

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP1077-2015

Radicación N° 44364

Aprobado acta No. 44.

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

VISTOS

Una vez realizada la audiencia de sustentación oral, procede la Corte a resolver el recurso de casación presentado por el defensor de JOHN JAIRO GARCÍA MEDINA, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico), el 28 de mayo de 2014, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, el 30 de octubre de 2013, condenando al mencionado procesado, como autor responsable de las conductas punibles de hurto calificado tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de 116 meses de prisión y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

HECHOS

El martes 14 de agosto de 2012, cuando los agentes de la Policía Nacional John Fredy Vásquez Pérez y Antonio Montoya Ramos se encontraban realizando labores de patrullaje en el barrio Carrizal de la ciudad de Barranquilla (Atlántico), a la altura de la calle 50 con carrera 3C, sorprendieron a un individuo en el momento en que intimidaba con arma de fuego a los señores Víctor Hugo Mejía Gutiérrez y Samir Alfredo Sánchez Echeverría, a quienes despojó de un bolso, varios documentos y dos celulares.

En el acto, los uniformados procedieron a capturar al asaltante, posteriormente identificado como JOHN JAIRO GARCÍA MEDINA, quien en vano intentó huir del lugar, así como deshacerse del artefacto bélico, el cual correspondía a un revólver calibre 38 largo, marca Smith & Wesson, de fabricación original, con capacidad para 6 cartuchos, apto para ser percutido, cuyo número de serie había sido eliminado.

#### ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencias preliminares llevadas a cabo el 15 de agosto de 2012 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Barranquilla (Atlántico), se legalizó la captura de JOHN JAIRO GARCÍA MEDINA, se le formuló imputación por los delitos de hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones -cargos que no aceptó-, y se le aplicó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito acusatorio, la fase del juicio fue asumida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, despacho que luego de realizar las audiencias de formulación de acusación -el 23 de enero de 2013-, preparatoria -el 24 de abril ulterior- y juicio oral -en sesiones del 24 de mayo, 12 de

agosto y 4 y 30 de septiembre de ese año-, dictó sentencia el 30 de octubre siguiente, condenando a GARCÍA MEDINA por los ilícitos de hurto calificado tentado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Consecuente con su determinación, el A quo le impuso las sanciones reseñadas en la parte inicial de este proveído y le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla lo confirmó íntegramente, mediante providencia del 28 de mayo de 2014.

En contra de la sentencia del Ad quem, el mismo sujeto procesal interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda, la cual fue admitida por la Sala a través de auto del 21 de agosto de 2014.

En tales condiciones, la audiencia de argumentación oral tuvo lugar el 25 de noviembre siguiente.

## RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Cargo único: falso raciocinio.

Con fundamento en la “causal primera” del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de JOHN JAIRO GARCÍA MEDINA acusa a los juzgadores de violar indirectamente la ley sustancial, a causa de la indebida aplicación de los artículos 365 del Código Penal y 381 de esa normatividad, y por la inaplicación del precepto que consagra el principio del in dubio pro reo, como consecuencia de haber incurrido en un error de hecho por falso raciocinio en el examen de las pruebas acerca de la responsabilidad en el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

En concreto, denuncia que se haya inferido el elemento objetivo atinente al “sin permiso de autoridad competente”, a partir del examen de balística, por mencionarse allí que el número de serie del arma había sido eliminado.

Agrega el casacionista que en la apelación del fallo citó varios precedentes de la Sala que avalan su postura, en el sentido de que la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía, entidad que debía acreditar ese ingrediente normativo, el cual no puede presumirse ni demostrarse argumentativamente. Por ello, como el ente acusador no logró comprobarlo en el juicio oral, la conducta deviene atípica y conduce a la absolución de su patrocinado.

El falso raciocinio en que incurrió el Tribunal, precisa a continuación, surge del hecho de haber terminado dando la razón al A quo, a pesar de que al comienzo de su discurso disiente de sus disquisiciones. Así, luego de transcribir lo pertinente del fallo del Ad quem, sostiene que se equivocó al sostener que “si un arma carece de número la autoridad no ha podido autorizar su porte”, añadiendo que según éste criterio “si tiene números de serie si es probable que autoricen el permiso para portar el arma”.

La conclusión del perito, a juicio del demandante, está significando que esa arma sí tenía número serial y después fue eliminado por cualquier medio físico, lo cual nada tiene que ver con el permiso que expide la autoridad competente.

Pide, por tanto, que se case la providencia censurada, con el fin de que se declare que no se acreditó el ingrediente objetivo de la conducta punible imputada, disponiendo, en consecuencia, la absolución del procesado.

## LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

### 1. Intervención del defensor del acusado (impugnante).

Como punto de partida, el recurrente solicitó que se ratificara la jurisprudencia sobre el tópico planteado en la demanda, ordenando que sea la Fiscalía, como órgano persecutor del delito y los delincuentes, la que demuestre ante la judicatura la configuración y los elementos normativos del tipo penal de porte de armas.

Agregó que es dicha entidad, por mandato constitucional y conforme lo reseñan instrumentos internacionales, la que tiene el deber de investigar y la carga de la prueba sobre la responsabilidad penal.

Pidió, por tanto, que se casara la sentencia censurada en cuanto al referido delito y, consecuentemente, se redosifique la sanción impuesta a su prohijado.

## 2. Intervención de la representante de la Fiscalía.

La Fiscal Séptima destacada ante esta Corporación se opuso a los planteamientos del censor, indicando no solo que no se han vulnerado garantías fundamentales, sino también que en nuestro sistema procesal opera el principio de libertad probatoria, sobre cuyos alcances ilustra brevemente.

En este asunto, concretó, no se allegó salvoconducto o prueba alguna que señalara la legalidad del arma, pero se tiene sí el testimonio del experto balístico, quien en el juicio oral describió sus características físicas, aseveró que el número de serie fue eliminado y concluyó que era apta para disparar. A esta testificación se suman las de los agentes que capturaron en flagrancia al procesado, quienes evitaron que se fugara y deshiciera del artefacto, así como los indicios de presencia y móvil.

Acto seguido, recalcó que lo investigado y juzgado en ese trámite concernía a si el inculcado contaba con autorización para portar el arma, no si la misma estaba amparada, pues, las reglas de la experiencia enseñan que quien lleva consigo un aparato como el descrito y lo utiliza para cometer un ilícito, lo hace porque efectivamente no tiene

permiso para su porte.

Por último, insistió en que sí obraba prueba sobre la estructuración de la conducta punible, citó precedente de la Sala sobre la materia (Radicado 38197), calificó de deficiente la argumentación contenida en el libelo casacional, y deprecó que no se casara el fallo demandado, en tanto, el reparo debía ser desestimado.

### 3. Intervención de la delegada del Ministerio Público.

La Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal partió por aclarar que la demanda fue admitida, pese a sus falencias, con el fin de verificar si se quebrantaron garantías fundamentales.

A continuación, previamente a referirse a la prueba recaudada, aludió al conocimiento para condenar exigido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y a los elementos estructurales del delito imputado, con base en el artículo 365 del Código Penal y las modificaciones introducidas por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

Estimó, entonces, que en este caso se acreditó, con los testimonios de los uniformados, la captura en flagrancia del procesado cuando perpetraba un hurto, portando el arma de fuego con la que intimidaba a sus víctimas. Asimismo, con el informe balístico se estableció que dicho objeto sí era un arma de fuego, además idónea para disparar, y que su número de identificación se encontraba borrado.

Por ello, cuando los juzgadores concluyeron que por no haber presentado el acusado el permiso para su porte, era porque carecía de él, invirtieron la carga de la prueba. De igual manera, se equivocaron cuando infirieron que por estar su número borrado, no se contaba con la autorización de la autoridad competente, pues, desconocieron que ello puede ocurrir porque se trata de armas robadas o comprometidas en algún delito, se utilizarán en la comisión de un ilícito o, en el uso legal, por efectos del sudor.

En sustento de lo anotado, recordó que conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Decreto 2535 de 1993, es causal de incautación el “portar o poseer un arma que presente alteraciones en sus características numéricas sin que el permiso así lo consigne”, de lo cual se deduce que es posible obtener salvoconducto en el que conste tal condición de adulteración. De ahí que sea normativamente incorrecto colegir, como lo hizo el Tribunal, que por tener el número borrado, se está en presencia de la ausencia de permiso, que es diferente a lo que sucedería con las armas artesanales o hechizas.

