

 <p>JUSTICIA PENAL BUGA</p>	<p>AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA</p>	
<p>Código: GSP-FT-46</p>	<p>Versión: 1</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO

Radicación: 76275-60-00-174-2022-00137-01

Procesado: Miguel Ángel Ocampo Ortiz

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones.

Guadalajara de Buga, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 449

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la Defensa contra el auto interlocutorio No. 63 del 5 de mayo de 2023, providencia mediante la cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Palmira negó la solicitud de preclusión de la investigación adelantada contra el señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz ante la presunta comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones.

2. ANTECEDENTES

2.1. El 5 de julio de 2022, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida le impartió legalidad a la captura en flagrancia del señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz. La Fiscalía le formuló imputación por la presunta comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, y se le impuso una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, con fundamento en los siguientes hechos:

«Los hechos que dan origen a esta imputación son los que ocurrieron ayer, cuando el señor Miguel Ángel transitaba por la calle y los policías lo vieron en actitud sospechosa, entonces fueron a hacerle un registro a persona y le hallaron en su pretina de jean un arma de fuego, tipo pistola, traumática, calibre 9 mm, la cual se llevó a estudio en el laboratorio y, como resultado del estudio, fue apta para producir disparos, y cuenta con los elementos esenciales para producir el fenómeno del disparo. Esta conducta está descrita en el Título XII, delitos contra la seguridad pública, capítulo II, de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio a la comunidad, artículo 365, modificado por la Ley 1453/2011, art. 19, que señala: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El verbo rector: porte. “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte —como es verbo rector en este caso—, (...) armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, sus accesorios esenciales, o municiones, incurrirá en prisión de 9 a 12 años”»

2.2. Posteriormente, el 11 de noviembre de 2022, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación de conformidad con la causal prevista por el ordinal 4° del artículo 332 de la Ley 906/2004, por estimar atípica la conducta imputada al señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz.

2.3. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Palmira convocó a la audiencia correspondiente para el 5 de mayo de 2023. En esa vista pública, la Fiscalía y la Defensa expusieron los argumentos orientados a soportar la solicitud de preclusión por atipicidad. Sin embargo, la primera instancia consideró que la conducta ejecutada

el 4 de julio de 2022 encaja en el tipo penal del artículo 365 de la Ley 599/2000, especialmente, respecto de la munición modificada con plomo. Los sujetos procesales interpusieron los recursos de reposición y de apelación. El de reposición fue despachado desfavorablemente tras la sustentación.

3. AUTO APELADO

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Palmira, a partir de los resultados del informe de investigador de laboratorio del 4 de julio de 2022, determinó que al señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz se le incautó **(i)** un arma traumática tipo pistola de calibre 9 mm, **(ii)** un proveedor con capacidad para 15 cartuchos y **(iii)** 7 cartuchos compatibles con el mismo calibre (uno de ellos alojado en la recámara del arma para el momento de su incautación). Estableció que dichos proyectiles fueron modificados con plomo y que el artefacto de letalidad reducida fue capaz de dispararlos exitosamente.

En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 de la Ley 599/2000 y el Decreto 2535/1993, el arma traumática no se ajusta a la descripción típica imputada al señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz. Sin embargo, la munición hallada en su poder, por la modificación que presenta, dejó de ser traumática y se tornó letal, susceptible de ser disparada efectivamente. Añadió que, de hecho, esto también evidencia la antijuridicidad de la conducta, pues se colocó en riesgo efectivo el monopolio del Estado sobre las armas y el bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

4. RECURSOS

4.1. El recurso de la Fiscalía. El censor, desde el comienzo, indicó que la primera instancia incurrió en un error de interpretación en lo que atañe a la tipicidad del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones. Así, dejó en claro que *«no puede tenerse como una unidad estructural del delito al arma como tal y a la munición»*, pues tanto el legislador como la jurisprudencia determinaron que el tipo penal se configura sin perjuicio de que el arma esté cargada o no con munición. De modo que la negativa de la preclusión parece haberse fundado en un ingrediente normativo ajeno al artículo 365 del CP, a tal punto que, si lo analizamos *a contrario sensu*, podría decirse que portar un arma de fuego descargada es un comportamiento atípico. Esto fue catalogado como una interpretación *in malam partem* o un juicio analogía por el apelante.

Acto seguido, precisó que al señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz se le imputó el delito *«por el arma como tal»*, pero en los hechos jurídicamente relevantes no se incluyó la munición —la Fiscalía precisó que fue por ese motivo que no se refirió a los proyectiles en la solicitud de preclusión—. Añadió que *«además no son proyectiles originales. No son ni 38 largos, ni de 9 mm. Son de goma. Son para ese tipo de armas, que no está reglamentada la munición para este tipo de armas (sic). No son originales de ningún tipo—*.

Seguidamente, alegó que la lesividad y la antijuridicidad no pueden predicarse de la munición modificada, ya que la jurisprudencia explicó que lo relevante no es *«la estructura de la ojiva o de la bala o de la munición»* sino *«la cantidad, en un momento dado»*.

En ese sentido, explicó que podría configurarse un concurso homogéneo de conductas punibles en caso de que un individuo sea sorprendido con un arma de fuego y cierta cantidad de munición.

Tras dicho ejemplo, aclaró que con las armas hechizas ocurre algo diferente y que, en este caso, la discusión no se centra en esa cuestión. Sostuvo que el arma hallada en poder del procesado no es hechiza, pero podría serlo si *«hubiera recibido modificaciones para poder disparar municiones originales»*. De hecho, ese fue el motivo por el cual el perito concluyó que la munición presentaba variaciones en la longitud y en la masa, lo cual significa que la munición original *«no le calza»* al arma y, por ello, debió ser modificada. En tal virtud, aseveró que *«el legislador nunca ha sancionado la alteración de los proyectiles para arma traumática»*.

A continuación, manifestó que *«la letalidad en una traumática es igual que en una original de cierta manera. Ya el legislador lo equiparó como tal»*. Sin embargo, aclaró que esto solo producirá efectos jurídicos cuando finalice el periodo de transición establecido por el Decreto 1417 de 2021, en cuyo desarrollo ocurrieron los hechos imputados al señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz. Esto porque, en especial, aún no es posible la certificación del porte legítimo de armas traumáticas, algo que ciertamente incide en la tipicidad del injusto en cuestión.

4.2. El recurso de la Defensa. La intervención del profesional del derecho arrancó con una referencia la sentencia No. 02 del 13 de enero de 2016, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, conforme la cual *«cuando se encuentra una munición, no se viola el bien jurídico tutelado»*.

De otra parte, remarcó que la munición no formó parte de los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación y que, además, todavía el Decreto 1417 de 2021 no forma parte del Decreto 2535/1993, así que las armas traumáticas todavía no pueden equipararse con las armas convencionales en cuanto a la letalidad.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 prescribe que los Tribunales Superiores de Distrito conocerán “*de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito*”. En este caso, el auto apelado es del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Palmira, adscrito a este Distrito Judicial, de manera que la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, es competente.

5.2. Problema Jurídico.

¿La conducta atribuida al señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz, consistente en llevar consigo un arma traumática, pese al hallazgo de 7 cartuchos modificados con plomo; 6 de ellos en su proveedor y 1 en la recámara, da lugar a precluir la instrucción a favor del imputado por atipicidad de su conducta?

5.3. Tipicidad del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones.

En la medida en que la solicitud de preclusión de la Fiscalía plantea una cuestión de tipicidad, la metodología correcta para zanjarla debe comenzar por un estudio del artículo 365 de la Ley 599/2000 y de sus ingredientes típicos. La norma en cuestión nos indica lo siguiente:

*«Artículo 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, **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 la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).*

8. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado».

Al revisar el tipo penal, lo primero que podemos establecer es que **(i)** exige una mera conducta y no un resultado concreto, de modo que no hace falta disparar el arma o lesionar a otra persona con ella para afectar o colocar en riesgo el bien jurídico tutelado de la seguridad pública (tipo de peligro); **(ii)** incluye un elemento de orden normativo: la ausencia de permiso o salvoconducto expedido por la autoridad competente; **(iii)** contempla 11 verbos rectores; **(iv)** 5 elementos descriptivos sobre los cuales recaen dichos verbos: armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, sus accesorios esenciales, municiones o armas hechizas (también conocidas como de fabricación artesanal); **(v)** de modalidad de conducta dolosa y **(vi)** un autor indeterminado, puede ser cualquier persona, sin ningún atributo o calificación especial.

Junto con la defensa de la seguridad pública, el punible bajo análisis cumple la finalidad de garantizar el monopolio legítimo de las armas en control del Estado. Así, el artículo 223 de la Carta Política de 1991 establece que *«solo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de autoridad competente (...). Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la Ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale»*.

El Decreto 2535/1993 en su artículo 2º, establece el principio de exclusividad, conforme el cual *«sólo el Gobierno puede introducir al país, exportar, fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos*

y las materias primas, maquinaria y artefactos para su fabricación y ejercer el control sobre tales actividades». Por otro lado, el artículo 3° *ibidem* regula la facultad del Estado de conceder permisos o autorizaciones a los particulares para portar armas de fuego de manera regular: «Los particulares de manera excepcional, sólo podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido con base en la potestad discrecional de la autoridad competente». De ahí proviene el ingrediente normativo del artículo 365 del código penal.

Ahora bien, según el artículo 5° del Decreto 2535/1993, «son armas todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de amenaza, lesión o muerte a alguna persona». Luego, el artículo 6° señala que «son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química». Dicho precepto normativo precisa que «las armas pierden su carácter cuando sean total y permanentemente inservibles (...)».

Por otro lado, los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y 11° *ejusdem* establecen que las armas de fuego en Colombia se clasifican de la siguiente manera: **(a)** armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, **(b)** armas de uso restringido y **(c)** armas de uso civil. Este último grupo, a su vez, recoge **(a')** las armas de defensa personal, **(b')** las armas deportivas y **(c')** las armas de colección. Otra categoría que desarrolla el artículo 14° del Decreto 2535/1993 son **(d)** las armas prohibidas, cuya descripción incluye aquellos artefactos bélicos que, de ninguna manera, pueden estar amparados por la autorización de las autoridades competentes. Los eventos que encuadran en esta noción de armas prohibidas son los siguientes:

«a. Las armas de uso privativo o de guerra, salvo las de colección debidamente autorizadas, o las previstas en el artículo 9 de este Decreto.

b. Armas de fuego de cualquier calibre que hayan sido modificadas sustancialmente en sus características de fabricación u origen, que aumenten la letalidad del arma;

c. Las armas hechizas, salvo las escopetas de físto;

d. Las que requiriéndolo carezcan del permiso expedido por autoridad competente;

e. Las que el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico, clasifique como tales.

Parágrafo. *También está prohibida la tenencia o porte de artefactos fabricados sobre la base de gases venenosos de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, y los implementos destinados a su lanzamiento o activación».*

Es importante relieves que el tipo penal de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones recogió el concepto de armas prohibidas y amplió el rango de protección de la norma para incluir **(i)** a las armas hechizas o de fabricación artesanal (art. 365, inc. 2º) y **(ii)** a las modificaciones que aumenten la letalidad del arma o de la munición (art. 365, ordinal 6º) —este último supuesto fáctico, por lo demás, constituye una circunstancia de mayor punibilidad—.

A su turno, la Corte Constitucional, en la sentencia C-038/1995, interpretó los artículos 5º y 6º del Decreto 2535/1993 de esta forma: *«(...) las armas de fuego (...), al tenor de los artículos 5º y 6º del Decreto 2535/1993, son todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona, y que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química».* Además, extendió esa vocación de peligro u

amenaza a las armas de defensa personal cuando expuso: **«Incluso las llamadas “armas de defensa personal” mantienen ese carácter, puesto que su poder defensivo deriva de su potencial ofensivo. Así, un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma. Las armas están entonces indisolublemente ligadas con la violencia potencial y la coacción».**

Aquella definición de arma de fuego no parte de una observación material del objeto y de su composición, sino de su función: producir una amenaza efectiva de lesión o muerte, a través de maniobras defensivas u ofensivas. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo explicó de esta forma:

*«En dicha oportunidad, habiendo sido condenado el acusado por el porte de un arma de fuego de uso personal, la Corte casó la sentencia y, en su lugar, dictó fallo absolutorio, bajo el entendido que la conducta carecía de antijuridicidad material. Esta apreciación jurídica se basó en que la pistola -marca Raven, calibre 25-, portada por el acusado, era inservible totalmente, pues por falta de varias piezas -percutor, aguja y proveedor, así como tampoco tenía cartuchos- no podía producir disparos. **Ello llevó a la Sala a afirmar la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal, pues así el procesado la llevara consigo y sin autorización, “no podía generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y, por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien. Expresado de otro modo, la pistola no tenía potencial ofensivo y, por consiguiente, al no ser susceptible de herir o matar a otra persona, ontológicamente dejó de ser un arma”**»¹.*

Así las cosas, es palmario que entre el Decreto 2535/1993 y la jurisprudencia que lo desarrolla se estableció una definición **ontológica** de arma de fuego. El concepto de arma de fuego de defensa personal, accesorios, partes o municiones que describe el tipo penal del artículo 365 del CP trasciende la apreciación material

¹ CSJ, SP, Rad. 45495, SP9379-2017, 28 de junio de 2017.

sobre estos artefactos bélicos, pues el arma de fuego no es arma por su estructura corpórea sino por lo que representa en el contexto social: una amenaza potencial de causar lesiones y/o muerte a otros.

Por la misma razón, el Estado decidió tener también el control de las armas traumáticas. Se reglamentan a partir del decreto 1070 de 2015, adicionado por el decreto 1417 de 2021 y el decreto 1563 de 2022; siendo uno de los parámetros el estudio balístico que denotó la importancia de que fueran objeto de control en tanto se concluyó: *«Una vez realizado el procedimiento de descripción técnica de los elementos empleados en el análisis (arma de fuego tipo pistola vs. arma traumática), se observa que estos presentan similitud en sus características físicas, así mismo el funcionamiento físico y químico que estos emplean el mismo principio, el cual consta de la combustión de una sustancia química para expulsar un proyectil»*.²

Lo anterior, coincide con el concepto emitido por la Federación Colombiana de Tiro y Caza Deportiva:³ *«Se debe tener en cuenta que las armas traumáticas o de letalidad reducida coinciden con la definición legal de arma de fuego, toda vez que funcionan a partir de la deflagración de la pólvora, y expulsan un proyectil sin importar el material del cual esté fabricado, pero no son armas deportivas, pues no están clasificadas por la ley como tales, y conforme a los reglamentos de las diferentes modalidades de tiro deportivo olímpico y no olímpico cuya práctica se encuentra avalada por FEDETIRO en Colombia, ninguna de éstas es posible ser practicada con armas traumáticas o de letalidad reducida»*

² Suscrito por la Jefatura de Policía Científica y Criminalística, Área de Respuesta Antiterrorista e Incidentes NBQRE (CIARA), Laboratorio de Balística Forense de fecha 19 de mayo de 2021

³ Mediante Circular 006 del 12 de agosto de 2020

La Corte Constitucional⁴ en el estudio de exequibilidad de la Ley 2197 de 2022, señaló: «*En ese sentido, las armas, elementos y dispositivos menos letales se enmarcan en el monopolio de las armas. Esto es así, de un lado, porque el artículo 223 Superior no distingue entre tipo de armas y, de otro lado, porque se trata de instrumentos que suponen un riesgo importante para la integridad y la vida de las personas, cuya materialización e intensidad dependen de la forma como sean empleadas*».

Por eso, dicho decreto 1417 de 2021 vigente a partir del 4 de noviembre de 2021, determinó que se rigen por el decreto Ley 2535 de 1.993, con la siguiente clasificación:

ARTÍCULO 2.2.4.3.6. Armas traumáticas. *Las armas traumáticas se clasificarán como:*

1. *Todas las armas traumáticas cuyas características correspondan a las tipologías establecidas en el artículo 8 del Decreto Ley 2535 de 1993 se considerarán **armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública.***

2. *Todas las armas traumáticas cuyas características correspondan a las tipologías establecidas en el artículo 9 del Decreto Ley 2535 de 1993 se considerarán **armas de uso restringido.***

3. *Todas las armas traumáticas cuyas características correspondan a las tipologías establecidas en el artículo 11 del Decreto Ley 2535 de 1993 se considerarán **armas de uso civil de defensa personal.** (Negrillas del despacho).*

En el caso concreto, se trata de un arma de uso civil de defensa personal por cuanto cumple con los requisitos del literal a) del artículo 11 del decreto 2535 de 1993, con excepción de la capacidad del proveedor, que es superior a 9 cartuchos. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, la providencia SP 256-2023 (Rad. 63192), señaló que esta única diferencia no es suficiente para variarle la clasificación al arma de fuego.

⁴ Sentencia C-014 de 2023

Para su legalización existe un régimen de transición, por medio del cual los propietarios de este tipo de artefactos tienen unos términos para obtener el salvoconducto o entregárselas al Estado⁵.

5.4. Caso concreto.

En el caso del señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz, tenemos conforme a los elementos materiales probatorios indicados por la Fiscalía, y sin que exista controversia en este punto, que el 4 de julio de 2022 fue capturado en condición de flagrancia cuando portaba **(i)** un arma de fuego traumática, tipo pistola, marca Ekol, de fabricación industrial, modelo Firat Magnum, con número de serial EF-18050457, calibre 9 mm PAK y de funcionamiento semiautomático; **(ii) un proveedor, tipo pistola, compatible con calibre 9 mm, de fabricación industrial, con capacidad para 15 cartuchos y en buen estado; y (iii) siete cartuchos compatibles con 9 mm, tipo pistola subametralladora y de clase «común (traumáticos modificados)».**

Es importante el informe de investigador de laboratorio del 4 de julio de 2022, porque comprueba que **(iv) uno de los cartuchos se halló alojado en la recámara del arma, (v) «los siete (07) cartuchos presentan alteración en su naturaleza ya que fueron modificados en su proyectil introduciendo plomo, los cuales (sic) lo hacen prohibidos, presentan proyectiles en plomo, presentan las mismas características técnicas variando en su longitud y masa, cartuchos en buen estado»;** **(vi)** la pistola traumática «se encuentra apta para producir disparos y cuenta con los elementos esenciales para producir el fenómeno del disparo» y **(vii) los**

⁵ Artículos 2.2.4.3.9 y 19 del decreto 1217 del 4 de noviembre de 2021.

cartuchos modificados «son aptos para ser empleados como unidad de carga para armas de fuego compatible con su calibre 9 mm PAK»; (viii) se usaron tres cartuchos» de los siete incautados, para efectos del estudio y comprobación de la aptitud para producir disparos.

Sea lo primero a precisar frente a la argumentación de ambos recurrentes, la ausencia de identificación de las providencias que quisieron utilizar como precedentes para convencer a la judicatura del acierto de la tesis con la cual fundan la pretensión de la preclusión por atipicidad de la conducta. Esto por cuanto además de faltar a la cita de las decisiones de nuestro superior funcional, tampoco señalaron la identidad de los hechos y del problema jurídico atendido en esos proveídos; por consiguiente, tampoco la subregla surgida de la *ratio decidendi*.

El segundo aspecto que atraviesa la sustentación de ambos recursos es la ausencia en la audiencia de formulación de imputación, concretamente en los hechos jurídicamente relevantes, de la atribución del porte de la munición modificada que le fuera incautada al procesado. En efecto, al revisar los registros de la audiencia preliminar del 5 de julio de 2022, se constata que la Fiscalía al realizar la imputación fáctica, omitió hacer referencia a la munición incautada:

«Los hechos que dan origen a esta imputación son los que ocurrieron ayer, cuando el señor Miguel Ángel transitaba por la calle y los policías lo vieron en actitud sospechosa, entonces fueron a hacerle un registro a persona y le hallaron en su pretina de jean un arma de fuego, tipo pistola, traumática, calibre 9 mm, la cual se llevó a estudio en el laboratorio y, como resultado del estudio, fue apta para producir disparos, y cuenta con los elementos esenciales para producir el fenómeno del disparo.»

Como podemos apreciar, el ente acusador le puso de presente al procesado **(a)** la captura en flagrancia, **(b)** la incautación del arma de fuego traumática tipo pistola y **(c)** los resultados del estudio de laboratorio efectuado el 4 de julio de 2022, conforme los cuales dicha pistola era apta para disparar y contaba con los elementos esenciales para producir el fenómeno del disparo, pero no incluyó de manera expresa la munición alterada y tampoco mencionó que ésta se encontraba al interior del adminículo incautado, justo como se evidencia en el informe de laboratorio antes analizado.

Ese argumento defensivo habría de prosperar, si nos encontráramos revisando una sentencia condenatoria. El principio de congruencia fáctica entre imputación, acusación y sentencia, impide que la judicatura sorprenda al procesado y a su defensor, atribuyéndole al primero hechos omitidos en estos estadios procesales, de forma que a pesar de demostrarse con las pruebas practicadas en el juicio oral, que junto con el arma traumática le fue incautada munición modificada la cual podía ser disparada con el artefacto, el juez tendría que pretermitir su análisis para efecto de la tipicidad de la conducta, en tanto esa circunstancia fue omitida en los hechos jurídicamente relevantes de la imputación y la acusación.

De ahí que, la incautación del arma por sí sola, siendo de naturaleza traumática y en la medida que el actor estaba en tiempo para su legalización conforme a los preceptos normativos que la rigen, (de ser así), sin lugar a hesitación, la conducta sería atípica.

La diferencia está, en que aquí únicamente se ha formulado imputación y la pretensión de precluir la instrucción a favor del procesado implica la revisión de todos los elementos materiales probatorios, de manera que debe atenderse la incautación de la

munición modificada para aumentar la letalidad a través del uso del arma traumática, circunstancia respecto de cuya existencia no hay lugar a controversia por las partes.

La preclusión de la instrucción conlleva una terminación anticipada del proceso con efecto de cosa juzgada. Por tanto, una decisión judicial de esta magnitud cuando se ha iniciado el proceso penal y se encuentra en su fase investigativa, no se limita a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la audiencia de formulación de imputación. Si de los elementos materiales probatorios surgen otros que constituyen —unidad de acción— con la conducta inicialmente atribuida, el juez de conocimiento está obligado a su estudio, no debe desconocerlos en el juicio de tipicidad, máxime si se alega la causal descrita en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

De lo contrario, se estaría favoreciendo al presunto responsable de un injusto, so pretexto de una imputación fáctica incompleta, cuando estando vigente la fase investigativa del proceso, **este yerro de la Fiscalía puede enmendarse a través de un acto de adición de la formulación de imputación en audiencia preliminar**, ante juez de control de garantías.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha recalcado:

“Así, pues, resulta necesario por virtud de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, que se haya demostrado no solamente la causal que se invoca, sino que igualmente la investigación haya sido decantada dentro de criterios de razonabilidad, hasta su límite máximo para entender comprendidos y acopiados los elementos materiales probatorios

que permiten sustentar una solicitud de ese talante.”(CSJ AP 18 Jun. 2014, Rad.43797, reiterada en AP.7 feb.2017, Rad.48042 entre otras.”⁶

(...)

*“Por lo expuesto, la solicitud de preclusión no solo debe precisar con exactitud la causal invocada, sino ofrecer suficientes elementos argumentativos y probatorios que permitan al juez de conocimiento declarar acreditada su estructuración. **En otras palabras, que respecto de la causal que se invoca no “exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo” (CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604; CSJ AP3288-2014; CSJ AP4388-2018; CSJ AP1718-2019y CSJ AP242-2020, entre otros)**”⁷.*

En este asunto, ni siquiera se trata de que la Fiscalía deba ahondar en la investigación sino, de que valore en su conjunto los elementos materiales probatorios ya obtenidos, los cuales denotan los defectos trascendentes cometidos al formular los hechos jurídicamente relevantes al imputado y al postular la pretensión de precluir la instrucción ante el juez de conocimiento.

Los medios de convicción estimados, especialmente el informe de investigador de laboratorio del 4 de julio de 2022, indican que el señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz, presuntamente, fue capturado en flagrancia mientras tenía en su poder la pistola traumática mencionada en la imputación, la cual se encontraba en óptimas condiciones para efectuar detonaciones, pero también, que en su interior alojaba los siete cartuchos modificados con plomo, los cuales eran compatibles con el calibre del dispositivo, se hallaban en buen estado y, de hecho, tres de ellos fueron utilizados como objetos de la prueba de disparo. También refiere que uno de los cartuchos estaba en la recámara del dispositivo, lo cual sugiere que se hallaba en inminente posibilidad de ser usada.

⁶ CSJ. Auto del 5 de marzo de 2019, radicado 53.131.

⁷ CSJ, SP, Rad. 63132, AP1699-2023, 7 de junio de 2023.



Si retomamos el concepto ontológico de arma de fuego desarrollado en el acápite anterior, surge el siguiente interrogante: *¿El artefacto sigue conservando su naturaleza de letalidad reducida a pesar de la introducción de los proyectiles alterados?* Para la Sala, la respuesta es negativa, por cuanto la inclusión de los cartuchos falseados, transformó la naturaleza de la pistola traumática, en tanto comprobada su capacidad para dispararlos, la conducta concebida como un —todo—, posee idoneidad para atentar contra el bien jurídico de la seguridad pública. De ahí que el legislador con acierto haya ordenado su control con la expedición de salvoconducto. Si un arma de fuego deja de serlo cuando pierde la función de generar amenaza o muerte mediante maniobras defensivas u ofensivas, luego, *a contrario sensu*, un arma traumática cuando es apta para disparar la munición puesta en su proveedor y en su recámara, cuya capacidad mortífera fue otorgada irregularmente, en esas concretas condiciones, el protagonista de su porte, pone en efectivo peligro el bien jurídicamente tutelado a través del artículo 365 del Código Penal.

Iteramos, en este evento ocurrió que la Fiscalía disgregó la realidad fáctica, la cercenó, al momento de formularle la imputación al procesado. Así se logra establecer con fundamento en elementos materiales probatorios presentados para fundar la preclusión de la instrucción. El porte del arma traumática, con los proyectiles deformados para darles letalidad, hallados en su interior y la comprobada aptitud del artilugio para dispararlos, es un comportamiento revestido de tipicidad. Es esa la acción en todo su contexto, relevante para el Derecho Penal por lo ya señalado e incluso desde la perspectiva de la antijuridicidad, que la Fiscalía niega, claro está, percibiendo la incautación de la munición también como un hecho fracturado, pero aun en ese caso, la tesis del

recurrente acerca de la atipicidad o ausencia *per se*, de lesividad, se desvirtúa con los pronunciamientos del máximo Tribunal de justicia en las providencias SP911-2020 y SP2810-2022. Además, esas municiones revestidas de plomo encontradas al procesado dentro de un arma traumática apta para dispararlos, descarta cualquier posibilidad de nimiedad, de ausencia de lesividad de la conducta.

En consecuencia, el ente instructor debe seguir adelante con la investigación, toda vez que la conducta del señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz, según la prueba analizada, reúne los ingredientes típicos del artículo 365 de la Ley 599/2000; de la cual deviene la obligación para el delegado fiscal, de adicionar los hechos jurídicamente relevantes de la imputación, ante el juez de control de garantías.

Sin más consideraciones, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en Sala de Decisión Penal**

R E S U E L V E:

Confirmar el auto interlocutorio No. 63 del 5 de mayo de 2023, mediante el cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Palmira negó la solicitud de preclusión de la investigación adelantada contra el señor Miguel Ángel Ocampo Ortiz ante la presunta comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones.

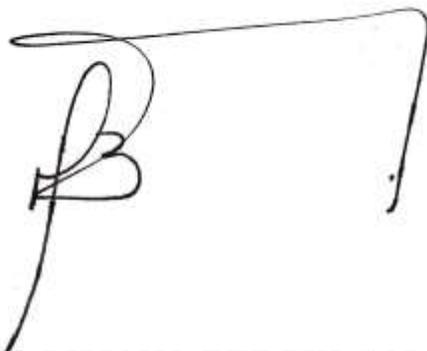
Radicación: 76275-60-00-174-2022-00137-01

Procesado: Miguel Ángel Ocampo Ortiz

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Esta decisión se notificará a través de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, **informándose** a los interesados que contra ella no proceden recursos.

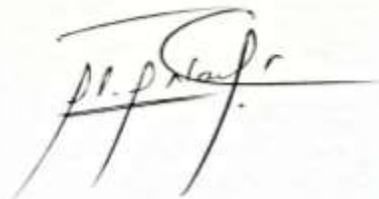
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados**



MARTHA LILIANA BERTIN GALLEGO
76275-60-00-174-2022-00137-01



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
76275-60-00-174-2022-00137-01



ÁLVARO AUGUSTO NAVIA MANQUILLO
76275-60-00-174-2022-00137-01