



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP303 - 2022

Impugnación especial No. 56853

Acta No. 022

Bogotá D.C., nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Resuelve la Corte la impugnación especial presentada por la defensa de **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA**, contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la absolutoria expedida el 12 de junio de 2019 por el Juzgado 29 Penal del Circuito con función de conocimiento de la misma ciudad y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable como autor del punible de tráfico, fabricación,

porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones.

HECHOS

El 7 de abril de 2014, siendo aproximadamente las 1:40 a.m., miembros de la Policía Nacional acudieron a atender una riña al sector de la carrera 20 con calle 63sur de Bogotá. Al arribar al lugar, EVARISTO SINISTERRA GARCÍA intentó entregar a una mujer un arma de fuego, pero el artefacto cayó al piso, lográndose determinar que se trataba de una pistola calibre .357 magnum, marca Derringer, con número de serie 09026 –en su interior contenía dos vainillas-.

El elemento descrito fue incautado y EVARISTO SINISTERRA GARCÍA privado de la libertad, al establecerse que no contaba con autorización para el porte o tenencia de ese tipo de armas de fuego.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 8 de abril de 2014, ante el Juzgado 24 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se legalizó el procedimiento de captura de EVARISTO SINISTERRA GARCÍA. Seguidamente, la Fiscalía formuló imputación en su contra y le atribuyó la comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de armas de

fuego de defensa personal (artículo 365 ídem), cargos que no aceptó.

2. La Fiscalía 257 Seccional de Bogotá radicó el escrito de acusación en los mismos términos de la imputación. La actuación le correspondió al Juzgado 29 Penal del Circuito de la misma ciudad, despacho que el 26 de mayo de 2015 llevó a cabo la audiencia respectiva.

3. La fase preparatoria se materializó el 11 de diciembre de 2015 y el juicio oral se adelantó en audiencias del 21 de febrero de 2018, 4 de julio de la misma anualidad y 10 de abril de 2019, en esta última se emitió sentido de fallo absolutorio. Su lectura se llevó a cabo el 12 de junio siguiente.

4. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la revocó en sentencia del 27 de agosto de 2019 y, en su lugar, condenó a EVARISTO SINISTERRA GARCÍA como autor de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego de defensa personal, imponiéndole las penas de 108 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso¹. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

¹ No impuso la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

5. La defensa recurrió en impugnación especial y, surtido el traslado correspondiente a los no recurrentes, se allegan las diligencias a la Corte para resolver de fondo.

LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA

1. Primera instancia.

El *a quo* absolvió a **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA** por no encontrar acreditada la materialidad de la conducta punible de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones.

Consideró que el concepto del experto en balística, que daba cuenta de la idoneidad del elemento incautado para producir disparos, “*no puede ser valorado como...PERITO HOMOLOGO*”, en razón a que no se encontraban satisfechos los requisitos exigidos para acudir a un perito distinto al que rindió la base de opinión pericial.

Destacó que el objeto incautado al procesado no está sometido a procesos de degradación y, por tanto, la fiscalía estaba obligada a realizar una nueva experticia sobre el mismo, de acuerdo a providencias de esta Sala de 17 de septiembre de 2008 y 11 de diciembre de 2013, proferidas en los radicados 30214 y 40239, respectivamente.

Por considerar, entonces, que la fiscalía no acreditó que el elemento incautado era apto para producir disparos, absolvió al acusado de los cargos atribuidos.

3.2 Segunda instancia

El Tribunal explicó que la fiscalía, en el juicio oral, justificó la necesidad de acudir a un nuevo perito, el juez permitió la práctica y se garantizó la contradicción del concepto técnico a través del conainterrogatorio, sin que la defensa o el Ministerio público presentaran alguna objeción al respecto.

Precisó que la imposibilidad de asistencia del perito inicialmente designado se hallaba justificada y que no resultaba necesaria la realización de una nueva peritación ante la falta de *“certeza de que los resultados de la valoración del arma pueden mantenerse en razón al tiempo y la falta de uso de la misma”*². Por ende, consideró válida y necesaria la valoración del concepto del perito balístico que concurrió al juicio oral.

A continuación, abordó el análisis del material probatorio, frente al cual encontró acreditada la idoneidad del arma incautada a **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA** y la ausencia de autorización para el porte o tenencia de ese tipo de armas de fuego, hallando cumplidos, de esta manera, los

² Fol. 19 C. Tribunal.

presupuestos probatorios para dar por estructurada la conducta punible de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones y para responsabilizar al acusado como autor. En consecuencia, revocó la decisión absolutoria y condenó al implicado.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

El defensor de EVARISTO SINISTERRA GARCÍA solicita la nulidad de la actuación con el argumento que su representado estuvo privado de la libertad entre el 1° de febrero y el 5 de julio de 2016, en razón del proceso 11001600001320100125700, por cuenta del Juzgado 25 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, sin que hubiese sido citado o dispuesto su remisión a las audiencias programadas en ese lapso, lo que *“impidió que el INPEC lo trasladase al procesado a la audiencia del 14 de abril de 2016”*.

Sostiene que esta circunstancia es vulneradora del derecho de defensa del procesado, acorde con lo dispuesto en el artículo 457 del C.P.P., ante el incumplimiento de la obligación estatal de notificarlo de los autos y citaciones a audiencias.

Además, considera que se generó una limitación frente a la posibilidad de sostener comunicaciones entre el procesado y la defensa técnica, con el fin de poder desvirtuar los cargos formulados.

También se incumplió lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, en cuanto a la posibilidad de ser escuchado en juicio, lo que se erige en una irregularidad que no puede ser enmendada por otra vía, al no haber sido una situación coadyuvada por el defensor.

De otro lado, considera que no se reúnen los requisitos del artículo 381 del C.P.P. para dictar condena y que el Tribunal se equivocó al hacerlo con fundamento en la declaración del *“perito homólogo”*, a pesar que la defensa se opuso a *“su reconocimiento como perito como a su base pericial”*.

Argumenta que el peritaje se incorporó con la simple manifestación de la Fiscalía acerca de que el anterior perito ya no trabajaba en la institución y que las citaciones fueron remitidas a la dirección que tenía reportada en talento humano, sin que dichas circunstancias estén acreditadas y sin que se haya demostrado que la Fiscalía desplegó todos los medios posibles para ubicarlo.

Agrega que quien acudió como perito al juicio no tenía esa calidad *“para la época en que se hizo la experticia por parte del perito original”*, razón por la que no podía homologar la base pericial al desconocer *“si la entidad para la que trabajaba CARLOS HUMBERTO, tenía los instrumentos para*

realizar su experticia” y además al no saber cuáles fueron las herramientas utilizadas y si las mismas eran idóneas.

Destaca que el perito que concurrió a la audiencia no fue el mismo que se dispuso escuchar en la audiencia preparatoria, ni fue designado mediante resolución o acto administrativo, sino que simplemente fue enviado por “*su jefe, quien a última hora le dio la orden que fuera y se presentara a la audiencia*”. Y que la Fiscalía, en vista que el “*testigo original*” no llegó a la audiencia, decidió que se le nombraran “*un nuevo perito*”.

Argumenta que el nuevo perito no tuvo conocimiento directo de la prueba, que “*solo fue a leer lo que el otro había realizado sin ningún conocimiento de causa*”, sin conocer de los aspectos técnicos y de la fundamentación metodológica “*pues no era perito para esa época*”.

Manifiesta no compartir el análisis de materialidad de la conducta realizado por el Tribunal, por cuanto, a su modo de ver, existen dudas frente al elemento incautado, toda vez que el policía que intervino en el procedimiento inicial indicó que se trataba de un revólver calibre 38 y en la base de opinión pericial se señaló que era una pistola.

Además, alega que se trataba de un arma sin municiones, no idónea por lo que “*estaríamos frente a una*

falta de un requisito de la esencia, convirtiéndose en un elemento contundente en este caso pero no de fuego”.

Asegura que dicho artefacto, sin municiones, no logra “afectar” el bien jurídico de la seguridad pública y que a su representado no se le puede atribuir el portar partes esenciales al no haberse acreditado por la Fiscalía que se trataba de un “*traficante de partes de armas*”.

Insiste en lo atinadas que resultan las consideraciones del fallo de primera instancia y en las falencias de valoración de la sentencia del Tribunal, por lo que solicita que se revoque esta última decisión y se confirme la absolución de su representado.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Precisión inicial y delimitación del problema jurídico principal

En virtud de las directrices establecidas por la Corte desde en el proveído AP1263–2019, del 3 abril 2019 (radicado 54215), frente a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 235 de la Carta Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Penal es competente para resolver el mecanismo de impugnación propuesto por la defensa técnica de **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA**, en procura de la garantía del derecho a la doble conformidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el fallo de segunda instancia, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, revocó la absolución dispuesta por el juzgado *a quo* y, por primera vez, condenó a **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA** por el punible de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones.

En virtud del principio de limitación, la labor de la Corporación se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, estudio que, de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura

En este marco, corresponderá a la Sala: *(i)* determinar si se estructura alguna irregularidad sustancial que conlleve a la nulidad de la actuación, *(ii)* establecer la legalidad de la incorporación de la prueba pericial de balística forense, *(iii)* verificar si, como lo sostiene la impugnación, el Tribunal incurrió en algún yerro de juicio en el ejercicio de valoración probatoria y *(iv)* establecer si concurren los supuestos para dar por estructurada la conducta punible contra la seguridad pública.

2. Nulidad.

La defensa sostiene que la sentencia impugnada se dictó en un juicio afectado de nulidad, porque su representado estuvo privado de la libertad entre el 1° de

febrero y el 8 de julio de 2016, por cuenta de otro proceso, sin que hubiese sido citado o dispuesto su traslado a las audiencias programadas en ese lapso, lo que “*impidió que el INPEC lo trasladase al procesado a la audiencia del 14 de abril de 2016*”.

La jurisprudencia tiene dicho que quien alega una nulidad debe demostrar que en el curso de la actuación se presentó una irregularidad de carácter sustancial y que ésta afectó la plenitud de las formas propias del juicio o las garantías debidas a las partes e intervinientes (principios de acreditación y trascendencia).

Si estos presupuestos no se demuestran, o si la irregularidad denunciada no es sustancial, o siéndolo, es intrascendente, porque por ejemplo no logró afectar las garantías de la parte que la plantea, la alegación resulta superflua, en la medida que las nulidades se rigen por el principio de afectación material.

Revisada la actuación, se constata que la privación de la libertad de **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA** por cuenta de otra actuación, no se encuentra acreditada dentro de este proceso, puesto que no se aportó prueba alguna que así lo demuestre, situación que hace que el reparo resulte infundado, por ausencia de sustento fáctico.

Adicionalmente a esto, durante el lapso que la defensa alega que el procesado estuvo en reclusión -01 de febrero a 8 de julio de 2016-, en este asunto no se realizó ninguna

audiencia –la fase preparatoria se materializó el 11 de diciembre de 2015 y el juicio oral se inició el 21 de febrero de 2018-, ni se adoptaron determinaciones relevantes con incidencia en los derechos y garantías del procesado.

La única audiencia fijada en ese interregno, fue la convocada para el 14 de abril de 2016, la que no se pudo llevar a cabo por inasistencia del defensor público del acusado³.

Además, durante toda la actuación, el procesado fue debidamente citado a las audiencias, mediante comunicaciones remitidas a la dirección reportada desde los albores de la actuación -carrera 20 No 64-57sur barrio San Francisco de Bogotá-, lo que descarta la existencia de irregularidades sustanciales que pudieran haber afectado su derecho de defensa.

Las limitaciones de comunicación denunciadas por el defensor técnico –relacionadas con la falta de contacto con su representado y la posibilidad de que éste fuera escuchado en juicio- son atribuibles a **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA**, quien, formulada la imputación, se desentendió por completo del asunto, pese a conocer su existencia y de haber sido citado por el Juez de conocimiento y el Tribunal *ad quem* a las audiencias surtidas en primera y segunda instancia.

³ Fol. 55 C. Juzgado.

Por las razones que se dejan consignadas, la sala desestima las nulidades propuestas.

3. Legalidad de la incorporación de la prueba pericial de balística forense.

3.1. Línea jurisprudencial en cuanto a la indisponibilidad del perito que rindió la base de opinión pericial y la posibilidad de que uno distinto concorra al juicio oral a rendir el concepto científico, técnico, artístico o especializado.

En relación con esta temática, la Sala, en decisión CSJ, AP-822, 26 feb. 2014, Rad. 36.624⁴, hizo las siguientes precisiones:

La Corte ha dicho que aunque la normatividad reclama la presencia del experto en el juicio oral, nada obsta para que en casos excepcionales, de comprobada indisponibilidad del perito, una persona distinta, con conocimientos también especializados, pueda acudir a la audiencia del juicio oral a explicar y soportar sus conclusiones, con fundamento en el informe que contiene la base o fundamento de la opinión pericial solicitada.

Lo importante, en su criterio, es que el informe rendido por el perito contenga elementos descriptivos suficientes que le permitan al nuevo experto disponer de bases informativas sólidas para explicar adecuadamente los hechos o situaciones verificadas, los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de allí se deriven.⁵

⁴ Reiterada, entre otras, en CSJ, AP1139, 22 feb. 2017, Rad. 48.997.

⁵ C.S.J. Casación 30214, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras.

Esa tesis, ya se había acogido en la decisión CSJ, SP, 17 sept. 2008. Rad. 30.214 –citada por el juez *a quo*-, en la que se puntualizó:

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar.

De la misma manera, si se trata de expertos vinculados a la misma entidad y de dictámenes que obedecen a procedimientos estandarizados –dígase, para citar apenas un ejemplo, las pruebas realizadas para la detección de alcaloides y su naturaleza específica-, será mucho más elemental la tarea y mayor el grado de aceptación de lo dicho por el nuevo perito.

Más recientemente, en la decisión CSJ SP1864, 19 mayo de 2021, Rad. 55754, se precisó:

“Aunque por regla general se reclama la presencia del mismo perito que realizó el informe, pues es quien puede explicar los hallazgos, técnicas empleadas y conclusiones a las que arribó y consignó en el escrito, es factible, cuando exista una imposibilidad absoluta de que el referido experto rinda su versión en juicio, y por excepción, que concurra a la vista pública un perito diferente de aquél que elaboró el examen y presentó el informe.

Ante estos supuestos, la parte interesada debe poner en consideración del juez la circunstancia impeditiva, así como al nuevo perito que dará cuenta del informe que se hubiese rendido o que rendirá en la audiencia de juicio, a fin de que el funcionario judicial, si es del caso, avale la sustitución o disponga otros mecanismos para garantizar la declaración del perito inicial, en el evento que la circunstancia excepcional sea superable, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación de la prueba.⁶”

⁶ CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 30214; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239, CSJ AP, 26 feb. 2014, rad. 36624; CSJ AP, 19 ago. 2015, rad. 46312; CSJ AP, 27 abr. 2016, rad. 47764, entre otras.

De estas decisiones, se concluye:

- i) La regla general es que el perito que realizó la base de la opinión asista a la audiencia de juicio oral para que explique y fundamente los hallazgos, técnicas empleadas y conclusiones a las que arribó.
- ii) Ante la indisponibilidad comprobada del perito para asistir al juicio, se habilita la posibilidad que uno diferente concurra a la audiencia para que explique y sustente las conclusiones de la pericia.
- iii) En este caso, es condición sine qua non para la procedencia de la prueba, que la base de la opinión pericial contenga suficiente información descriptiva que le permitan al nuevo experto disponer de bases sólidas para explicar adecuadamente las situaciones verificadas, los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de allí se deriven.

3.2. Caso concreto.

3.2.1. Tal como lo plantea la defensa, en la audiencia preparatoria se admitió el informe pericial presentado por el experto en balística Carlos Humberto Ordoñez Vargas, y se dispuso escuchar su declaración en el juicio oral.

No obstante, quien concurrió al debate probatorio fue Fabio Ortiz Barragán, servidor de Policía Judicial adscrito a la SIJIN, también experto en balística, con dos años de

experiencia en dictámenes de esta naturaleza, en atención a que Carlos Humberto Ordoñez Vargas no se hallaba disponible, situación que la fiscalía justificó afirmando que, (i) se había retirado de la policía, y (ii) no había sido posible su ubicación a pesar de las citaciones enviadas a la dirección registrada en la Dirección de la Policía Metropolitana de Bogotá.

En el marco de estas afirmaciones justificativas, la fiscal expuso que el retiro de la Policía Nacional se soportaba en el escrito firmado por la Mayor Claudia Patricia Suárez Carrillo –adscrita al grupo de Talento Humano de la Policía Metropolitana de Bogotá- y, además, que las citaciones para audiencia se podían verificar con los oficios remitidos a la dirección que reportaba en la aludida oficina de Talento Humano.

Es decir, que los motivos que generaban la situación de indisponibilidad contaron con soporte documental en el juicio, lo cual habilitaba a la parte interesada para presentar un perito distinto, que explicara y sustentara el informe suscrito por quien por razones debidamente justificadas no se hallaba disponible.

Por tanto, de considerar la defensa que las razones expuestas por la fiscalía no eran suficientes para tener por acreditada su indisponibilidad, o que el informe no contenía los datos requeridos para realizar en el juicio un debate integral en torno a sus fundamentos, debió plantearlo de esa

manera y oponerse a su práctica, exponiendo y sustentando las razones de su inconformidad.

No obstante, ningún esfuerzo realizó en esa dirección. Sus cuestionamientos se sustentaron en razones puramente administrativas (que el nuevo perito no fue designado mediante acto administrativo, desconociendo que se trataba de un servidor de policía judicial adscrito a la Sijin)⁷, sin realizar referencia alguna a las posibles deficiencias de la información incorporada en la opinión pericial, la que conocía en razón a que fue debida y oportunamente descubierta por la fiscalía.

Durante el interrogatorio cruzado, la defensa tampoco se refirió a falencias informativas de la base pericial con el fin de descalificar la procedencia de su fundamentación por parte de un tercero, pues se limitó a tocar aspectos relacionados con los datos de acreditación del nuevo perito, algunas inconsistencias vinculadas con el tipo de arma y el procedimiento utilizado para establecer su aptitud, todos orientados minar su idoneidad, confiabilidad y credibilidad.

Contrario a lo manifestado por la defensa, en el sentido que el nuevo perito solo asistió a la audiencia a leer lo consignado por el anterior, lo que se establece del estudio de la actuación es que no solo tuvo en cuenta sus hallazgos, sino que, apoyado en los conocimientos adquiridos, explicó

⁷ Sesión de juicio oral de 4 de julio de 2018. 18' 46" a 19' 11".

de manera clara y fundada la labor desarrollada por éste, los procedimientos e instrumentos utilizados y sus inferencias, lo cual le permitió avalar sus conclusiones en cuanto que el arma examinada correspondía a una pistola calibre .357 magnum, marca Derringer, con número de serie 09026, apta para producir disparos.

3.2.2. En conclusión, la Sala no advierte ilegalidad alguna en al proceso de incorporación y valoración de la prueba pericial de balística, pues aparece claro que, i) la fiscalía demostró la indisponibilidad del perito, (ii) la información que contenía la base de opinión pericial resultaba suficiente para su contradicción en el juicio, y (iii) la defensa contó con la oportunidad de ejercer el derecho de controversia.

4. De la valoración probatoria.

La Sala anticipa que las censuras planteadas por el abogado del procesado en torno a la valoración de las pruebas resultan infundadas y que los presupuestos requeridos para emitir decisión de condena se hallan reunidos.

En primer lugar, no existen dudas en cuanto a que el arma de fuego que activó la intervención judicial fue incautada al procesado EVARISTO SINISTERRA GARCÍA, según se establece de lo informado por los funcionarios de la Policía Nacional que declararon en el juicio oral, quienes

suministraron detalles del momento en que el arma cayó al suelo, cuando SINISTERRA GARCÍA intentó entregarla a una mujer, lo que dio lugar a su aprehensión y a la incautación del artefacto.

Quedó igualmente establecido que el procesado no contaba con autorización para portar la pistola calibre .357 magnum, marca Derringer, con número de serie 09026, que le fue incautada, aspecto del que informa el jefe del Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia, quien señaló que EVARISTO SINISTERRA GARCÍA “*no aparece registrado como poseedor legal de armas de fuego*”⁸.

Se determinó, asimismo, con la prueba de balística, que el arma que portaba EVARISTO SINISTERRA GARCÍA correspondía a una pistola calibre .357 magnum, marca Derringer, con número de serie 09026, y que era idónea para producir disparos.

El impugnante cuestiona la aptitud demostrativa de esta prueba a partir de controvertir la idoneidad del perito Fabio Ortiz Barragán, con el argumento que, para el momento de la realización de la base de opinión pericial, no era técnico en balística y, por tanto, no tenía los conocimientos requeridos para evaluar los instrumentos utilizados, ni su idoneidad.

⁸ Fol. 77 Carpeta Juzgado.

Esta afirmación carece de fundamento, porque en el curso del juicio oral se logró acreditar que Fabio Ortiz Barragán ya había culminado el curso de balística y tenía dos años de experiencia realizando dictámenes de esa naturaleza en la sección de criminalística de la Sijin de la Policía Nacional, y por ende, que estaba capacitado para explicar los procedimientos realizados por su antecesor, describir los instrumentos, metodología utilizada y, lógicamente, sustentar la fiabilidad de las conclusiones sobre la idoneidad del arma de fuego.

La defensa también cuestiona la pericia por advertir una inconsistencia entre el acta de incautación y la base de la opinión pericial, pues mientras en aquella se alude a un revólver, en ésta se habla de una pistola. Esta circunstancia, sin embargo, fue debatida en el juicio, lográndose clarificar que quienes incautaron el arma la describieron como un revólver por sus características externas, pero técnicamente se estableció que se trataba de una pistola, por tratarse de un arma que *“presenta dos cañones superpuestos”* y, especialmente, por el mecanismo de carga.

El perito en balística explicó que el arma es recibida por el técnico balístico y que en la base de opinión pericial se registra *“como llega, como la persona que la incautó la describió, es la descripción que le da ese policía. Ya cuando llega al laboratorio se destapa el contenedor, se observa el elemento, después de describirlo, técnicamente nosotros*

decimos si es pistola o es revólver. En este caso es una pistola teniendo en cuenta sus características técnicas⁹.

A la pregunta de la fiscal sobre las características del arma y, específicamente, del elemento que permitía clasificarla como pistola, el perito respondió: “... *para que sea pistola la forma de carga de ellas tienen que ser por un magazín, un cargador que se introduzca dentro del elemento. En este caso, se introducen los dos cartuchos, teniendo en cuenta que son dos cañones los que presenta esta arma, se introducen dos cartuchos dentro de su recámara y por eso se determina que es tipo pistola¹⁰*”. Y en relación con los mecanismos de carga, explicó: “*revólver tiene un tambor donde se introducen los proyectiles y este tambor gira, revuelve para que se dé el término de revólver*”.

Para un debido entendimiento de lo sucedido, es importante tener en cuenta que la descripción efectuada por los servidores de la policía al momento de la incautación - replicada en la cadena de custodia-, se realizó a partir de la simple observación visual del arma, la que tenía unas características poco usuales, por presentar “*dos cañones superpuestos basculantes*” y ser “*compatible con el calibre .38 especial*”.

⁹ Sesión de juicio oral de 4 de julio de 2018. 40' 53" a 41' 23".

¹⁰ Sesión de juicio oral de 4 de julio de 2018. 41' 37" a 42' 16".

Debe igualmente atenderse, que la calificación inicial del arma, efectuada por los policías que la incautaron, fue tomada en cuenta por el experto en balística, lo que lo obligó a exponer los fundamentos para sostener que realmente no era un revólver, sino una pistola, conclusión que cuenta con una clara y detallada explicación técnica.

5. De la estructuración de la conducta punible contra la seguridad pública.

La defensa afirma la ausencia de antijuridicidad de la conducta, por considerar que el arma, desprovista de municiones, carece de capacidad para poner en efectivo riesgo el bien jurídico de la seguridad pública.

Esta controversia ya ha sido abordada por la Sala en oportunidades anteriores, en las que ha concluido, al unísono, que esta particularidad no torna inocua la conducta. En decisión CSJ, AP 21 oct. 2009, rad. 32.004, puntualizó:

La conducta referida (...) esto es, la de portar un arma que carece de mecanismos para disparar o que se encuentre averiada o en estado de deterioro y que por lo mismo se reporta con alcances de inocuidad, valga decir, carente de lesividad por su imposibilidad de producir un daño o peligro efectivo al bien jurídico, **no es dable equipararla a los eventos en que la misma no aparece “cargada”**.

Plantear que en los casos de llevar consigo un revólver o una pistola pero sin munición es viable la valoración de ausencia de antijuridicidad y la correlativa absolución, como es el planteamiento que formula el casacionista en éste cargo, no

deja de ser una ingenuidad dogmática que de acogerse por vía de la jurisprudencia, de una parte, sería contrario al principio de reserva o de estricta legalidad, y de otra, implicaría desconocer que los comportamientos así dados generan un riesgo de perjuicio no abstracto sino efectivo y por ende son punibles.

En ningún escenario y menos en el de la jurisprudencia penal, por ejemplo, se proyecta viable, racional ni jurídico llegar a disponer a través de la exclusión de la antijuridicidad material, que la importación, tráfico, fabricación, reparación, almacenamiento, conservación, adquisición o suministro o porte sin permiso de autoridad competente de un arma de uso privativo de las fuerzas militares pero que no se halle con su carga o sin municiones deje de ser conducta punible por ausencia de lesividad.

En el mismo sentido, se había pronunciada en el auto del 26 de marzo de 2009, rad. 30.769, donde precisó:

Con la modificación a las leyes 599, 600 de 2000 y 906 de 2004 contenida en la Ley 1142 de 2007, se ofrece indiscutible concluir que su finalidad estuvo inequívocamente dirigida a adoptar medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva; de donde resulta de forzoso discernimiento precisar que no fue la intención del legislador -entre otras- despenalizar la conducta punible de porte de armas cuando aquella se lleve sin la respectiva munición; contrario sensu, estuvo guiada a *aumentar la pena*.

Conforme a estos criterios, es claro que la conducta desplegada por EVARISTO SINISTERRA GARCÍA resulta penalmente relevante, puesto que además de adecuarse en la descripción típica del artículo 365 del Código Penal, que sanciona el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, es también antijurídica. Por tanto, se confirmará la decisión impugnada.

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

PRIMERO: Confirmar el fallo proferido el 27 de agosto de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que por primera vez condenó a **EVARISTO SINISTERRA GARCÍA** como autor del punible de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones.

SEGUNDO: Informar a las partes e intervinientes que contra la presente decisión no proceden recursos.

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



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

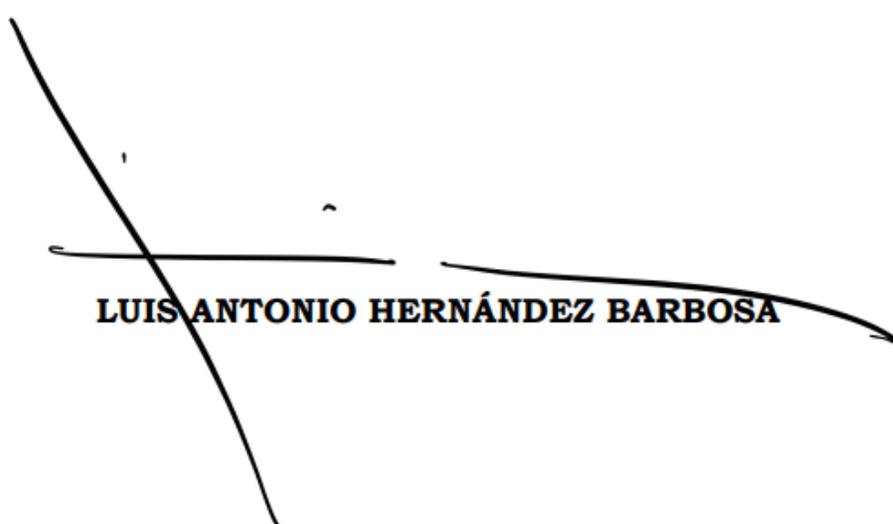


GERSON CHAVERRA CASTRO

022



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria