



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 45495
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP9379-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 28/06/2017
DECISIÓN	: NO CASA / CASA PARCIALMENTE Y DE OFICIO
DELITOS	: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 8-1, 29-1, 29-2, 29- y 250 inc. 4 / Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, explosivos y Otros Materiales Relacionados art. 1-3- A / Ley 599 de 2000 art. 9-1, 11, 51-5, 61 y 366-1 / Ley 906 de 2004 art. 7-3, 8-B, 8-J, 8-K, 8-L, 51-5, 125-3, 131142-2, 176,177, 178, 180, 286,287, 288-2, 293, 301, 351-1,381 y 448 / Decreto 2535 de 1993 art. 5, 6-2, 7, 8-A, 8-J, 11 y 14-C

TEMA: DEBIDO PROCESO - Concepto

DEBIDO PROCESO - Formas propias de cada juicio: procesos ordinario y abreviado, características

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: audiencia de imputación

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: obligaciones de la Fiscalía



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: momentos procesales

«En el art. 29 inc. 1° de la Constitución se reconoce la dimensión jurídico-objetiva del debido proceso. Que éste haya de aplicarse a toda clase de actuación judicial implica la consagración de un instituto jurídico que, en el ámbito de los procedimientos jurisdiccionales, ha de materializar las máximas fundantes del Estado constitucional.

La concreción de la vigencia de un orden justo a través de la función de administración de justicia no puede lograrse de cualquier manera. El Estado de derecho garantiza que el proceso penal ha de transcurrir por senderos respetuosos de los derechos fundamentales y servir a las finalidades esenciales del ius puniendi. De ahí que el concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone su desarrollo legal, esto es, la configuración normativa de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2° ídem preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio. En consecuencia, la delimitación del ámbito de protección del debido proceso ha de consultar el desarrollo legal pertinente.

El ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

En esa dirección, al proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004 pertenece una particular faceta, derivada de una concepción premial o transaccional de la justicia. En aras de la practicidad y la eficiencia en la administración de justicia penal, se posibilita la terminación anticipada del proceso por la vía de la aceptación de culpabilidad, a cambio de la obtención de beneficios expresados en una menor respuesta punitiva del Estado. Como lo precisa la jurisprudencia, la ley prevé la existencia de un debido proceso abreviado (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871), regido por una sistemática y una teleología diversas a las aplicables a la tramitación ordinaria del proceso y, desde luego, configurado a través de formas procedimentales diferentes al juicio oral.

De cara a la resolución del asunto bajo examen, la Sala ha de destacar algunos aspectos propios del debido proceso, derivados de la figura del



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación. A partir de ello, han de comprenderse, por una parte, los límites y el contenido del control judicial aplicable a dicha forma de terminación anticipada del proceso; por otra, las problemáticas planteadas por el censor.

Al tenor del art. 286 del C.P.P., la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación, en audiencia ante el juez de control de garantías, comunica a una persona su calidad de imputado. Para llevar a cabo dicho acto, en lo sustancial, el fiscal deberá contar con elementos materiales probatorios con base en los cuales sea dable inferir razonablemente que el indiciado puede ser autor o participe del delito que se investiga (art. 287 ídem).

En el marco de la imputación, dichos medios de conocimiento -elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida-, pese a ser el soporte material de la inferencia de autoría o participación, no deben ser descubiertos al imputado ni a la defensa por parte del fiscal, quien tampoco ha de dar traslado de los mismos al juez de control de garantías (art. 288-2 C.P.P.). Esto, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

El procedimiento de descubrimiento tiene lugar principalmente en la audiencia de formulación de acusación, cuando la Fiscalía enuncia ante el juez los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio (C. Const. sent. C-1194 de 2005). Ya en el curso de éste, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se perfecciona el descubrimiento, pues es allí donde tienen lugar la contradicción y la controversia, surgiendo la plena garantía del derecho de defensa (sent. C-127 de 2011). En estricto sentido, la figura del descubrimiento es un asunto perteneciente a la fase de juicio oral (CSJ SP 21 feb. 2007, rad. 25.920 y C. Const. C-1260 de 2005)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: trámite

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: control por el juez

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: nulidad, vicios del consentimiento y o violación de garantías fundamentales

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: implica renuncia a ciertas facultades y derechos

SENTENCIA - Condenatoria: fundamentos

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: presupuestos para dictar sentencia

«[...] de acuerdo con el art. 293 del C.P.P., si el imputado por iniciativa propia acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. En consecuencia, la Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación -equivalente a la acusación-, que será enviado al juez de conocimiento. Examinada por éste para determinar que la aceptación de culpabilidad es espontánea, libre y voluntaria, procederá a aceptarla sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes y, enseguida, convocará a audiencia para la individualización de pena y sentencia.

La retractación por parte de los imputados que acepten cargos, añade el parágrafo de la norma, sólo será válida siempre y cuando se acredite que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

En estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas de manera adjetiva, para vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad y a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 may. 2014, rad. 43.523).

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por una parte, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de supervisión sobre el respeto de las garantías fundamentales en cabeza del acusado [...].

[...]



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Rigiendo entonces un principio legal de irretractabilidad, si la alegación de culpabilidad fue efectuada libre, consciente, voluntaria y espontáneamente ante el juez de control de garantías sólo habría lugar a improbar el allanamiento o a admitir una excepcional dimisión por el procesado si su consentimiento para aceptar la responsabilidad penal por los cargos formulados se hallare viciado por error, fuerza o dolo (cfr. CSJ SP 15 may. 2013, rad. 39.025 y CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834).

La imposibilidad de retractación es una limitación justificada en pro de materializar una debida administración de justicia penal abreviada. Entre otras consecuencias, el allanamiento a cargos entraña la renuncia del imputado a ser juzgado públicamente (art. 250-4 de la Constitución), así como a las prerrogativas inherentes a este derecho fundamental. Ello se extracta del art. 8° lits. b), j) y k) del C.P.P. Quien acepta la imputación no sólo se autoincrimina, sino que desiste a solicitar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate.

Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7° inc. 3° y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.

Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación -sin ningún vicio en su consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos- que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva.

[...]

[...] siendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida el medio de articular -en el procedimiento abreviado- los hechos con el derecho, es claro que ese control racional de verosimilitud supone la incorporación de aquéllos a la actuación, para ser valorados por el juez de conocimiento [...].

[...]

La jurisprudencia constitucional (sent. C-1260 de 2005), a la hora de analizar la compatibilidad de la renuncia a los derechos a la no autoincriminación y al adelantamiento del juicio en los términos establecidos en el art. 8º lit. 1) del C.P.P. con la Constitución, destacó la necesidad de que la condena dictada en virtud de aceptación de culpabilidad esté soportada en medios de prueba.

[...]

[...] incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 ídem). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional [...].».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: incorporación de elementos materiales probatorios, oportunidad

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: facultades de la defensa

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: control por el juez, protección de garantías, eventos en que debe emitirse sentencia absolutoria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

«[...] tratándose de aceptaciones de cargos en la formulación de imputación, la incorporación de los elementos materiales probatorios habrá de ser concomitante a la presentación del escrito contentivo de la misma -que se entiende equivalente a la acusación (art. 293 C.P.P.)- ante el juez de conocimiento. Ello, conforme al mandato previsto en el art. 142-2 ídem, según el cual es deber del fiscal suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e información de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado. Éste, al tenor del art. 125-3 ídem, además, tiene derecho a que su defensor, en el evento de una acusación, conozca todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

En esos términos, la incorporación de los medios de conocimiento a la actuación no sólo es presupuesto material para que el juez pueda dictar sentencia condenatoria, si la valoración de aquéllos junto a la aceptación de culpabilidad acredita la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado (art. 9° del C.P. y 381 del C.P.P.), sino que es necesaria a fin de garantizar el derecho de todo imputado a conocer las pruebas que se invocan en su contra (art. 8 lit. j del C.P.P.).

No obstante, la prerrogativa de conocimiento de las “pruebas”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para controvertirlas. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (supra num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad y contradicción probatorias; por otra, en la medida en que el cuestionamiento de las premisas fácticas que, habiendo sido aceptadas como ciertas, fundamentan la decisión condenatoria, tácitamente se estaría presentando una retractación del allanamiento, lo cual -salvo eventualidades de vicios en el consentimiento o conculcación de garantías- está proscrito legalmente.

Una vez aceptado, reitérase, el allanamiento es irretractable. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante críticas probatorias tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irretractabilidad.

[...]

[...] Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de garantías fundamentales, se detecten situaciones objetivas que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9° inc. 1° C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material.

En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, en tanto garantía fundamental. No obstante, por tratarse de un aspecto objetivo que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa ius fundamental no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

[...]

Tal solución -restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación- se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena -con allanamiento a cargos- por dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39.160)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: incorporación de elementos materiales probatorios, oportunidad

PROCESO PENAL - Principio de preclusión: etapas delimitadas y progresivas

PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN - En la actividad probatoria

RECURSOS - Reposición y apelación: no prevén etapa probatoria

CASACIÓN - Principio de trascendencia



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES - Arma de fuego que no es idónea para disparar: atipicidad

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES - Idoneidad del arma: posibilidad efectiva de realizar disparos, afectación del bien jurídico tutelado

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES - Arma de fuego: concepto

«[...] en relación con el tercer informe pericial se presentó una irregularidad en su aducción, constitutiva de un vicio de legalidad que afecta el debido proceso probatorio. Como se expuso con antelación (cfr. num. 4.1.4), a la luz del art. 142-2 del C.P.P., leído en articulación con el art. 293 ídem, el momento oportuno para la aducción de los elementos materiales de conocimiento que habrán de ser valorados por el juez de conocimiento - incluidos los favorables al acusado- a fin de decretar la legalidad del allanamiento y dictar la correspondiente sentencia, es la presentación del escrito de acusación.

Sin embargo, en el presente caso, luego de haberse declarado la ilegalidad de la alegación unilateral de culpabilidad, en curso de la sustentación de un recurso, el juez de conocimiento permitió la admisión, del todo extemporánea, de un medio de conocimiento -el tercer dictamen en balística, del 3 de diciembre de 2013-, con base en el cual dejó sin efectos su inicial determinación y, consecuentemente, no sólo avaló el allanamiento sino que dictó la sentencia condenatoria. Mas tal proceder desconoce las formas propias del juicio abreviado, donde también rige el principio de preclusividad en la oportunidad de pruebas. Los arts. 176 al 178 del C.P.P., que regulan el trámite de los recursos de reposición y apelación contra autos, no establecen ninguna oportunidad procesal para la exhibición de elementos materiales probatorios o evidencia física no incorporados en la fase pertinente.

No obstante, tal vicio de legalidad en la aducción probatoria no es suficiente para anular la actuación, como quiera que, por una parte, existe un mecanismo procesal menos traumático para restablecer la afectación del debido proceso probatorio, a saber, la exclusión de dicho medio de conocimiento o la prohibición de valorarlo; por otra, en punto de la trascendencia, aun haciendo abstracción del mencionado informe pericial, la



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

actuación no queda desprovista de elementos materiales probatorios que permitan verificar si el control aplicado por el juez tanto al acto de aceptación de culpabilidad como al respeto de garantías fundamentales y si la sentencia condenatoria se dictó sin afectación indebida de la presunción de inocencia y con respeto del principio de legalidad.

Sobre este último particular, contrario a lo expuesto por el censor y por la representante del Ministerio Público, no es cierto que la conducta atribuida a AFA pueda ser catalogada, objetivamente, como atípica. Los enunciados fácticos que los jueces de instancia declararon probados a partir de la valoración en conjunto de la aceptación de culpabilidad y los medios de conocimiento incorporados por la Fiscalía -suprimiendo inclusive el tercer dictamen-, ciertamente encuentran adecuación en el tipo penal de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (art. 366 inc. 1º del C.P.).

En verdad, la Sala tiene establecido que, desde la perspectiva del tipo de injusto, 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.

[...]

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 -marca Raven, calibre 25-, portada por el acusado, era inservible totalmente, pues 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



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

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”.

Sin embargo, en el asunto sub exámine, los enunciados fácticos que se declararon probados con base en la imputación aceptada por el señor A impiden afirmar que la pistola de fabricación artesanal que le fue incautada por llevarla consigo estaba en absoluta imposibilidad de disparar. Lo que muestran los medios de conocimiento legalmente incorporados a la actuación indican algo diferente, esto es, que a pesar de la falta de una pieza (martillo), la aguja percutora podía ser golpeada o activada con otros elementos para impactar la cápsula del cartucho, provocando la detonación y, consecuentemente, un disparo del proyectil.

El arma de fuego hallada en poder de AFA, de acuerdo con el acta de incautación (fl. 10), corresponde a una pistola de fabricación artesanal, sin números de identificación, de calibre 5.56 mm, integrada por tres componentes metálicos y un resorte plástico.

Sometida el arma a análisis por investigador de policía judicial (fls. 11-12), para determinar el estado de funcionamiento, aquél concluyó que, según su experiencia como policía y su amplia instrucción en el manejo de armas de fuego, pudo determinar que la pistola artesanal, que posee un cañón de 16 cm, con una aguja percutora de 8 cm, se maneja manualmente con un caucho o resorte. Con el arma, prosigue, se realizó un disparo con cartucho calibre 5.56 mm, apto para fusil y ametralladora (art. 8 lit. j del Decreto 2535 de 1993), lo cual permitió comprobar que es apta para producir disparos. El resultado positivo de dicha prueba muestra, según el experto, que la pistola funciona. En el aparte correspondiente a la descripción de los elementos materiales probatorios y evidencia física está consignado que el caucho incautado al aprehendido es una “resortera”.

En el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia (fls. 16-17) igualmente existe constancia de que, además del arma -que en su interior tenía un cartucho calibre 5.56 mm listo para ser disparado-, al acusado le fue hallado un resorte plástico.

Bien se ve, entonces, que si el investigador de laboratorio pudo disparar el arma, está probado que ésta es idónea para afectar tanto la seguridad pública



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

como otros bienes jurídicos de naturaleza individual -entre ellos, la vida y la integridad personal-, en la medida en que existe una efectiva potencialidad lesiva del artefacto. De las descripciones y conclusiones plasmadas en el aludido informe del investigador experto se advierte que con la pistola hechiza, de funcionamiento manual, se pueden disparar proyectiles de largo alcance (cartucho de 5.56 mm) a través de una operación artesanal a modo de resortera o cauchera, donde la aguja percutora es desplazada con el caucho para que impacte el fulminante encapsulado en el cartucho. Y esa premisa fáctica, contrario a lo expuesto por el censor, lejos está de adecuarse tanto en una hipótesis de atipicidad como de ausencia de antijuridicidad material.

Por una parte, la pistola concernida, a la luz del art. 14 lit. c) del Decreto 2535 de 1993 es un arma de fuego prohibida, por ser “hechiza”, fabricada con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona (art. 5° ídem), mediante la propulsión de un proyectil a causa de la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química (art. 6° ídem); por otra, teniendo aptitud de disparo -a través de un cañón de longitud superior a 15.24 cm (art. 11 lit. a) del Decreto 2535 de 1993-, tiene plena y efectiva potencialidad lesiva (art. 11 C.P.) para afectar los bienes jurídicos protegidos por el art. 366 ídem.

Y tales conclusiones no cambian con la apreciación del informe pericial en balística forense del 17 de septiembre de 2013, aportado por la Fiscalía con el escrito de acusación (fls. 21-24). Si bien la conclusión del perito es que la pistola examinada no es apta para producir disparos, también es verdad que tal concepto no puede ser valorado insularmente, haciendo abstracción de los demás medios de conocimiento incorporados a la actuación, ni cercenando apartes relevantes del contenido del propio dictamen.

El segundo informe pericial, destácase, no es indicativo de que el arma es total ni permanentemente inservible, que son las circunstancias exigidas por el art. 6° inc. 2 del Decreto 2535 de 1993 para poder predicar que el arma pierde su carácter de tal. El experto explica que para poder ser disparada, se necesita un elemento contundente adicional que cumpla la función de martillo, ya que la pistola carece de éste, afirmación de la cual no puede aseverarse que el arma es totalmente inservible.

Aunado a lo anterior, en la actuación existe evidencia de que la pistola sí funciona, en la medida en que el primer funcionario que la examinó logró



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

hacer un disparo con ella, utilizando el caucho que le fue hallado al acusado junto al arma. Lo que pasa es que, por errores en el manejo de la evidencia - que dadas las particularidades del presente caso no son trascendentes para afectar la conclusión a la que arribaron los jueces de instancia-, el segundo perito que examinó el arma no contó con el instrumento con el que el investigador que la inspeccionó por primera vez pudo desplazar la aguja percutora para producir el disparo, a saber, el caucho operado a manera de resortera.

El hecho de que el arma no tuviera martillo incorporado, en el presente caso, no le quita a aquélla su calidad de tal. La pistola en cuestión, no sobra enfatizar, es hechiza o de fabricación artesanal, que no se caracteriza por ser un prototipo técnico. Antes bien, por antonomasia se trata de un artefacto de imitación, rústico e imperfecto, cuya potencialidad lesiva no ha de medirse en función de su nivel de sofisticación -escaso por definición-, sino en razón de la posibilidad efectiva de realizar disparos.

Además, la falta de martillo no le quita a la pistola 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 relacionados, 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, la pistola que portaba el señor A no sólo tiene un cañón que supera la longitud permitida para las armas de uso personal (15.24 cm) -según el art. 11 del Decreto 2535 de 1993-, sino que es capaz de disparar proyectiles por efecto de la combustión química. Y no de cualquier tipo, sino de aquellos proyectiles que necesitan de un arma de largo alcance -fusiles o ametralladoras- para poder ser disparados, como el cartucho de calibre 5.56x45.

Y 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, superando el umbral permitido para las armas de defensa personal (art. 11 del Decreto 2535 de 1993)».

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - Características del arma y uso



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - Las armas de uso privativo equivalen a armas de guerra

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - Se configura

«[...] si bien en principio podría afirmarse que, por antonomasia, un arma hechiza no podría ser catalogada como de uso privativo de la Fuerza Pública, dado que, al tenor del art. 8° ídem, tales armas son aquéllas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento del orden público, de donde se sigue que tal actividad de defensa estatal no se acomete mediante armas artesanales, no puede pasarse por alto que, según la misma norma, las armas de uso privativo equivalen a armas de guerra; es decir, aquéllas dotadas de aptitud para ser utilizadas en conflictos armados, lo cual, entre otros aspectos, supone una dinámica de ataques entre combatientes. Y este tipo de armas, dentro de la sistemática propuesta por el Decreto 2535 de 1993 (arts. 7° y 11), se diferencia de las de uso civil o de defensa personal a corta distancia.

En el presente caso, el artefacto que portaba el acusado, cargado con cartuchos calibre 5.56x45, no puede ser considerado de defensa personal. Para ello, el art. 11 lit. a) ídem exige que, tratándose de pistolas, deben reunirse (concurrente o cumulativamente) determinadas características, entre ellas, que la longitud máxima del cañón sea de 15.24 cm. Mas la medida del cañón del arma en cuestión supera tal límite (16 cm).

Pero además, a la luz del art. 8° ídem, existen razones adicionales para confirmar que el arma incautada se trata de un artefacto de guerra, con una potencialidad lesiva equiparable a las armas de uso privativo de la Fuerza Pública.

En primer lugar, del art. 8° lit. a) del Decreto 2535 de 1993 se extracta que si bien las pistolas de calibre igual o inferior a 9.652 mm se consideran de uso personal, ello está condicionada a que reúnan la totalidad de las características establecidas en el art. 11 ídem. Y como se vio, el arma que portaba el acusado no cumple con todos aquellos presupuestos, por tener un cañón de 16 cm.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

En segundo término, ha de recordarse que, según el examen practicado al arma por el investigador de policía judicial, con la pistola se disparó un cartucho de 5.56 mm, calibre apto para fusiles y ametralladoras. Quiere ello decir que si la pistola está en capacidad de disparar proyectiles de largo alcance, se trata de un arma de guerra, no de un artefacto de defensa individual a corta distancia. Esto se ve ratificado con una lectura articulada de los literales a) y j) del art. 8° en mención, de acuerdo con los cuales se consideran municiones de guerra las que pueden ser disparadas por pistolas que no cumplan con todos los estándares previstos en el art. 11 lit. a), entre ellos, la longitud del cañón.

Así que, informando los elementos materiales probatorios que el arma incautada sí puede disparar -munición de guerra- y que tiene un cañón de longitud superior a las pistolas de defensa personal, en conjunción con la aceptación de responsabilidad expresada por el señor A en la audiencia de formulación de imputación, existe razón suficiente para predicar, más allá de toda duda, que la conducta de aquél no sólo encuentra adecuación típica en el art. 366 del C.P., sino que puso efectivamente en peligro el bien jurídico de la seguridad pública. Ello deja sin soporte las alegaciones sustanciales presentadas por el demandante, coadyuvadas por el Ministerio Público, por cuanto se basan en supuestos de hecho diferentes a los que, jurisprudencial y doctrinalmente, permitirían emitir un juicio negativo de tipicidad o descartar la antijuridicidad material de la conducta».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: renuncia al derecho de contradicción probatoria

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES - Idoneidad del arma: posibilidad efectiva de realizar disparos, afectación del bien jurídico tutelado

«[...] las críticas formuladas por el defensor, en relación con la supuesta insuficiencia del primer dictamen son inadmisibles, pues corresponden al ejercicio del derecho de contradicción probatoria, al que su defendido renunció con la aceptación de culpabilidad (art. 8° lit. j) y l) del C.P.P.). Por tal motivo, la controversia probatoria planteada en la censura en relación con



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

la apreciación y valoración del primer informe atenta contra el principio de irretractabilidad que gobierna el debido proceso abreviado -inclusive en el ejercicio de los recursos- (CSJ AP 27 jun. 2012, rad. 38.911).

Sin perjuicio de lo anterior, los reproches en ese sentido son claramente infundados, porque como atrás se reseñó (pie de página N° 17), el investigador sí describió el procedimiento aplicado para efectuar el disparo, sin que sean exigibles mayores explicaciones sobre aspectos “técnicos”, en la medida en que el examen se aplicó, precisamente, a un arma de fabricación hechiza, de operación manual que, lejos de ser sofisticada, es artesanal. Además, no es cierto que la sentencia se torne incongruente por haber tenido en cuenta “elementos no incautados” ni que el ad quem hubiera “completado el arma”, pues el caucho o resorte con el que el funcionario de policía judicial pudo disparar la pistola sí fue incautado al acusado (cfr. fl. 10).

En todo caso, la Sala no advierte la existencia de dudas sobre el mecanismo empleado para lograr el disparo en la primera prueba balística. Inequívocamente, del informe se extracta que la activación se dio por la propulsión de la aguja por la fuerza cinética que le transmitió el caucho o resorte, en virtud de su elasticidad. Y menos hay lugar a poner en tela de juicio tal conclusión si se tiene en cuenta que el imputado, libre, consciente, espontánea y voluntariamente, así como asesorado por su defensor, habiendo sido informado por la fiscal de que el arma que le fue incautada era apta para ser disparada, según el informe del investigador judicial, aceptó los cargos».

CASACIÓN - Nulidad: eventos en que no es necesario decretarla sino que se acude a otras medidas, aplicación del principio de residualidad

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - No requiere que el arma lleve munición

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - Antijuridicidad

«[...] la Sala estima que tampoco hay lugar a anular la actuación ni a dictar sentencia absolutoria por incongruencia entre la imputación -equivalente a la acusación en virtud de la aceptación de cargos (art. 293 C.P.P.)- y la sentencia, como lo pretende el demandante.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Revisada la actuación, se encuentra que, en la audiencia de formulación de imputación, la fiscal no atribuyó al señor A el porte de ningún tipo de munición de uso privativo de las Fuerza Armadas, sino únicamente el llevar consigo el arma de ya conocidas características. Por consiguiente, ello impide que el acusado sea condenado por tales hechos (arts. 448 y 293 inc. 1° del C.P.P. y, entre otras, CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, SP 31 jul. 2009, rad. 34.475, SP 1° feb. 2012, rad. 36.907 y SP 29 abr. 2015, rad. 43.211), so pena de fracturar el debido proceso en su estructura acusatoria.

Sin embargo, en virtud del principio de residualidad que gobierna la declaratoria de nulidades, hay una solución menos traumática para reestablecer la correspondencia entre acusación y sentencia, a saber, la exclusión de los enunciados fácticos atinentes al porte de municiones. Esto impide anular el trámite, por cuanto tal determinación presupone el cumplimiento concurrente, no alternativo, de los principios taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad (cfr., entre otros, CSJ AP 09.03.2011, rad. 32.370 y AP 30.11.2011, rad. 37.298).

Ahora, aun suprimiendo de las sentencias las premisas fácticas referentes al porte de munición -cartuchos- de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ello de ninguna manera conduce a la absolución del acusado, como lo pretende el censor. El planteamiento dirigido a sostener que si la imputación fáctica únicamente cobijó el porte del arma, sin mención de las municiones, y que por tal razón el porte de una pistola sin munición no amenaza efectivamente la seguridad pública (ausencia de lesividad), carece de solidez. Ya la Sala ha consolidado el criterio según el cual tal hipótesis fáctica sí comporta antijuridicidad material».

PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS -
Aplicación del sistema de cuartos

«Tiene dicho la Sala que en la determinación de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas aplica el sistema de cuartos, que rige el proceso de individualización (art. 61 del C.P.), por lo que ha de tenerse en cuenta que dicha sanción accesoria tiene prevista pena de entre uno y quince años (art. 51 inc. 5° ídem). En consecuencia, los cuartos derivados del ámbito punitivo de movilidad corresponden a: primer cuarto, de 12 a 54 meses; cuartos medios, de 54 a 138 meses y, último cuarto, de 138 a 180 meses.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoria Sala de Casación Penal

Sin embargo, desconociendo el debido proceso sancionatorio (CSJ SP 3 feb. 2016, rad. 46.647) en su componente de legalidad de la pena, el Tribunal, a su arbitrio, fijó la mencionada sanción accesoria en un término igual al de la pena principal de prisión (115 meses y 15 días).

Por consiguiente, a fin de reestablecer la garantía conculcada, la Sala habrá de dosificar dicha pena con respeto de los parámetros de legalidad pertinentes. Así, teniendo en cuenta los mismos criterios que guiaron al juzgador en la atribución de la pena de prisión (fijada en el extremo mínimo del primer cuarto), se procede imponerle al procesado un total de 12 meses, como pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Aplicada la rebaja de 12.5%, derivada de la aceptación de cargos en la imputación -con captura en flagrancia- (arts. 351 inc. 1º y 301 parágrafo del C.P.P.), la privación para la tenencia y porte de armas queda definitivamente en 10.5 meses».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 25920 | Fecha: 21/02/2007 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: momentos procesales
Rad: C-1260 | Fecha: 05/12/2005 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: momentos procesales
Rad: 39025 | Fecha: 15/05/2013 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: nulidad, vicios del consentimiento y o violación de garantías fundamentales
Rad: 39834 | Fecha: 20/11/2013 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: nulidad, vicios del consentimiento y o violación de garantías fundamentales
Rad: C-1260 | Fecha: 05/12/2005 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: presupuestos para dictar sentencia
Rad: 24724 | Fecha: 19/10/2006 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: presupuestos para dictar sentencia
Rad: 31280 | Fecha: 08/07/2009 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: presupuestos para dictar sentencia
Rad: 38911 | Fecha: 27/06/2011 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Rad: 33145 | Fecha: 17/10/2012 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

Rad: 41419 | Fecha: 28/08/2013 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

Rad: 39566 | Fecha: 28/08/2013 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

Rad: 39834 | Fecha: 20/11/2013 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

Rad: 49411 | Fecha: 31/01/2017 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse

Rad: 39160 | Fecha: 14/08/2012 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: control por el juez, protección de garantías, eventos en que debe emitirse sentencia absolutoria

Rad: 32180 | Fecha: 20/05/2010 | Tema: RECURSOS - Reposición y apelación: no prevén etapa probatoria

Rad: 21064 | Fecha: 15/09/2004 | Tema: FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES - Arma de fuego que no es idónea para disparar: atipicidad

Rad: 32370 | Fecha: 09/03/2011 | Tema: CASACIÓN - Nulidad: eventos en que no es necesario decretarla sino que se acude a otras medidas, aplicación del principio de residualidad

Rad: 37298 | Fecha: 30/11/2011 | Tema: CASACIÓN - Nulidad: eventos en que no es necesario decretarla sino que se acude a otras medidas, aplicación del principio de residualidad

Rad: 30769 | Fecha: 26/03/2009 | Tema: FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - No requiere que el arma lleve munición

Rad: 32004 | Fecha: 21/10/2009 | Tema: FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES - No requiere que el arma lleve munición

Rad: 42536 | Fecha: 16/12/2014 | Tema: PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Aplicación del sistema de cuartos

Rad: 43881 | Fecha: 11/03/2015 | Tema: PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Aplicación del sistema de cuartos



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Rad: 44443 | Fecha: 30/03/2016 | Tema: PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA
TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Aplicación del sistema de cuartos

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:
SALVAMENTO DE VOTO: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