Para terminar, la representante de la sociedad trajo a colación precedentes de la Sala sobre la acreditación probatoria del ingrediente objetivo del tipo de porte de armas, referido al permiso de la autoridad competente (Radicados 36578 y 36544), y solicitó, al determinar que no se probó el mismo, que se casara parcialmente al providencia impugnada, procediendo a la consecuente redosificación punitiva.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. Aclaración preliminar.

Como bien lo advirtió la delegada del Ministerio Público, no tiene sentido aludir a las deficiencias de fundamentación que claramente se advierten en la demanda de casación presentada por el defensor de JOHN JAIRO GARCÍA MEDINA, pues, la previa admisión de la misma implica que se resuelva de fondo, debiendo la Sala determinar si en la condena por el atentado contra la seguridad pública, se incurrió en algún tipo de error que condujera a la vulneración de garantías fundamentales.

### 2. Planteamiento del reproche.

Según el actor, en el examen probatorio concerniente a la tipificación del ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, los falladores incurrieron en un error de hecho por falso raciocinio, ya que

dedujeron el elemento objetivo atinente al “sin permiso de autoridad competente”, a partir del examen de balística, por mencionarse allí que el número de serie del arma había sido eliminado.

Opina que de la anterior manera se invirtió la carga de la prueba, en tanto, a la Fiscalía le correspondía acreditar ese ingrediente normativo, el cual no puede presumirse ni demostrarse argumentativamente. Así, no habiendo logrado su acreditación, la conducta deviene atípica y conduce a la absolución de su defendido.

Del mismo criterio de la defensa lo es la Procuradora delegada, quien considera que en efecto se invirtió la carga probatoria y que por no haberse acreditado ese elemento estructural de la conducta punible, la misma no se tipificó, debiéndose casar parcialmente la sentencia impugnada, para en su lugar absolver al procesado por el delito contra la seguridad pública.

No así la representante de la Fiscalía, quien consideró debidamente comprobada la hipótesis delictiva, habida cuenta que el informe balístico se encontraba respaldado con el testimonio de los agentes de policía que capturaron en flagrante delito al acusado, y con los indicios de presencia en el lugar de los hechos y del móvil, acuñando al efecto una regla de la experiencia acorde con la cual, quien porta un arma de fuego apta para disparar y la utiliza para cometer un ilícito, lo hace porque efectivamente no tiene permiso para llevarla consigo.

Pues bien, para responder las inquietudes de las partes, la Corporación adoptará la siguiente metodología: (i) traerá a colación el fundamento probatorio tenido en cuenta por los juzgadores para considerar configurada la conducta punible en comento; seguidamente (ii) repasará lo que la jurisprudencia de la Sala ha estimado sobre el particular y, finalmente, (iii) abordará el estudio del caso concreto.

3. El sustento probatorio de la condena por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia



de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Consagrada en el artículo 365 del Código Penal, modificado por los artículos 38 de la Ley 1142 de 2007 y 19 de la Ley 1453 de 2011, la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, se describe en la norma de la siguiente manera:

“El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

1. Utilizando medios motorizados.
2. Cuando el arma provenga de un delito.
3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.
4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.
5. Obrar en coparticipación criminal.
6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de

fabricación u origen, que aumenten su letalidad.

7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado”.

De acuerdo con la transcrita descripción comportamental, se trata de un tipo de conducta alternativa, ya que es posible perpetrarlo a través de llevar a cabo varios verbos rectores; tiene un objeto material que puede consistir en armas de fuego, accesorios, partes o municiones; y demanda de un ingrediente normativo, referido al “sin permiso de autoridad competente”.

En el presente asunto, no es objeto de discusión que el acusado JOHN JAIRO GARCÍA MEDINA fue capturado en circunstancias de flagrancia, el martes 14 de agosto de 2012, luego de que los agentes de la Policía Nacional John Fredy Vásquez Pérez y Antonio Montoya Ramos lo sorprendieran en una vía pública de la ciudad de Barranquilla (Atlántico), en el momento en que intimidaba con un arma de fuego a los ciudadanos Víctor Hugo Mejía Gutiérrez y Samir Alfredo Sánchez Echeverría, a quienes despojó de un bolso, varios documentos y dos celulares.

Tampoco lo es, que sometido a estudio técnico el mencionado artefacto bélico, el perito en balística que concurrió a declarar al juicio oral concluyó que correspondía a un revólver calibre 38 largo, marca Smith & Wesson, de fabricación original, con capacidad para 6 cartuchos, en buen estado de funcionamiento, apto para disparar, cuyo número de serie había sido eliminado.

Así las cosas, la controversia se centra, única y exclusivamente, en la forma en que las instancias acreditaron probatoriamente la configuración del ingrediente normativo concerniente a la carencia del riguroso salvoconducto.

En efecto, esto razonó el juzgado de conocimiento en el fallo de primer grado:

“En lo que se refiere a la existe (sic) de la conducta de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, se tiene: Reciente data (sic) la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia (sic) viene exigiendo que el deber de demostrar por la fiscalía la falta de autorización para porte, que se sustenta en certificación de la autoridad competente, u otra prueba, como podría ser estipulación probatoria con la defensa, u otro medio de prueba o incluso la prueba testimonial. En el presente caso, la fiscalía no aportó certificación de la autoridad competente que el procesado no estuviera autorizado para portar armas de fuego. Pero es claro que al procesado se le incautó el arma de fuego antes descrita, y también lo es que nunca ni en el momento de la captura ni en el curso de la investigación ante la fiscalía ni en el curso del juicio aportó la documentación que lo autorizara a portar el arma de fuego que le fue incautada”.

Luego de lo anterior, el A quo transcribe apartados de dos precedentes de la Sala alusivos al tópico, así como de la normatividad que regula el porte de armas, con el fin de insistir en que no se trata de una actividad libre que puedan ejercer los particulares, quienes siempre precisarán de autorización estatal para ese efecto. Con ello ratificó que:

“Si la persona exhibe su autorización para el porte de esa arma de fuego, la autoridad le permitirá que prosiga su camino. Si la persona no exhibe ese documento, será capturada por el delito consistente en portar arma de fuego sin autorización de la autoridad competente. Luego entonces, en Colombia, siempre que se captura a una persona por el hecho de portar armas de fuego es porque no exhibió ante la autoridad captora estar autorizada para su porte. Puede suceder que la persona no cuente con el documento en ese momento, pero en tal caso, sin duda que deberá aportarlo con posterioridad para exonerarse de la investigación que se le seguirá por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

En el presente caso el señor JHON JAIRO GARCÍA MEDINA fue capturado portando en su

poder el arma de fuego antes descrita, arma que no tenía el número de serie, al haber sido eliminado, borrado, limado. El señor JHON JAIRO GARCÍA MEDINA no exhibió el permiso de autoridad competente que le autorizara a portar el arma de fuego que le fue incautada. No lo exhibió en el momento de la captura. No lo aportó con posterioridad al curso de la investigación. No lo aportó en el curso del juicio. Limado o borrado como tenía el número de serie nunca podrá estar autorizado para portar dicha arma de fuego. Luego entonces se infiere que el señor JHON JAIRO GARCÍA MEDINA no está autorizado para el porte del arma de fuego que le fue incautada y que ya fue descrita en el acápite de los hechos de esta sentencia”.

Por último, sostuvo ese fallador que la postura de esta Corporación “no excluye la libertad probatoria, y si ello es así, entonces nada impide que se infiera dicho elemento a través de prueba indiciaria”.

En conclusión, se tiene que el juez penal del circuito determinó la existencia del elemento objetivo concerniente al “sin permiso de autoridad competente” a partir de dos hechos, a saber: (i) el inculcado no presentó autorización para el porte, y (ii) el número de identificación del artefacto había sido eliminado.

A su turno, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla consideró en su sentencia:

“Ahora bien con respecto a los Requisitos (sic) para la configuración del elemento normativo ‘el que sin permiso de autoridad competente’ establecido en el punible de porte de arma de fuego, el recurrente en su escrito, es insistente en criticar el análisis realizado por el a-quo, en lo referente a que el procesado debía aportar el certificado que le autorizara el porte de un arma de fuego, pues a su juicio con ello se generaba una inversión de la carga de la prueba.

Sobre lo anterior es menester aclarar, que el artículo 7 de la ley 906 de 2004, le da el

carácter de norma rectora del proceso penal al principio de presunción de inocencia, el cual se constituye en una garantía de los procesados; el mismo artículo ubica en cabeza del ente investigador la carga de la prueba, pues la Constitución le impone el deber de demostrar, más allá de toda duda, la responsabilidad del ciudadano investigado. También en dicho artículo se prohíbe expresamente la inversión de la carga de la prueba”.

Para el Ad quem, entonces, se equivocó el juzgador de primera instancia al invertir la carga de la prueba, agregando que “el procesado no se encuentra en el deber de aportar el certificado que lo autorice a portar el arma incautada, pues la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía como ente acusador”.

De igual modo, catalogó de falsa la regla de la experiencia deducida por el A quo, pues, no toda persona a la que se le incaute un arma de fuego y no exhiba su autorización, debe hacérsele responder automáticamente por el delito.

Sin embargo, avaló su decisión en el sentido de tener por configurado el citado ingrediente normativo, por haberse fundamentando también en el dictamen balístico, en el que se establece que el objeto estudiado carece del indicativo -número serial- que lo diferencia de las demás armas de su misma especie.

De ahí que asegurara:

“En ese orden de ideas, el hecho de que (sic) el arma incautada carezca de número de serie nos lleva a concluir objetivamente que no está autorizado su porte, pues en el permiso que emite la autoridad encargada de regular el porte o tenencia de armas de fuego se relaciona el número de serie del arma, a efectos de diferenciar el elemento en específico que puede portar el ciudadano.

Con base en lo manifestado, un arma de fuego que carezca de número de serie no será entregada por la autoridad estatal, ya que sería imposible su identificación y su

posterior recuperación en caso de no revalidarse el permiso de porte que posea el ciudadano.

De lo expuesto, esta Corporación concluye que con base en los medios probatorios aportados al proceso y valorados por el a-quo, se puede concluir (sic) que se encuentra plenamente demostrada la responsabilidad penal del procesado en la comisión de la conducta punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa persona (sic) establecida en el artículo 365 del Código Penal”.

En síntesis, para este juzgador, el fundamento probatorio que sustenta la estructuración del requisito “sin permiso de autoridad competente” y la consecuente tipificación del ilícito contra la seguridad pública, radica en el hecho que en el dictamen balístico se haya señalado que al arma de fuego se le borró el número de serie.

Por ello, se torna innecesario el discurso de la defensa en torno a la inversión de la carga de la prueba, pues, aunque esa circunstancia sí pudo haberse presentado en la providencia de primera instancia, el Ad quem se encargó de subsanarla en la de segundo grado.

Adicionalmente, en sus análisis probatorios, ambos falladores aludieron a los testimonios rendidos en el juicio oral por los patrulleros John Freddy Vásquez Pérez y Antonio Montoya Ramos, quienes dieron fe no solo de que el procesado fue capturado en circunstancias de flagrancia cuando cometía el atentado contra el patrimonio económico, sino también que al percatarse de la presencia policial, intentó, sin suerte, deshacerse del arma de fuego que empleaba en la comisión del delito.

#### 4. La jurisprudencia de la Sala.

Con relación al ingrediente del tipo objetivo “sin permiso de autoridad competente”, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, la Corte ha sostenido

que tiene que probarse con medios de conocimiento distintos a los relacionados con la simple posesión, tenencia o porte del arma de fuego o de la munición.

Al efecto, en las sentencias CSJ SP, 2 nov. 2011, Rad. 36544 y CSJ SP, 25 abril 2012, Rad. 38542, sostuvo que:

«(i) Dicho elemento tiene un indiscutible componente descriptivo, en el sentido de que alude a una situación fáctica según la cual el agente debe realizar la acción sin contar con autorización o salvoconducto legal.

(ii) La Fiscalía tiene la carga procesal de sustentar tal ingrediente típico con medios probatorios.

(iii) Por lo tanto, no es posible ‘presumir’ la configuración de dicho enunciado sin que haya prueba de la cual pueda predicarse su existencia.

Y (iv) tampoco podrá extraerse argumentativamente, ni siquiera con base en máximas de la experiencia».

En sus análisis, la Corporación refirió los elementos estructurales de la conducta punible, haciendo especial énfasis en la forma de comprobar el mencionado, en este sentido:

«En lo que a este último elemento se refiere, salta a la vista que para su corroboración es menester partir de unos datos o hechos de naturaleza objetiva, derivados de los medios probatorios recaudados durante la actuación. (Lo mismo puede predicarse con cualquier otro elemento del tipo, incluso de los subjetivos o eminentemente normativos.)

Lo anterior significa que, para demostrar en un asunto concreto la falta de autorización legal para comerciar, distribuir, llevar consigo, etc., un arma de fuego, deberá introducirse al juicio oral prueba (o, por lo menos, una estipulación de las partes en ese

sentido) de la cual pueda colegirse, de manera razonable, que el comportamiento descrito en la ley no estaba amparado por el orden jurídico. Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación del principio de libertad probatoria (artículo 373 de la Ley 906 de 2004 [artículo 237 de la Ley 600 de 2000]) [...].

Sin embargo, si no se parte de una circunstancia o fundamento fáctico claro para decidir acerca de la configuración de tal ingrediente típico, es incuestionable que su existencia tampoco podrá presumirse, ni siquiera argumentativamente, pues de ser así se estaría ignorando la norma según la cual ‘corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad’, tal como lo prevé el inciso 2º del artículo 7 del Código Procesal Penal [inciso 2º del artículo 234 de la Ley 600 de 2000].

En este orden de ideas, [...] si un funcionario propone una máxima empírica sin contar con material probatorio del cual haya podido derivar el enunciado fáctico objeto de demostración, conculcará la presunción de inocencia si por esa vía declara demostrada una circunstancia relevante para la configuración del tipo objetivo».

A su vez, en la sentencia CSJ SP, 12 nov. 2011, Rad. 36578, insistió en que el ingrediente objetivo del tipo “sin permiso de autoridad competente”, consistente en la carencia del sujeto activo del riguroso salvoconducto para portar armas, debe estar debidamente acreditado, reiterando que para ese efecto no es suficiente con elementos de persuasión relacionados con la mera posesión, tenencia o porte del arma de fuego o de la munición, sino que para ello es necesario partir de datos o hechos de naturaleza objetiva, emanados de los medios conocimiento recaudados durante la audiencia del juicio oral, incluso, estipulación de las partes en ese sentido, que permita concluir de manera razonable y fundada que la posesión o tenencia del arma o munición adolece de amparo jurídico.



En dicho proveído, la Corporación deja incólume el principio de libertad probatoria, pero precisó que «en el evento en que no se cuente con la circunstancia como fundamento fáctico para declarar la ocurrencia del aludido elemento objetivo, ésta no se puede presumir argumentativamente, porque se desconocería el mandato legal por el cual se impone la carga de la prueba en el órgano de persecución penal; y en donde se pretenda superar esta exigencia mediante la proposición de una máxima empírica sin soporte probatorio para el enunciado fáctico esencia de acreditación, se incurre en la transgresión de la presunción de inocencia, si por ese camino se declara demostrada un elemento relevante para la configuración del hecho punible».

Esta postura fue ratificada en pronunciamientos recientes (CSJ AP247, 29 enero 2014, Rad. 42215 y CSJ AP7208, 26 nov. 2014, rad. 44949), en los que analizó asuntos similares, pues, el reclamo de los impugnantes radicó en que la Fiscalía jamás aportó al juicio oral el medio de conocimiento atinente a una certificación realizada por servidor público o funcionario competente, en la cual se indicara de manera clara y expresa que el acusado no tenía permiso legal para portar armas.

En esas ocasiones, la Corporación consideró que:

«Dicha postura implica tarifar la prueba, circunstancia que, como se citó en precedencia, representa una vulneración al principio de libertad probatoria en particular y al sistema de la persuasión racional en general, pues parte del supuesto completamente infundado de que para probar el elemento «sin permiso de autoridad competente» la Fiscalía tenía que introducir al juicio oral un documento público en el cual se dejase constancia de la falta por parte del autor del respectivo salvoconducto. El criterio del censor, por lo tanto, riñe con el orden jurídico.

Lo importante en estos eventos, como lo ha señalado la Sala, es que haya prueba de la cual pueda predicarse «una circunstancia o fundamento fáctico claro para decidir

acerca de la configuración de tal ingrediente típico» (CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 36544). Y en el presente asunto, como bien lo explicó el Tribunal, la falta de permiso legal la extrajeron las instancias de la aserción fáctica, derivada del testimonio del experto que presentó su dictamen acerca del objeto material del delito, según la cual lo que llevaba C.C.C.A. era un arma de fuego de fabricación artesanal:

En el presente caso, la Sala observa que la experticia técnica practicada al artefacto bélico incautado es suficiente para legitimar la exigencia del ingrediente normativo, pues, pese a no ser aportada a la actuación un documento que certifique que al acusado no se le ha expedido permiso para portar armas por parte de un organismo competente, se deriva, “de manera razonable, la circunstancia relativa a la ausencia de permiso de la autoridad competente”. Pues las características del arma, indica el informe realizado por el investigador de policía Rafael Antonio Rodríguez Chacón, introducido al juicio oral a través de su testimonio, “no presenta número serial de identificación”; respecto de la marca y país de fabricación, precisó: “fabricación artesanal: país de fabricación desconocido”; respecto del funcionamiento, indicó: “se encuentra en buen estado de funcionamiento, siendo apta para realizar disparos con cartucho calibre 16”.

Las anteriores características que presenta el arma de fuego permite deducir razonablemente la ausencia del permiso en cabeza de su portador, pues este tipo de artefactos bélicos incluso son prohibidos en el Decreto 2595 de 1993 en su artículo 14, que precisa:

Artículo 14-. Armas prohibidas. Además de lo dispuesto en el artículo 81 de la [Constitución Política](#), se prohíbe la tenencia y el porte en todo el territorio nacional de las siguientes armas, sus partes y piezas: (...) c) Las armas hechizas, salvo las escopetas de fisto.

Así las cosas, no se hacía necesario que el ente acusador allegara una certificación de la

expedición o no del permiso para porte de armas, pues las pruebas que obran en la actuación son suficientes como en antes [sic] se indicó [para] deducir razonablemente que el acusado CAMBINDO ASPRILLA no se le ha expedido salvoconducto que legitime el porte del artefacto bélico que le fue hallado en su poder, pues la expedición [sic] de este elemento está expresamente prohibido por la ley para este tipo de armas. Razón por la cual se confirmará en su integridad la decisión objeto de apelación.

La queja del demandante, en suma, se redujo a que el aludido ingrediente no fue extraído de una prueba directa, relativa a la falta de permiso legal, sino de manera indirecta, atinente a una circunstancia fáctica (la naturaleza artesanal del arma de fuego incautada) y una jurídica (la prohibición en todo el territorio nacional de las armas hechas), a partir de las cuales el ad quem dedujo la concurrencia del elemento típico extrañado.

En este orden de ideas, al profesional del derecho en sede de casación le correspondía la obligación de demostrar que la inferencia del ad quem (en virtud de la cual la sola existencia de un arma de fuego de fabricación artesanal evidencia la no autorización para portarla) era irrazonable. Sin embargo, no lo hizo, toda vez que se limitó a afirmar que el solo hecho de haber solicitado la Fiscalía en audiencia preliminar una certificación en ese sentido probaba que «este permiso si [sic] lo otorga la autoridad competente» (folio 160 c. o.). E incluso en el evento de que lo anterior fuese acertado o cierto, no constituiría motivo alguno para reclamar la práctica de ese medio de prueba en particular, como si de una tarifa legal se tratase».

## 5. El caso concreto.

A no dudarlo, lo decidido por las instancias se aviene a lo que la jurisprudencia de la Sala ha determinado acerca de la forma de acreditar el elemento «sin permiso de autoridad competente», necesario para la configuración del delito de fabricación, tráfico, porte

o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, previsto en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000.

Ello, por cuanto para la demostración del hecho conforme al cual el sujeto activo tiene que carecer de permiso legal para obrar con el objeto material del delito, partieron de unos datos de naturaleza objetiva, derivados de los medios probatorios recaudados durante la actuación, los cuales, además, fueron aportados por el representante de la Fiscalía en la práctica probatoria del juicio oral.

Al efecto, ya se estableció cómo la Sala decantó que no es menester que ese aspecto tenga que comprobarse de manera exclusiva con un documento expedido por servidor público, vale decir, con el certificado de las autoridades militares haciendo constar que determinada persona no cuenta con el riguroso salvoconducto para portar armas de fuego o municiones.

Por el contrario, se aboga por hacer primar el principio de la libertad probatoria, con una única limitante y es que en efecto se cuente con probanzas idóneas en el proceso que permitan establecer esa circunstancia, sin tener que recurrir a argumentaciones sofísticas ni reglas de la experiencia falaces.

En éste caso, vale decir, el ente instructor aportó legalmente medios de convicción idóneos para ese efecto, los cuales fueron tenidos en cuenta por los juzgadores para dar por acreditado el referido ingrediente normativo del tipo.

En efecto, se tiene, en primer lugar, el estudio balístico que describe minuciosamente el arma de fuego y concluye su “buen estado de funcionamiento”.

Pero además, el perito aporta un dato trascendental al advertir que el número serial fue “eliminado”.

Dicha descripción, sobre la cual no ahondaron los sujetos procesales que intervinieron en el acto público del juicio oral –incluido el defensor técnico de GARCÍA MEDINA–, válidamente permitió colegir a los juzgadores, que el enjuiciado carecía del permiso de autoridad competente para su porte.

Pero no fue ese el único elemento de juicio que tuvieron en cuenta las instancias para establecer la responsabilidad del inculcado.

Efectivamente, tanto en el fallo de primer grado, como en el de segundo, los falladores abordan el análisis de los testimonios suministrados en el juicio oral por los patrulleros John Freddy Vásquez Pérez y Antonio Montoya Ramos, quienes hicieron saber bajo la gravedad del juramento no solo que el procesado GARCÍA MEDINA fue capturado en circunstancias de flagrancia cuando cometía el delito de hurto calificado, mediante el empleo de arma de fuego, sino también que al percatarse de la presencia de los uniformados, trató infructuosamente de deshacerse del aparato.

Dicha actitud, sin duda alguna, es sumamente indicativa de que el acusado no contaba con el permiso para el porte del artefacto bélico, pues, de llevarlo consigo, no habría intentado deshacerse del mismo, sino que, por el contrario, habría exhibido la autorización.

Con toda razón, el juez de conocimiento determinó que en estos casos, la persona suele presentar su salvoconducto para portar el arma de fuego, con el fin de evitar ser capturada y judicializada; incluso, ante la posibilidad de que en ese momento no lo lleve consigo, aún le queda la posibilidad de presentarlo en el curso de la investigación, con el fin de evitar una condena por el delito contra la seguridad pública.

Siendo ello así, es válido inferir que la no exhibición de la autorización expedida por las autoridades militares, permite establecer que la persona no cuenta con el riguroso salvoconducto, sin que ello implique una inversión de la carga de la prueba, pues, en

este particular asunto hay que tener en cuenta dos hechos adicionales que comprometen la responsabilidad del implicado, los cuales fueron mencionados con antelación: el número serial del artefacto había sido eliminado y cuando advirtió presencia policial, intentó deshacerse del revólver.

Es decir, no es, como lo plantea el demandante, que para la estimación del elemento objetivo alusivo al “sin permiso de autoridad competente”, el juzgado penal del circuito y el Tribunal apenas se ampararon en el resultado del estudio balístico, dejando de lado la realidad probatoria que se desprende de los elementos de juicio válidamente allegados, acorde con la cual, fueron varias las circunstancias fácticas tenidas en cuenta para establecer la responsabilidad penal de su prohijado.

Así, es indudable que con la eliminación del número serial, lo pretendido es ocultar el origen del arma y dificultar su identificación. Lo propio cabe decir del hecho de haber arrojado el arma de fuego cuando fue sorprendido por los gendarmes, pues, sin duda, ello se hizo con el vano afán de que el aparato no fuese decomisado y, consecuentemente, no pudiera verificarse que carecía de permiso para su porte.

Lo anterior quiere significar, conforme lo ha planteado la Corporación, que la Fiscalía sí cumplió con la carga procesal de sustentar el ingrediente típico del “sin permiso de autoridad competente”, con medios probatorios idóneos, representados en el dictamen balístico y en la prueba testimonial que incorporó en el juicio oral.

Para la Sala, entonces, la convergencia significativa de esos factores permite determinar que el fundamento probatorio tenido en cuenta en los fallos de las instancias para configurar el citado elemento objetivo del tipo, fue suficiente y apto; luego, ningún reparo cabe hacer frente a la subsiguiente estructuración de la conducta punible imputada.

Lo dicho quiere significar, que no se vulneró indirectamente la ley sustancial, por la aplicación indebida del artículo 365 del Código Penal y la consecuente inaplicación del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en tanto, los juzgadores A quo y Ad quem no incurrieron en el error de hecho por falso raciocinio invocado por el casacionista, quien se quedó corto en sus análisis, pues, apenas tomó en cuenta uno de los tópicos tenido en cuenta en los fallos, dejando de lado el riguroso examen de los restantes medios de convicción, desconociendo que solo a través de su examen conjunto es que se verifica la trascendencia del vicio denunciado.

En estas condiciones, el cargo postulado no tiene vocación de prosperidad. De ahí que no proceda casar la sentencia censurada.

#### DECISIÓN

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

#### RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria