

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
MARIO CORTÉS MAHECHA

Radicación:	11001 60 00019 2018 05517
Contra:	Hugo Andrés Lombana Lombana
Delito:	Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.
Procedencia:	Juzgado 3º Penal del Circuito especializado
Motivo:	Apelación de sentencia condenatoria
Decisión:	Modifica y confirma
Aprobación:	Acta N° 132

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público y la defensa en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que condenó a **Hugo Andrés Lombana Lombana** por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

HECHOS

El 2 de agosto de 2018, a las 8:44 de la mañana, miembros de la Policía Nacional sometieron a registro personal a **Hugo Andrés Lombana Lombana** a la altura de la carrera 78K con calle 35C sur de esta ciudad,

hallando en su poder seis cartuchos calibre 7.62 mm, por cuya razón procedieron a su captura y judicialización.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 3 de agosto de 2018 y ante el Juzgado Once Penal Municipal de Bogotá, se legalizó la captura y se formuló imputación a **Lombana Lombana** como presunto autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

Presentado el respectivo escrito de acusación, el asunto correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, que celebró la audiencia de formulación el 4 de febrero de 2019, mientras la preparatoria el 19 de febrero de 2020.

Realizado el juicio oral y anunciado el sentido del fallo, el juez profirió la sentencia condenatoria correspondiente, recurrida por el delegado del Ministerio Público y la defensa.

SENTENCIA APELADA

El *a quo* estimó que las pruebas practicadas bastan para acreditar la ocurrencia de la conducta atribuida y la responsabilidad del acusado en su comisión. Al respecto, se refirió al testimonio del efectivo policial Edilberto Pérez García, así como a las estipulaciones probatorias celebradas por las partes, esto es, los resultados del informe de balística del 2 de agosto de 2018 y lo relativo a la inexistencia de autorización en cabeza de **Lombana Lombana** para el porte de elementos de la naturaleza de los incautados.

En su criterio, el acusado conocía la ilicitud de su proceder, en tanto la causa del registro efectuado por los agentes del orden consistió en su actitud nerviosa al notar la presencia de éstos.

Al dosificar la pena, fijó los extremos que oscilan entre 132 y 180 meses de prisión, dentro de los cuales se ubicó en el primer cuarto, encontrando insuficiente el límite inferior, en tanto las municiones encontradas son "*elementos altamente lesivos para la comunidad*", pues pueden ser empleadas con "*ametralladoras y fusiles*", además de considerar ostensible "*su intención dolosa*", porque "*conocía la infracción penal cometida*", al punto de notarse "*su nerviosismo...*". En esas condiciones, le impuso 138 meses de prisión a título principal, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicos por el mismo lapso.

Finalmente, atendiendo el factor objetivo al que aluden los artículos 63 y 68B del Código Penal, respectivamente, negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

RECURSO DE APELACIÓN

1. Para el procurador delegado, el juez partió de un criterio de responsabilidad objetiva y "*no aplicó las reglas de la sana crítica de un derecho penal de acto, sino de autor*". Llamó la atención sobre el hecho de que el patrullero Edilberto Pérez García fue el único testigo de cargo y postuló que, pese a haberse demostrado el componente objetivo de la tipicidad, no ocurrió lo mismo con el aspecto subjetivo, en tanto no se probó que el acusado "*conociera los hechos constitutivos de la infracción penal*" y es así como "*ningún despliegue investigativo se desarrolló en orden a establecer el quehacer de este ciudadano...*".

Según señaló, acoger la postulación del ente de persecución supondría “*presumir la culpabilidad del ciudadano*”, sin que la estipulación incorporada al juicio baste para probar que éste carecía del permiso para el porte de armas de fuego. En ese sentido, resaltó cómo “*lo que satisface la estipulación antes mencionada, es que el inculpatado no podía portar ‘armas’ de esa magnitud, debiéndose enfatizar que al señor HUGO LOMBANA no le fue incautado ningún tipo de arma, sin que sobre agregar que no resulta técnica, literal ni jurídicamente comparar <sic> un arma con una munición*”.

Rechazó la decisión de concluir como suficiente la actitud aparentemente nerviosa del acusado al momento de su captura para dar por demostrado su conocimiento de la ilicitud del comportamiento. Similarmente, demandó verificar el efectivo riesgo para el bien jurídicamente tutelado, en tanto “*la fiscalía no hizo ningún esfuerzo investigativo para establecer si las instituciones armadas vieron en peligro su misión de seguridad pública por privarse de esa cantidad de munición...*”. Además, reprochó las consideraciones relacionadas con los antecedentes penales del ciudadano, pues ello resulta “*peligrosista*”.

Pidió así revocar la sentencia y, en su defecto, redosificar la pena impuesta, por estimarla excesiva.

2. El defensor cuestionó al juez por no aplicar la circunstancia de marginalidad que solicitó en su momento, pues “*pese a no establecer con exactitud la habitualidad <sic> de calle del señor **Humberto Andrés Lombana**, esto no significa que su falta de arraigo, ubicación, consumidor de bazuco por 10 años y no comprender su ilicitud en llevar consigo y haberse encontrado las municiones*” impidiese valorar dicha circunstancia. En su sentir, la exigencia probatoria requerida para el efecto resulta “*sumamente severa*”, teniendo en cuenta que aquello que configura la marginalidad implica “*que no tiene un sitio de vivienda dónde ubicarlo, que es consumidor de*

sustancias alucinógenas y por ende es una persona en situación de vulnerabilidad...”.

Consideró, de otro lado, que no hay justificación para no aplicar el extremo mínimo, en tanto concurren cuatro circunstancias de menor punibilidad.

Adicionalmente, indicó que de la declaración del patrullero Pérez García no se extrae la actitud sospechosa del acusado, pues ni siquiera se encontraba oculto y, además, las municiones, contrario a lo que enseñaría la experiencia, las tenía simplemente en un bolsillo de sus prendas de vestir y de hecho colaboró durante el proceso de registro. Insistió en que éste consumía bazuco desde hacía más de diez años y postuló que su negativa a firmar el acta de incautación de los elementos pudo responder a la circunstancia de no reconocer como suyo el material bélico incautado.

Resaltó, como lo hizo también en los alegatos de conclusión, que el procesado no firmó las actas elaboradas por los policiales captadores, no aportó dirección de arraigo y esos documentos no cuentan con los últimos dígitos del código único de investigación.

En su opinión, los antecedentes referidos por la Fiscalía no tienen ya vigencia, por cuya razón no debió emplearlos la judicatura en sus consideraciones. En todo caso, estimó no probado que las municiones tuviesen la entidad para lesionar el bien jurídicamente tutelado, y aun cuando sí juzgó establecido que el procesado no tenía permiso para portar armas de fuego, se trata, añadió, de un concepto distinto al de los elementos hallados en su poder.

De esa manera, solicitó revocar la condena y, en su lugar, proferir absolución. Subsidiariamente, demandó reconocerle la circunstancia de marginalidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No se remite a duda que el 2 de agosto de 2018 **Hugo Andrés Lombana Lombana** portaba seis cartuchos calibre 7.62 mm., los cuales son compatibles para su uso “*en armas de fuego tipo fusil y ametralladoras de igual calibre*”, hecho este último del cual da cuenta el informe de balística suscrito por el subintendente Álvaro Fabián Gómez Clavijo y, por lo demás, fue objeto de estipulación probatoria durante el juicio oral.

Acorde con el literal d) del artículo 8º del Decreto 2535 de 1993, “*son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública*” las “*armas automáticas sin importar el calibre*”. Y, de conformidad con el literal j) ibídem, también lo son “*las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores*”.

Exige el artículo 366 del Código Penal, modificado por el artículo 20 de la Ley 1453 de 2011, que ese tipo penal se configura cuando quien porta los elementos bélicos allí referidos no cuenta con permiso de autoridad competente para ese efecto. Sin embargo, en la medida en que el artículo 14 del precitado Decreto 2535 prohíbe la posesión de artefactos de esa naturaleza (los de uso privativo de las Fuerzas Armadas) “*en todo el territorio nacional*”, la discusión sobre si el procesado tenía o no autorización para llevar consigo los mencionados cartuchos se torna inane.

De todas maneras, en la audiencia del 4 de agosto de 2020 la Fiscalía General de la Nación, con la expresa aquiescencia de la defensa, socializó la estipulación consistente en dar por probado el contenido de la constancia del CINAR, en la cual se certifica “*que no se encuentra... ningún permiso de porte de armas de fuego ni municiones*”.

Pese a lo anterior, la defensa y el Ministerio Público pretenden que se distinga entre la autorización relativa al arma y aquellas que versan sobre la munición. Empero, como quedó visto, la estipulación comprende no sólo lo relativo al porte de armas sino, además, de municiones.

Sobre este particular, de relevancia resulta lo señalado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en SP1960 del 1º de junio de 2022, rad 49981:

“El acuerdo probatorio implica una renuncia a presentar pruebas en orden a demostrar un hecho que puede resultar importante para las partes, por ello, la estipulación debe ser postulada en términos claros y precisos, que permitan establecer cuál supuesto fáctico del tema de prueba será sustraído del debate. De ahí que las partes no puedan retractarse de lo convenido, pues al hacerlo, su contraparte no tendría otra oportunidad procesal para solicitar los medios de prueba encaminados a demostrar el hecho acordado”.

En tales condiciones, el ente acusador optó por estipular lo relacionado con el elemento normativo del tipo penal, esto es, la ausencia del permiso de autoridad competente, por cuya razón desistió de la práctica del testimonio que permitiría probar dicha situación. Aceptar la posición hermenéutica propuesta por los censores transgrediría el principio de lealtad y, de paso, la posición pacífica y reiterada de la alta Corporación en cita sobre el tema.

Por consiguiente, desde la perspectiva netamente objetiva, se reúnen los elementos descritos por el tipo penal para la configuración de la conducta en cuestión.

Reclama el Ministerio Público que en este caso la judicatura presumió la responsabilidad del acusado, pese a no haberse adelantado una indagación suficiente para establecer que él habría podido conocer la

ilicitud derivada del porte de los elementos incautados. Postula de esa forma, es de advertir, la ausencia de tipicidad subjetiva en el comportamiento del aludido.

Al respecto, en el juicio oral Edilberto Pérez García afirmó que el día de los hechos con su compañera de patrulla “[*observaron*] a un sujeto que al notar la presencia de la policía asume una actitud sospechosa”, por cuya razón le solicitaron un registro personal, y al preguntársele por las balas halladas en su poder, indicó que “*él las cargaba, que las había encontrado y que las portaba*”.

Según los recurrentes, el juez dio un alcance indebido a la descripción que de la conducta del procesado hizo el efectivo policial previo al hallazgo de la munición. Sin embargo, no ve la Sala de qué forma haya el juzgado entendido equivocadamente el testimonio del uniformado, pues éste de manera clara afirmó que, precisamente, la actitud asumida por el acusado los llevó a someterlo a registro personal.

Por lo demás, enseña la experiencia que las armas de fuego tienen presencia constante en el país, particularmente, en los sectores más marginales y expuestos a fenómenos violentos. La hipótesis que sugieren los recurrentes supondría ignorar que las armas son empleadas de manera constante para la ejecución de otros comportamientos delictivos y que, para ese efecto, se requiere la respectiva munición.

Ciertamente, Fiscalía y defensa acordaron estipular que, al ser valorado por el profesional adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal el 2 de agosto de 2018, **Lombana Lombana** manifestó -como así se reporta en el informe pericial de clínica forense incorporado como sustento del acuerdo probatorio- haber consumido bazuco durante diez años. Sin embargo, tal situación resulta insuficiente para afirmar que el procesado se encontraba en alguna situación que demandara consideración especial,

esto es, en posición de vulnerabilidad o extrema ignorancia, al punto de llevarlo a recoger en algún lugar seis proyectiles de arma de fuego, sin saber de qué se trataba ni las implicaciones penales de ese comportamiento.

Con todo, el conocimiento de la naturaleza especial de las municiones que el acusado portaba al momento de su captura demanda la aplicación de un criterio distinto. En efecto, el artículo 365 del Código Penal sanciona el porte de armas, sus partes o accesorios esenciales y municiones "*de defensa personal*", de conformidad con el artículo 11 del Decreto 2535, en precedencia citado, estableciendo prisión de 9 a 12 años, mientras que el artículo 366 de la norma sustantiva establece el delito por el cual se condenó al acusado, determinando prisión que oscila entre 11 y 15 años, es decir, que contempla una respuesta punitiva más severa.

Por su parte, el mencionado Decreto determina la clasificación de los elementos bélicos a los cuales hace alusión el Código Penal. Sin embargo, no hay razones que permitan suponer que el conocimiento requerido para distinguir entre una y otra clase de objetos bélicos es de común acceso. La actitud sospechosa, que no es otra cosa que la reacción a la presencia de la fuerza pública por parte de quien sabe que está actuando de manera contraria a derecho, no permite suponer que **Lombana Lombana** era consciente de que, por ejemplo, el proyectil empleado por un revólver calibre 38 y aquel necesario para el funcionamiento de una ametralladora, como ocurre en este caso, tienen un manejo normativo distinto e implican un juicio de reproche de severidad disímil.

Correspondía entonces a la Fiscalía probar que por sus antecedentes personales, profesionales o laborales, el prenombrado debía estar en condiciones de distinguir entre una munición propia de un arma de defensa personal y aquellas de uso privativo de las fuerzas armadas, como componente esencial del tipo penal objeto de acusación. Dicha situación,

empero, no debe conllevar a la absolución del procesado, como así lo pretenden los censores, pues lo cierto es que, como ya se indicó, está probado que el aludido era consciente de que en su poder tenía unos proyectiles y que tal acción se encuentra condicionada a la expedición de un permiso por cuenta de la autoridad competente.

Ahora bien, cuestionan los recurrentes la demostración de la antijuridicidad del comportamiento, reclamando que la Fiscalía debía acreditar el daño o amenaza para el bien jurídicamente tutelado. Su argumentación olvida, sin embargo, que los delitos relacionados con el porte de armas de fuego tienen el común denominador de ser de peligro abstracto, por cuya razón no debe probarse la ocurrencia de un perjuicio en específico.

En efecto, aquello por lo que propende el legislador es el respeto por el monopolio que el Estado debe tener sobre la fabricación, importación o suministro de distintos elementos bélicos, partiendo de la idea de que las transgresiones a ese privilegio conllevan una amenaza cierta para distintos intereses de la comunidad, tales como la seguridad pública, el patrimonio o la integridad física. Mucho menos puede pedirse a la Fiscalía, como así lo hizo el representante del Ministerio Público, demostrar que el porte de los objetos de uso privativo implicó una restricción correlativa para las Fuerzas Armadas del uso de los mismos, en tanto no es este el sentido que dio el legislador a la disposición normativa.

Por demás, los artículos 365 y 366 del Código Penal, específicamente, hacen alusión a la tenencia de municiones, no solamente de las armas con las cuales aquéllas pueden ser empleadas, y la descripción típica no ha sido objeto de modificación.

Es de señalar que desde sus alegatos, la defensa ha postulado el reconocimiento de la circunstancia contemplada en el artículo 56 del Código

Penal. Empero, más allá de indicarse que el procesado había consumido bazuco durante los diez años previos a su aprehensión, ningún elemento se aportó que permita suponer que tal situación incidió en la ejecución del comportamiento que se le atribuye.

En efecto, el efectivo policial captor indicó que **Hugo Andrés Lombana Lombana** se veía como una persona “*normal*” y no distinguió características propias de un habitante de calle. La defensa cuestiona la credibilidad de su testimonio, pero ningún esfuerzo desplegó para demostrar algo distinto. Aunque cierto resulta que es común que quienes se encuentran en situaciones de indigencia carecen de domicilio, lo cual lleva a dificultades en su ubicación y citación, pudo el profesional del derecho acudir a otros medios para determinar que aquél, en efecto, hacía parte de una población especialmente vulnerable, tales como consultar en la Secretaría de Integración Social o en los distintos programas para la atención a población en situación de calle.

Recuérdese que la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema debe materialmente incidir en la ejecución del comportamiento delictivo. Inclusive, si se afirma que el procesado era consumidor habitual de estupefacientes, correspondía a su defensor probar que esta situación fue determinante para la comisión de la conducta punible.

Como ello no ocurrió, no puede la Sala acoger la postulación de la defensa.

En suma, se reformará el fallo de condena para, en su lugar, declarar a **Hugo Andrés Lombana Lombana** responsable por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, de conformidad con el artículo 365 del Código Penal. Esta conducta contempla pena que oscila entre 9 y 12 años de prisión. Aun cuando el juez se separó del mínimo, en atención al especial peligro que los elementos de esta

naturaleza representan para la seguridad pública y el particular dolo ostentado por el autor, lo cierto es que tales valoraciones no satisfacen los criterios previstos en el artículo 61 del Código Penal.

En efecto, es cierto que el porte de armas de fuego y sus municiones sin permiso de la autoridad competente representa un riesgo para la seguridad pública al afectar el monopolio que el Estado tiene sobre esos elementos. Sin embargo, el juicio de desvalor sobre esa amenaza se encuentra contenido en la norma penal, el cual prevé sanción considerable para quienes incurran en dicho comportamiento, y ninguna de las razones ofrecidas por el *a quo* permiten suponer que la conducta desplegada por **Hugo Andrés Lombana** sea especialmente grave.

Similarmente, en lo relativo al dolo, el componente subjetivo del ilícito es aquel que se requiere para declarar la responsabilidad penal y ninguno de los elementos discutidos en el juicio lleva a suponer que haya un mayor grado de intencionalidad al punto de justificar la imposición de una sanción superior a aquella que estableció el legislador, especialmente, porque aunque el procesado sí portaba las municiones, nada lleva a pensar que en su poder también tenía algún arma con la cual éstas pudiesen ser empleadas o que de alguna manera planeaba ponerlas a disposición de un tercero.

Basten estas razones para concluir que el mínimo de la sanción, esto es, 108 meses de prisión, resulta justo, proporcional y razonable, por cuya razón se modificará el fallo en ese sentido. Dicho guarismo se extenderá también a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la pena accesoria de privación del derecho a portar armas de fuego, se debe traer a colación lo dicho en sentencia del 3 de

abril de 2008, rad. 23682, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Aquí es importante señalar que si tanto la parte considerativa o motiva de una decisión judicial, como la resolutive, conforman un todo, no es de recibo escindirlas en procura de obtener beneficios derivados de anfibologías inexistentes, pues está claro que la segunda es consecuencia de la primera y que por tanto, aquella le da sentido y dota de razón y sustento a ésta, por manera que la significación de lo decidido se encuentra profusamente desarrollada en la parte considerativa, motivo por el cual, ante falencias de entendimiento, claridad o yerros en la parte resolutive, se impone acudir a las motivaciones y consideraciones expuestas para desentrañar el alcance de un tal proveído”.

En ese entendido, en la sentencia indicó el juzgado: *“Además, se le impondrá la privación del derecho a la tenencia y porte de armas prevista en el artículo 49 del C.P.”.* Aunque esa disposición no se incluyó en el acápite resolutive de la providencia objeto de recurso, para fijar el alcance de la misma debe acudirse a la posición plasmada en las consideraciones y entender entonces que constituyó intención del *a quo* imponer la referida accesoria en proporción similar a la determinada para la pena privativa de la libertad.

Por consiguiente, atendida la modificación efectuada por la Sala, se precisará que la aludida sanción se fija por el lapso de un año, correspondiente al mínimo previsto para la misma por el artículo 51 del Código Penal.

De otro lado, se mantendrá incólume lo relativo a la negativa a conceder la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por no cumplirse el presupuesto objetivo para la aplicación de esas figuras.

Cuestionaron los recurrentes, finalmente, que en la sentencia el *a quo* hizo alusión a los antecedentes penales de **Lombana Lombana**, pese a carecer de vigencia en el momento de la emisión del fallo. Empero, lo relativo al carácter de infractor reincidente del procesado únicamente se empleó por el juzgador para reforzar la conclusión relativa a la naturaleza culpable de su conducta, atendiendo el conocimiento que debería tener de las finalidades del proceso penal y la actividad resocializadora del Estado.

Así, pues, de un lado, ninguna incidencia tiene en la conclusión a la cual llegó la judicatura frente a la intencionalidad subyacente a la infracción de la norma penal, en tanto el conocimiento y capacidad para determinarse de conformidad con esa comprensión tiene su fundamento en elementos de juicio distintos a sus antecedentes personales. Y, del otro, ese aspecto no fue utilizado para efectos de valorar la conducta desplegada en el acápite de determinación de la punibilidad, para cuyo propósito únicamente se tuvo en cuenta la lesividad concreta que, a juicio del fallador, ostentó el comportamiento ejecutado por el procesado, criterio del cual, advertido sea, se separó la Sala, imponiendo al acusado el mínimo del rango de movilidad aplicable al delito.

Por lo expuesto, la **Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: **Modificar** el ordinal segundo del fallo impugnado para, en su lugar, condenar a **Hugo Andrés Lombana Lombana** a la pena principal de 108 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de fabricación,

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones por el mismo lapso.

Segundo: Precisar que la sanción accesoria de privación del derecho al porte y tenencia de armas de fuego tiene como duración el término de un (1) año.

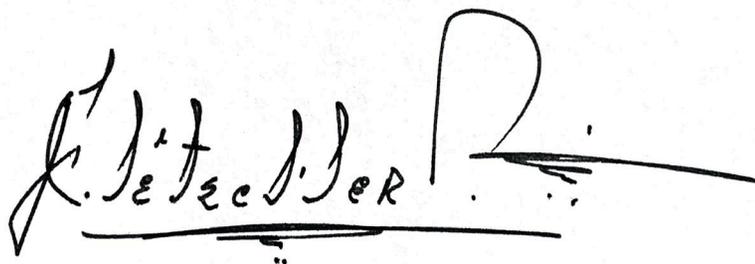
Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Cuarto: Declarar que contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación.

Quinto: En firme esta decisión, **devuélvase** la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIO CORTÉS MAHECHA
Magistrado



JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Magistrado

Radicación: 110016000019201805517
Contra: Hugo Andrés Lombana Lombana
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas,
municiones de uso restringido, de uso privativo de
las fuerzas armadas o explosivos



JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS
Magistrado
Salvamento parcial de voto