la valoración sobre la antijuridicidad material de la conducta -verbi gratia, en situaciones donde el arma, **pese a conservar sus componentes esenciales, no es apta para disparar-**, presupone que, en el plano fáctico, esté acreditada una premisa categórica, a saber, que **el artefacto de ninguna manera esté en capacidad de producir un disparo en el momento en que es portado.***

Sobre el particular, en la referida sentencia, entre otros aspectos, la Sala puso de presente:

*la normativa en cita (Decreto 2535 de 1993), al señalar en el inciso 2º del artículo 6º que **“las armas pierden su carácter cuando sean total y permanentemente inservibles** y no sean portadas”, concatenada de manera sistemática a la misión de precaver daños a la seguridad jurídica y a otros intereses vitales que justifica la creación del tipo penal del porte ilegal de armas, parece traer un elemento que incidiría al verificarse si en un momento determinado se afectó el bien jurídico.*

[...]

Al observar con cuidado las cosas puede percibirse que el Tribunal Constitucional (sic), en punto del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, admite que a pesar de la abstracción que hizo el legislador para catalogar de delictiva una tal conducta, en el mundo concreto puede presentarse situaciones que no conmueven, impresionan o amenazan, ni siquiera lejanamente, la integridad de un interés jurídico.

*Así aparece con claridad cuando en el citado fallo C-038 de 1995 de esa Corporación, al partir de la definición legal de armas, de armas de fuego y de las características correspondientes a las de defensa personal, consideró que **“un objeto que no permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma”** y que **“si un arma fuera susceptible de herir o matar a otra persona dejaría de ser un arma”**.*

*Tales observaciones están conectadas con el principio de lesividad, el cual debe ser dinamizado al instante de la valoración judicial de un concreto comportamiento; además, se amoldan al nuevo contenido del artículo 11 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cuando señala que **“Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”**, diseño normativo que le da incuestionable entrada al citado principio.*

*En dicha oportunidad, habiendo sido condenado el acusado por el porte de un arma de fuego de uso personal, la Corte casó la sentencia y, en su lugar, dictó fallo absolutorio, bajo el entendido que la conducta carecía de antijuridicidad material. Esta apreciación jurídica se basó en que la pistola portada por el acusado era inservible totalmente, por falta de varias piezas -percutor, aguja y proveedor, así como tampoco tenía cartuchos- no podía producir disparos. Ello llevó a la Sala a afirmar la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal, pues así el procesado la llevara consigo y sin autorización, **“no podía generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y, por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien. Expresado de otro modo, la pistola no tenía potencial ofensivo y, por consiguiente, al no ser susceptible de herir o matar a otra persona, ontológicamente dejó de ser un arma”**.*

Cabe precisar que las anteriores premisas son pertinentes por referirse a la definición genérica de arma de fuego y a su aptitud para funcionar, al margen que su uso sea para defensa personal o de guerra. Y en ese sentido, ninguna de las hipótesis atrás descritas se verifica en el asunto bajo examen.

Como primera medida, el mortero incautado en manera alguna pierde su carácter de arma de guerra por retirársele la base y el bípode. Estos últimos artefactos, bien lo expusieron los peritos en el juicio, son *accesorios*, no partes esenciales. Además, siendo el tubo *el mortero mismo*, es insostenible catalogarlo como una parte o pieza, con el propósito de quitarle su connotación de arma de fuego.

La falta de los accesorios de disparo y percusión no le quitan al mortero en cuestión la condición de arma de fuego. Al tenor del art. 1-3 lit. a) de la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados³, un arma de fuego es cualquier artefacto que “*conste de, por lo menos, un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto*”. Y, como se vio, el mortero Brandt para lanzar granadas de 120 mm es, en sí mismo un tubo-cañón capaz de disparar ese tipo de munición por efecto de combustión química, bien sea utilizando los accesorios pertinentes o a través de mecanismos rudimentarios que, si bien faltos de precisión en el disparo, son capaces de eyectar las granadas con un largo alcance. Este último aspecto, inclusive, da cuenta de la superlativa potencialidad lesiva del arma incautada al acusado, pues se trata de un artefacto capaz de disparar munición de guerra, por ser un lanzagranadas (art. 1-3 lit. b).

En segundo orden, si lo incautado fue un mortero Brandt de 120 mm, es decir, un **arma de guerra** conforme al art. art. 8° lit. f del Decreto 2535 de 1993, es absolutamente infundado invocar una supuesta atipicidad por inaplicabilidad del art. 20 de la Ley 1453 de 2011. La tipicidad de la conducta no se afirmó -ni

³ Suscrita en Washington el 14 de noviembre de 1997, ratificada por Colombia el 22 de enero de 2003, mediante la Ley 737 de 2002 y promulgada a través del Decreto 2122 de 2003.

se valida en este estadio procesal- aplicando tal norma en el entendido que el acusado conservó e intervino en el tráfico de una “*parte*” esencial de un arma de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas. No. Como se vio, lo incautado al señor RIVAS PALMA fue un mortero, es decir, un *arma* de guerra. De ahí que el juicio positivo de tipicidad en el plano objetivo se haya aplicado adecuada y suficientemente en referencia al art. 366 del C.P., modificado por el art. 55 de la Ley 1142 de 2007.

Por último, existiendo evidencia de la potencialidad lesiva del mortero -por haber sido sustraído de la guarnición militar del inventario de armas *en uso* y haberse determinado que el ánima está en *perfectas condiciones*, así como que *las granadas podían lanzarse* adicionando los accesorios propicios o mediante métodos rudimentarios- está acreditada la antijuridicidad de la conducta.

Si bien el informe del técnico en artillería Argüello Ronco indica que, *al momento de la inspección*, el mortero no podía dispararse, ello no es indicativo de que el arma es **total ni permanentemente** inservible, que son las circunstancias exigidas por el art. 6º inc. 2 del Decreto 2535 de 1993 para poder predicar que el arma pierde su carácter de tal. El experto, seguidamente, explicó que el mortero puede lanzar granadas si se le incorporan los mecanismos de disparo y percusión, afirmación de la cual no puede aseverarse que el arma es *totalmente* inservible.

Entonces, si el mortero está en condiciones óptimas para ser disparado, es inobjetable su idoneidad para afectar tanto la seguridad pública como otros bienes jurídicos de naturaleza individual -entre ellos, la vida y la integridad personal-, en la medida en que existe una efectiva y superlativa potencialidad lesiva del artefacto. De las descripciones y conclusiones plasmadas en los informes de los investigadores Juan Manuel Argüello Ronco y Juan Carlos Giraldo Rodríguez (fls. 3 y 16 C. pruebas) se advierte

que con el mortero se pueden disparar granadas con un alcance de 6750 a 9725 metros, con radio letal de 50 metros.

Sintetizando, de un lado, lo extraído ilícitamente de la guarnición militar, donde inició la operación de tráfico en la que intervino el aquí acusado, fue un mortero -plenamente funcional y disponible para uso del Ejército Nacional- con munición y accesorios; de otro, pese a separarse tales artefactos bélicos en distintos lugares, lo cierto es que el mortero aún mantenía aptitud de ser utilizado para disparar.

En este sentido, varios testigos expertos clarificaron que los referidos accesorios son implementos útiles para *darle precisión* al disparo de granadas de 120 mm, mas no artefactos cuya ausencia impida eyectar la munición. De suerte que, aun acudiendo a mecanismos rudimentarios para disparar, el mortero funciona como arma de guerra. Incluso, agrega la Sala, se torna más peligrosa, pues se pierde control sobre la precisión del disparo.

Al respecto, el Coronel Carlos Hernando Lamprea expuso en el juicio:

Testigo: el tubo de mortero se puede emplear por sí solo, la placa base o el bípode se utiliza es para poderle dar mayor precisión, pero en el momento en que no se cuente ni con la placa ni con el bípode, ***emplazando el tubo directamente sobre una parte dura y dándole una seguridad, se puede disparar la granada en sí, porque el mismo tubo, al tener puesto el culote, ya tiene el percutor.*** Llegado el caso en que le quiten el culote, puede ser empleado como hacen hoy en día los actores de la guerra al margen de la ley, como lo hacen con los cilindros de 100 libras que lo utilizan como cañón. Simplemente meten la carga y por la parte de abajo ponen una carga impulsora y pues pueden disparar con ese tubo cualquier artefacto explosivo.

Fiscal: es decir, ¿Qué sin el culote ni la percutora, no convencionalmente se puede utilizar como un arma de guerra el tubo?

Testigo: sí señor. Efectivamente, como ustedes bien de pronto han visto, la guerrilla ha adecuado algunos elementos, vuelvo y repito, como los cilindros de 100 libras circular, y pues lo utilizan para poder lanzar artefactos explosivos. Con este tubo por su contextura y porque fue diseñado para lanzar artefactos explosivos, les va a dar mayor seguridad y les puede dar mayor alcance por su dimensión y por su largo.

En la misma dirección, el Teniente Jorge Márquez García, en conainterrogatorio y redirecto practicado por el fiscal, señaló:

Defensor: ¿todos los elementos son necesarios para poder conformar el arma de guerra?

Testigo: es un arma de largo alcance, que puede llegar a alcanzar hasta 9 km de distancia. Para 9 km se requiere una precisión muy buena, pues estamos hablando que puede afectar vidas humanas. Para una precisión exacta se requieren todos los 5 conjuntos, **pero si se trata solamente para realizar un solo disparo con el simple tubo se puede realizar.**

Defensor: ¿no requiere ningún aditamento, ninguna pólvora, elemento de ignición, ni ningún tipo de elemento más?

Testigo: se puede lanzar la granada con el tubo, pero obviamente para poderlo lanzar se necesita la granada, las cargas y eso haciendo mal uso del arma.

Fiscal: usted ha manifestado que con el simple tubo se podría realizar el disparo. ¿Es cierto esto?

Testigo: como, dije **haciendo un mal uso del arma, ¿qué se necesita para que la granada salga del tubo? el tubo nada más. Nosotros implementamos lo que es la placa, el bípode, el ajuste, lo que es para tener más precisión en el tiro, pero si se va a hacer un tiro rudimentario sin ningún tipo de cuidado con el arma, simplemente sería colocar el tubo en una parte sólida. Obviamente sufriría daños, pero sí podría salir la granada, claro que sí.**

Por supuesto, hubo testigos que se refirieron a la imposibilidad de efectuar el disparo sin mecanismos adicionales. Mas ese es un aspecto que, analizado fragmentadamente, es insuficiente para concluir, como equivocadamente lo hace el defensor, que el mortero es inservible. La explicación de los prenombrados testigos da cuenta de que en el disparo intervienen varios factores, entre ellos, la *percusión*. En el caso de los morteros, ésta puede provenir, ciertamente, del uso de un tirafuego *externo* (que no le fue hallado al aquí acusado), pero también se logra por una vía que, si bien no es óptima, es capaz de lograr el efecto de disparo, a saber, *el impacto de la granada con la aguja o el culote del tubo*. Y como en el presente caso el ánima estaba en perfectas condiciones, permitía la propulsión y direccionamiento de la munición.

4.2.2.4. Por otra parte, no es cierto que el *ad quem* hubiera *tergiversado* los testimonios de NAIRO DEVIA BRÍÑEZ y ELKIN BAQUERO SALCEDO. En ese aspecto es igualmente evidente la falta de fundamento de un reclamo por falso juicio de identidad. A aquéllos no se les puso a decir que conocían al aquí procesado. En la sentencia impugnada claramente se reseña que los prenombrados testigos, como lo indica el censor, afirmaron desconocer al señor RIVAS PALMA. Así lo apreció y entendió el tribunal. Cuestión distinta es que, en punto de *valoración*, se hubiera negado credibilidad a ese aspecto, sin que el censor refute las razones por las cuales se determinó que los señores DEVIA y BAQUERO pretendían exonerar al aquí acusado de responsabilidad, pese a que sí intervino en la plurimencionada operación de tráfico de armamento de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

En concreto, fueron varias las razones por las cuales, no obstante haber sostenido los exmilitares que JOSÉ AMÍLCAR RIVAS no era parte de la operación de tráfico, el *ad quem* declaró

probado que el aquí acusado sí tuvo una intervención trascendente en ella mediante la conservación transitoria del mortero en su inmueble, a saber: i) es inverosímil que el arma hubiera sido llevada por un supuesto cliente que llevó un vehículo para hacerle reparaciones y que, luego de recogerlo, dejó el cañón en el taller; ii) la longitud (2.00 mts.) y el peso del artefacto (82 kilos) hacen que difícilmente pueda ser movido por *una sola* persona; iii) un empleado del taller del procesado aseguró, contrario a lo expuesto por el señor RIVAS, que el vehículo en mención entró al lugar únicamente con la caja de herramientas; iv) los exmilitares DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO, a la hora de declarar en juicio sobre JOSÉ AMÍLCAR RIVAS, mostraron una extraña reticencia, a diferencia de su testimonio en punto de otros aspectos del plan criminal y v) aquéllos indicaron que el mortero se ubicó en ese taller, por instrucción de “*Los Guapuchones*”, quienes eligieron ese lugar.

Así, entonces, no habiendo referido los señores DEVIA y BAQUERO que llevaron un campero para dejar arreglando en el taller, engañando a su propietario para dejar oculto el mortero allí, sino que ELKIN BAQUERO ingresó al lugar y ocultó el mortero, mimetizándolo detrás de unos palos, al tiempo que un empleado del taller corroboró que sí ingresó un campero para hacerle reparaciones, *pero sin artefacto de guerra alguno en su interior*, el *ad quem*, articulando en un solo tejido los anteriores hechos, infirió que el aquí acusado sí está involucrado en el ilícito, pero los testigos buscaban ocultar los nombres de los demás integrantes de la red criminal.

Y esa conclusión, para la Sala, es sólida, máxime si se tiene en cuenta que *fue el grupo armado ilegal el que escogió el taller del procesado* para ocultar el mortero. De suerte que, si la operación se frustró y los exmilitares negociaron con un grupo criminal organizado, es plausible que a la negativa de reconocer la

intervención del señor RIVAS PALMA subyazca una intención de no querer revelar detalles que perjudicara a los miembros de la organización denominada “*Los Guapuchones*” -quienes escogieron el taller AutoRivas para ocultar el mortero-, por cuanto de ello podría derivar un riesgo de retaliaciones hacia los testigos, quienes ya condenados por su conducta ilícita procuran al máximo no involucrar a las personas con las que traficaban armamento.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra otras razones para sostener que el aquí acusado sí estuvo involucrado en la operación de tráfico del mortero, pese a que los exmilitares que lo sustrajeron con el propósito de suministrarlo el referido grupo armado ilegal, hubieran simulado no conocer a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS. En efecto, varias mentiras se detectan en los testimonios de los exmilitares DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO, que sólo se explican en la intención de favorecer al aquí procesado.

Si aquéllos ya aceptaron responsabilidad por la sustracción del mortero, la munición y sus accesorios, así como por el tráfico de estos artefactos de artillería, lo cual implica entender que, en el marco del proceso en el que fueron sentenciados se acreditó la funcionalidad del arma, no tiene sentido que hubieran querido sostener, *en el juicio contra el señor RIVAS PALMA*, que el mortero no funcionaba porque “*estaba en desuso*”. Esa aserción no es creíble por cuanto: i) difícilmente van a traficar con armas inservibles cuando el “*cliente*” es una peligrosa organización armada; ii) existe concepto pericial sobre la óptima condición del mortero y iii) éste fue sustraído del depósito de armas en uso del Batallón Landazábal. Además, no sobra destacar que, pese a la probada condición de arma del fuego del mortero, fueron aquéllos quienes insistentemente se referían al mismo como un “*tubo*” desmembrado del arma.

De igual manera, es inconsistente el relato ofrecido por aquéllos en lo relacionado a la manera en que ingresó el mortero al taller y quién lo recibió. Lo primero que salta a la vista es que, según DEVIA BRIÑEZ, ELKIN BAQUERO dejó el carro donde transportaron el arma parqueado fuera del taller y aquél ingresó con él solo, sin ayuda. Empero, ello es increíble, dado que, como se vio, la longitud (2 mts) y peso del artefacto (82 kilos) hacen improbable que una sola persona lo trasladara de un lugar a otro. Incluso, si al taller podían ingresar el vehículo, no tiene sentido que, exponiéndose a ser visto, el señor BAQUERO lo hubiera cargado y sin la ayuda de su socio criminal.

Ese es el pretexto usado por el exsargento DEVIA BRIÑEZ para mostrarse ajeno a la identificación de quien recibió el mortero en el taller. Con todo, en curso del contrainterrogatorio, aquél aseguró que *“el tubo”* le fue entregado a un muchacho joven, moreno, entre 26 y 30 años. Pero ello es indigno de credibilidad, por cuanto ELKIN BAQUERO, quien trasladó e hizo entrega del mortero, sostuvo que en taller no lo recibió el procesado, sino *“un señor de más edad”*.

De otro lado, el procesado no dio ninguna razón sobre el supuesto cliente que dejó el carro en el taller. Y no puede darla por cuanto fueron los exmilitares DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO quienes, siguiendo las instrucciones de *Los Guapuchones*, llevaron el motero para ocultarlo en ese lugar. De ahí que tampoco tenga solidez la supuesta falta de dolo en el actuar del señor RIVAS PALMA, como lo destacó el fiscal delegado ante la Corte, pues no se probó que algún cliente hubiera ingresado el arma de guerra al taller indicándole al acusado que ese artefacto era *“un tubo de Ecopetrol”*.

Esa hipótesis es menos creíble si se tiene en cuenta que el acusado testificó en su causa, pero no suministró ninguna

información sobre la identificación del cliente, pese a que, supuestamente, suscribieron un contrato y le cobró cuatro millones de pesos. Ningún contrato, factura ni la más mínima documentación fue incorporada al juicio, como tampoco indicó el señor RIVAS PALMA algún dato que permitiera creer en su versión.

Antes bien, de su dicho se extractan más aspectos que muestran mendacidad. Para tratar de justificar por qué el vehículo salió del taller, pero “*el tubo*” quedó allí, el acusado indicó que no sabía para dónde se trasladó el carro, al que habrían de hacerse arreglos de tapicería y electricidad, “*porque estaba recién pasado al barrio*”. Empero, ello es difícil de creer, puesto que, acorde con el certificado de tradición y libertad de matrícula del inmueble en que funciona el taller, el señor RIVAS PALMA adquirió el bien por compraventa el 22 de mayo de 1992.

4.2.2.5. Por último, desde la perspectiva probatoria, se cuestiona que no se probó que JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA fuera integrante de una organización criminal. Y ello es cierto. El tribunal para nada abordó lo concerniente al cargo por concierto para delinquir, pues la absolución en ese aspecto no fue impugnada por la Fiscalía. Mas ello en nada afecta la estructura probatoria con fundamento en la cual el aquí acusado fue condenado como coautor *del delito previsto en el art. 366 del C.P.*, debido a su intervención en la traficación del mortero, en conjunto con otras personas.

Al margen de que en la acusación se hubiera aludido a un posible nexo de la operación de tráfico de armamento con un *permanente* suministro de armas a bloques de las FARC, lo cierto es que ello es indiferente para derruir las bases argumentativas de la declaratoria de responsabilidad del procesado.

El señor RIVAS PALMA no fue juzgado ni acusado por rebelión y pese a que no se acreditó en el juicio -con la suficiencia necesaria para condenar- una hipótesis de concierto para delinquir, que en esencia supone la asociación para cometer delitos *indeterminados*, lo cierto es que sí se probó la intervención del acusado en una operación de tráfico de armamento de uso privativo de las Fuerzas Armadas, que fue ejecutada mancomunadamente con una pluralidad de personas -entre ellas, los exmilitares DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO-, en la que la tarea esencial del procesado fue la de conservar el mortero, cuyo destino final sería la entrega a una organización criminal.

4.2.2.6. En conclusión, por las razones hasta aquí expuestas, es claro que los reproches elevados contra la sentencia de segunda instancia son ineptos para hacer decaer sus fundamentos fácticos. Las proposiciones fácticas que se declararon probadas, entonces, han de mantenerse incólumes.

4.2.3. E igualmente insostenible es alegar que se viola el principio de congruencia. Lo que se declaró probado fue que el acusado conservaba el mortero, el cual fue extraído de una guarnición militar y llevado a su taller, para posteriormente ser suministrado a un grupo armado ilegal. Y esos enunciados fácticos concuerdan con la imputación de hechos jurídicamente relevantes formulados en la acusación. La declaratoria de responsabilidad del señor RIVAS PALMA no estriba en haberle atribuido en la sentencia el poseer o conservar “*otros elementos*” con los que se podría disparar el mortero. Quien realmente alude a una realidad fáctica distinta es el censor, planteando una hipótesis distinta a la que fue materia de acusación, debatida probatoriamente en el juicio y fijada en la sentencia impugnada.

La condena del procesado, se insiste, deriva de haber intervenido en una operación de *tráfico* de armamento y munición

militar ilícitamente extraídos del Batallón N° 13 de Artillería de Bogotá, los cuales, previo fraccionamiento y distribución de sus partes en diferentes inmuebles para ser conservadas temporalmente, tendría como destino final su suministro ilegal a grupos armados al margen de la ley.

Este último aspecto para nada es una conjetura, sino una proposición fáctica que se declaró probada con fundamento en evidencia testimonial directa. Se reitera. Esa destinación fue corroborada por el exmilitar ELKIN BAQUERO SALCEDO, quien llevó el mortero junto al sargento retirado DEVIA BRIÑEZ, “*el cual era para unos muchachos que les decían Los Guapuchones*”.

Tampoco le asiste razón al delegado de la Fiscalía al sostener que el fiscal que apeló la sentencia absolutoria “*cambió la teoría del caso*” para poder, de un lado, catalogar al “*tubo*” como un arma de fuego tras algunas refacciones y acreditar el tráfico; de otro, acreditar éste comportamiento sosteniendo que las piezas serían reunidas para perfeccionar el delito. Ese errado entendimiento, según se clarificó en precedencia, es producto de la equivocada comprensión del “*tubo*” como una “*pieza*”, cuando lo cierto es que al acusado se le halló un *arma de guerra* (mortero Brandt) que, de acuerdo con el testimonio de quienes la extrajeron ilícitamente y la ocultaron en el taller del acusado, sería entregada a un grupo armado ilegal, así como los demás accesorios y munición sustraída, ubicada temporalmente en otros lugares.

En ese sentido, tales enunciados fácticos en nada se ven afectados por la absolución por el delito de concierto para delinquir ni aplica la supuesta “*vinculatoriedad*” referida por el fiscal delegado ante la Corte. Que no se hubiera probado que el acusado *se asoció* con otras personas para traficar, *abierto e indeterminadamente* armas, así como para cometer *otros delitos* no implica el decaimiento de la hipótesis delictiva en punto de la operación de

tráfico, *particular y concreta*, en la que tuvo intervención el señor RIVAS PALMA. El asociarse y la comisión de delitos indeterminados son, respectivamente, un comportamiento y un ingrediente normativo que no pertenecen a la hipótesis por la que se sentenció al aquí acusado, a saber, conservar e intervenir con ella en el tráfico de un arma de guerra, de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

A ese respecto, cabe traer a colación lo expuesto por la Sala en relación con la consumación *independiente* de delitos en particular. En este caso, al margen del fracaso de la pretensión punitiva referida al concierto para delinquir, se imputó y acreditó la hipótesis delictiva de conservación y tráfico de armas de uso privativo de la Fuerza Pública, con ocasión del plurimencionado mortero, con cumplimiento de las exigencias jurisprudenciales de rigor (CSJ SP5660-2018, rad. 52.311), a saber, que: i) las otras conductas -distintas a asociarse para delinquir indeterminadamente- constituyan delitos autónomos; ii) la Fiscalía hubiera estructurado una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que incluya todos los elementos estructurales previstos en la norma penal (art. 366 del C.P.); iii) esos otros comportamientos ya no se traten de delitos indeterminados, sino de conductas realizadas bajo puntuales circunstancias de tiempo, modo y lugar y iv) se especifique el referente fáctico de cada delito, sin perjuicio de las estrategias orientadas a presentar los cargos de la manera más clara, lógica y simplificada, como lo dispone el ordenamiento jurídico.

4.2.4. Lo probado, en efecto, encuentra adecuación típica en una hipótesis de coautoría impropia en la comisión del delito de conservación y tráfico de armas de uso privativo de la Fuerza Pública.

Ahora, ciertamente, la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación no especificó el tipo de coautoría (propia o impropia). Sin embargo, ese factor no comporta indeterminación en

la acusación que viole el debido proceso por indefensión, como tampoco se evidencian las alegadas insuficiencias fácticas a partir de las cuales se pregona el supuesto quebrantamiento del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

Desde la perspectiva de la suficiencia de los hechos jurídicamente relevantes, en la formulación de hipótesis delictivas por coautoría, la jurisprudencia (CSJ SP5660-2018, rad. 52.311) tiene establecido:

Cuando en los cargos se plantea que el imputado o acusado actuó a título de coautor (*de uno o varios delitos en particular*), la Fiscalía debe precisar: i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; iv) la conducta realizada por cada persona en particular y v) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera. Solo de esta manera se puede desarrollar, en cada caso en particular, lo dispuesto por el legislador en materia de concierto para delinquir, coautoría, complicidad, entre otras expresiones relevantes del principio de legalidad.

Y esos presupuestos, para la Sala, se verifican en el presente caso, pues, reitérase, en su *conjunto*, la operación de tráfico de armamento, en la que al señor RIVAS PALMA se le atribuyó intervención, se compuso de varias fases: i) la extracción del mortero, sus accesorios y la munición del batallón por exmilitares; ii) el fraccionamiento de tales artefactos para ser distribuidos y ocultados transitoriamente en diferentes sitios y iii) su posterior suministro a un grupo armado ilegal. Y el aquí acusado, en el marco de esa particular actividad criminal conjunta, actuó en la segunda fase, esto es, en el ocultamiento transitorio del armamento. Esos enunciados fácticos, como se vio (cfr. num. 4.2.2.2. *supra*) se extractan de la acusación y, por

haberse acreditado así en juicio, no se advierte incongruencia alguna.

En esas fases de la operación de tráfico, en verdad, se advierte la actuación de los involucrados con división de tareas, en ejecución de una resolución común. No es cierto, como lo sostienen el defensor y el fiscal delegado ante la Corte, que tales aspectos no se imputaron ni probaron. La conservación del mortero atribuida al señor RIVAS PALMA, puede extraerse de la acusación, no fue aislada sino conexas a la posterior intención de suministrarlo a un grupo armado ilegal, lo cual implica tráfico. Y ello, además, se probó en juicio.

En ese devenir, valga precisar, fueron los denominados “*Guapuchones*” quienes designaron al aquí acusado como el encargado de conservar el arma, mimetizada en su inmueble, mientras los accesorios y munición fueron ocultados en otros lugares, con la finalidad de eludir la detección por las autoridades y, finalmente, lograr el cometido de hacerse a los artefactos de artillería.

Para el censor y el fiscal delegado ante la Corte, la actuación con tareas divididas en ejecución de un acuerdo criminal no se probó. Mas ese planteamiento estriba en una premisa incorrecta, esta es, que los exmilitares DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO -quienes sustrajeron el mortero y lo ocultaron en el taller del procesado *por instrucción de Los Guapuchones*, a quienes se lo iban a entregar posteriormente- desconocían a JOSÉ AMÍLCAR RIVAS PALMA y que, por ello, éste “*no se prestó para almacenar*” el mortero en su taller.

Pero, como se determinó en precedencia (cfr. num. 4.2.2.4.), tales asertos son falsos. Habiendo sido puesto el aquí acusado como el encargado de la tarea de conservar el mortero, por

instrucción de “*Los Guapuchones*”, sin que sea creíble que el arma ingresó a su taller siendo engañado, en manera alguna se aprecia participación en un “*delito ajeno*”, sino su intervención articulada en la mentada operación de tráfico.

Esa concreta tarea de ocultar el mortero transitoriamente, mientras los demás artefactos bélicos se distribuían en otros inmuebles -pero que a la postre tendría un destino común- ostenta plena trascendencia en el marco de la operación de tráfico descubierta. Si el artefacto esencial -el arma de guerra misma (mortero)- quedó en manos del señor RIVAS PALMA, mal podría afirmarse ausencia de dominio del hecho, pues el perfeccionamiento de la operación criminal tendría lugar con la entrega del mortero al grupo ilegal, el cual, precisamente, puso al acusado como intermediario para ese fin.

Desde luego, no existen datos sobre la confección del acuerdo, ya que se desconocen detalles sobre los términos de la negociación, sus pormenores, la planeación del ilícito, entre otros. Empero, ello no implica que no se hubiera acreditado la forma en que cada implicado participó en la acordada operación criminal y la forma en que se dividieron las funciones. Los exmilitares DEVIA BRIÑEZ y BAQUERO SALCEDO, encargados de sustraer el arma, los accesorios y la munición, así como de transportarla, dieron cuenta de ello: tenían un pacto con “*Los Guapuchones*” para suministrarles los artefactos de artillería y los integrantes de ese grupo armado ilegal dispusieron el ocultamiento transitorio del mortero en el taller del señor RIVAS PALMA. En ese contexto, no sólo se descubrió a éste conservando el mortero, sino que además se pudieron establecer conexiones forenses que lo vinculan con la operación de tráfico.

De suerte que, al estar debidamente probados los supuestos de hecho que dan lugar a la adecuación de la conducta en el título

de intervención de coautoría impropia, la declaratoria de responsabilidad penal del acusado por conservación y tráfico de armas de uso privativo de la Fuerza Pública es correcta. Entonces, la condena dictada por el tribunal cumple los requerimientos legales de rigor, de donde se sigue la improsperidad de la petición subsidiaria elevada por el fiscal delegado ante la Corte.

4.3. Por consiguiente, ante la improsperidad de los cargos formulados por el censor y la incorrección de las observaciones efectuadas por el fiscal delegado ante la Corte, la sentencia impugnada no será casada. Además, habiéndose aplicado un examen de fondo sobre los presupuestos definitorios de la responsabilidad penal, en cumplimiento de la garantía de doble conformidad, la condena será confirmada.

En mérito de 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

NO CASAR la sentencia impugnada. En consecuencia, **CONFIRMAR** la condena impuesta al acusado como coautor de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO

Salv. Casac.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



A signature is completely redacted with a thick black horizontal bar. A diagonal line is drawn over the bar from the top-left to the bottom-right.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters.

FABIO OSPITIA GARZÓN

penal@2020



A handwritten signature in black ink, featuring a large circular flourish on the left and a vertical stroke on the right.

EYDER PATIÑO CABRERA



A handwritten signature in black ink, written in a cursive style with a prominent loop at the beginning.

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2020