

Proceso No 19238

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 020

Bogotá D. C., diez (10) de marzo de dos mil cuatro (2004).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador Judicial II contra la sentencia del Tribunal Superior del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, proferida el 25 de septiembre de 2001, por medio de la cual confirmó la del Juzgado Único Especializado de ese Distrito Judicial, fechada el 6 de abril de 2001, en la que se condenó a Ornulio Thyme James y Agustín Webster Archbold a las penas principales de 4 años de prisión y al decomiso de material bélico incautado y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, como coautores del delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas armadas, según el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, vigente para la época de los hechos.

Así mismo, Noel Cristopher Escalona fue condenado a las penas principales de 4 años y 6 meses de prisión y al decomiso de las armas y munición y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por aquel lapso, como coautor del delito citado en precedencia.

HECHOS

El Procurador Delegado los reseñó de la siguiente manera:

“Por labores de inteligencia durante seis (6) meses aproximadamente agentes secretos del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S lograron la información del tráfico de armas al parecer provenientes de la vecina República de Nicaragua hacia los cayos cercanos a la Isla de San Andrés, y el 20 de septiembre de 1999, tras la vigilancia camuflados en medio de la vegetación, en las primeras horas del crepúsculo encontraron enterrados en la arena en la parte posterior del cayo ‘de los pescadores’ un costal en fibra color blanco que contenía 12 fusiles AK-47 de fabricación rusa, y otros más con 26 proveedores y sus municiones.

“La vigilancia se mantuvo hasta el día siguiente y a la misma hora advirtieron la presencia de tres sujetos, uno de ellos con una pala que se dirigió directamente al sitio del hallazgo de las armas, motivo por el cual se procedió inmediatamente a la captura de Noel Cristopher Escalona, Ornulio Thyme James y Agustín Webster Archold, como también a la inmovilización de la embarcación ‘pupy’ con número de matrícula CP770001-P, de colores amarillo y negro en la cual habían arribado”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el informe del D.A.S, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de San Andrés Islas, el 21 de septiembre de 1999, declaró abierta la investigación.

Escuchados en indagatoria Noel Cristhopher Escalona, Ornulio Thyme James y Agustín Wesbter Archold, la situación jurídica les fue resuelta, el 30 de septiembre de 1999, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito que consagraba el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

Cerrada la investigación, el 7 de abril de 2000, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados por el delito citado en precedencia.

El expediente pasó al Juzgado Único Especializado de San Andrés que, luego de tramitar el juicio, el 6 de abril de 2001, dictó sentencia de primera instancia, en la que condenó a los procesados con los resultados ya conocidos.

Apelado el fallo por los defensores y el Procurador Judicial, el Tribunal Superior del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 25 de septiembre de 2001, lo confirmó.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El Procurador Judicial II ante ese Tribunal, al amparo de causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial, por interpretación errónea “DE LAS DISPOSICIONES CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 202 DEL Decreto 100 de 1980 (modificado por el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991, DEROGADAS POR EL ARTÍCULO 366 DE LA LEY 599 DEL 2000”.

Dice que si bien los juzgadores escogieron acertadamente el precepto sustancial, de todos modos le dieron un alcance que no tiene, toda vez que consideró que la conducta de los procesados era delictual, “a pesar de la ausencia del objeto material del delito, con el argumento baladí que el delito sindicado ... es de peligro o de mera conducta...”.

Después de copiar un fragmento del fallo atacado, manifiesta que no lo comparte. “porque a pesar de la naturaleza de la conducta del delito imputado a los procesados, ello en si no podría excluir la presencia del objeto material como uno de los elementos del tipo penal, puesto que sin objeto material no existe un tipo penal, sin importar que el mismo sea un tipo penal de mera conducta o de peligro”.

Acota que para que la Corte tenga una mejor comprensión de la censura es necesario que tenga en cuenta las sentencias de instancia el aspecto probatorio en lo atinente a la incautación de las armas y que la captura de los procesados se realizó cuando realizaban excavaciones en ese lugar. Es decir, continúa, la aprehensión se hizo cuando en el sitio no se encontraba el material bélico.

Agrega que cuando falta este elemento se predica en la conducta del procesado el fenómeno de la atipicidad relativa.

Insiste que en este asunto no se puede predicar la tipicidad de la conducta punible, toda vez que no existía “la cosa o el elemento sobre lo que iba a recaer la conducta desplegada por los procesados. Por lo tanto, no se podría considerar como punible la conducta imputada en contra de los procesados de marras, puesto que acorde con lo consagrado en el artículo 9° C.P., para que una conducta sea punible, debe cumplir con el triple supuesto de ser típica, antijurídica y culpable, lo que en el presente asunto no acontece, en atención a que es atípica la conducta imputada en contra de los procesados”.

Dice que el tráfico de armas es de los llamados delitos de peligro y de mera conducta. No obstante, tal situación no puede ser utilizada como argumento para “deslegitimar” la ausencia de objeto material, aspectos que fueron ignorados por los juzgadores, lo que condujo a que se le diera una interpretación errónea a la norma en precedencia reseñada .

Por lo expuesto, depreca a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, dictar la que en derecho corresponda.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

CUARTO DELEGADO PARA LA CASACIÓN PENAL

Luego de explicar en qué consiste la errónea interpretación, manifiesta que el enunciado del cargo no se compadece con su desarrollo, habida cuenta que no demostró “apoyado en razones comprensibles cuál es el sentido jurídico de la norma cuya infracción denuncia y menos el desacuerdo que existe entre los juzgadores y la interpretación dominante con el propósito de achacar a aquellos haberle asignado efectos y consecuencias que le son extraños a su contenido”.

En el caso planteado por el censor, advierte que se estaría ante una falsa adecuación típica, motivo por el cual, debió fundar el reparo por aplicación indebida del precepto a que hace referencia.

En cuanto al fondo del asunto, asevera que el planteamiento del Ministerio Público fue objeto de debate por parte del Tribunal, al punto que lo calificó de insólito.

De igual manera, recuerda que la norma que define el delito de fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, así como la sentencia destacó el carácter de alternativo de los verbos rectores “y especificó que por su obviedad, los justiciables no podían menos que incurrir ‘en el tráfico y en el almacenamiento, entendiéndose el tráfico como el comercio ilegal y el almacenamiento como guardar en un sitio determinado las armas y municiones con la finalidad de conservarlas, preservarlas y esconderlas”.

Recuerda que de acuerdo con el bien jurídico tutelado este punible es de los llamados de peligro presunto y en relación con la conducta de mera actividad. Destaca que el equívoco del libelista surge en no saber distinguir que la conducta cesó o se agotó cuando se incautó el arsenal y que la posterior excavación, sólo puso al descubierto la vinculación de los procesados con ese delito, sin que se hubiese predicado la tipicidad del comportamiento hasta este último estadio.

Por consiguiente, el cargo no está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.El Procurador Judicial II ante el Tribunal Superior del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, acusa a esa Corporación de haber violado, de manera directa, la ley sustancial, por errónea interpretación del artículo 202 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991, pues, en su criterio, cuando los procesados fueron capturados, no se puede predicar que su comportamiento es delictual, por “ausencia del objeto material del delito...”.

2. Como lo destaca el Procurador Delegado, desde el punto de visto técnico, el reproche carece de la claridad y precisión requeridas, toda vez que desconoce el contenido y el alcance de la interpretación errónea. En efecto, como de manera incasable lo ha dicho la Sala, la violación directa de la ley sustancial comporta tres sentidos, a saber:

a) La falta de aplicación, cuando el juzgador desconoce la existencia o la validez de la norma al momento de la elaboración del juicio de derecho, bien porque la aplicada carece de existencia jurídica o porque teniéndola, se desconoce niega o ignora, al punto que excluye el precepto llamado a gobernar el asunto.

b) La aplicación indebida, cuando el fallador se equivoca en la selección de la norma sustancial llamada a dirimir el asunto. En otras palabras, se trata de un yerro de escogencia del precepto aplicado por no ser éste el que regula el asunto debatido.

c) La interpretación errónea, en este sentido de la violación si bien se parte que la norma seleccionada para la elaboración del juicio de derecho fue la acertada, el yerro está en la interpretación o en la hermenéutica que el juzgador la da a la misma, pues le otorga un entendimiento equivocado, haciéndole producir efectos jurídicos que no emanan de su contexto.

Así, resulta fácil colegir que el libelista lo que esta debatiendo en últimas no es la interpretación errónea de la ley, sino la aplicación indebida del artículo 202 del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de Decreto 2266 de 1991, vigente para la época de los hechos, habida cuenta que pretende que la Corte concluya que el comportamiento de los procesados no encaja en la descripción típica del delito por el que se les condenó, argumentación que ha debido soportar a través de la aplicación indebida y no en la interpretación errónea.

Del mismo modo, y como un cúmulo de errores en la elaboración del libelo, olvidó el censor que cuando el ataque al fallo se funda y se sustenta por los linderos de la violación directa de la ley sustancial, constituye deber aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron declarados como probadas en el fallo, pues lo que se discute es la aplicación o la hermeneútica de la norma seleccionada para la construcción del juicio de derecho, es decir, que el debate es en estricto derecho sin que tenga cabida cuestiones fácticas o probatorias.

Por ello, resulta desatinado que el libelista insista que la Sala tenga en cuenta el aspecto probatorio referido a la incautación de las armas y la captura de los procesados, pues estos hechos han debido ser aceptados de la manera como fueron deducidos por los juzgadores, limitando la disertación en evidenciar el error en la interpretación de la norma.

3. De todos modos no le asiste razón al censor, pues los juzgadores no extendieron la tipicidad de la conducta más allá de lo contemplado en la norma que lleve a predicar un yerro de hermenéutica, puesto que, con estricto apego a las probanzas, concluyeron que en jurisdicción de la isla de San Andrés se incautó material bélico que se encontraba enterrado en la parte posterior del cayo “de los pescadores”, situación que llevó a los distintos funcionarios judiciales a atribuirles a los procesados la comisión de la conducta punible de fabricación y tráfico de armas de uso privativo de la fuerzas

militares, especialmente en lo atinente “al tráfico y en el almacenamiento, entendiéndose el tráfico como el comercio ilegal y el almacenamiento como guardar en un sitio determinado las armas y municiones con la finalidad de conservarlas, preservarlas y esconderlas”.

Ahora bien, en lo relativo a la afirmación del demandante, según la cual, cuando capturaron a los procesados las armas ya habían sido incautadas, razón por la cual la conducta de éstos es atípica, resulta contrario con lo declarado como probado en los fallos. En efecto, tal situación no tuvo incidencia en el estudio de la tipicidad, como equivocadamente lo estima el censor, sino en la responsabilidad, pues para los juzgadores esa circunstancia, aunada con las explicaciones suministradas por los agentes del D.A.S y por los miembros de la Armada Nacional que vigilaban el lugar una vez que fue hallado el arsenal, “son armónicas en señalar que inmediatamente llegaron los procesados al Cayo se ubicaron en posiciones estratégicas, uno cerca del bote, otro se dirigió directamente con una pala a la caleta donde estaban enterradas las armas y al no encontrarlas se llevó las manos a la cabeza, luego se dirigió a la otra caleta comenzando a cavar cuando fue capturado, el otro aparentando pescar cerca del lugar de las armas y municiones (juradas de Henry Lozano, Nicolás Gómez, Héctor Harold Mera y Mauricio Restrepo, entre otros,). Estas declaraciones por las circunstancias que fueron percibidas, dado a que estaban en el lugar, a la hora y fecha brindan la credibilidad necesaria y la consiguiente certeza de que así sucedieron los hechos, además tienen un sentido lógico y racional porque no es posible que al menor tiempo de haber desembarcado los procesados uno solo de ellos, excluyendo a los demás, con una pala directamente se dirigiera al sitio donde estaban enterradas, situación distinta a la acontecida con los agentes del D.A.S. y de la Armada que eran mucho más y se demoraron en localizarlas; así mismo se empleara una pala, instrumento no utilizado por los pescadores para la actividad que desempeñan y mucho menos para desenterrar huevos de tortugas de por sí frágiles.

“No es posible pensar ingenuamente como lo hace el agente del Ministerio Público, que los agentes del D.A.S, y la Armada que fueron numerosos los que participaron en el operativo, se hallaban inventando una novela para involucrar a los procesados y a la motonave Black Hawk II, porque en primer lugar no existe la menor evidencia en el proceso de enemistades entre los procesados y uno solo de los que intervinieron en el operativo; en segundo lugar, asegurar que la motonave “Black Hawk II fue sometida a vigilancia y estaba siendo utilizada en el transporte, cuando fácilmente han podido decir que era ‘pupy’; en tercer lugar hubieran asegurado que desde antes de encontrar las armas y municiones los procesados Webster y Ornulio Thyme eran los implicados, lo cual no hicieron simplemente dijeron que el transporte de las armas se iba a efectuar en el Black Hawk II, y en cuarto lugar, se retuvo a la motonave ‘pupy’ porque la Black Hawk II estuvo dañada, lo que coincide con lo aseverado por los procesados.

“Es cierto que los procesados son pescadores y que ese día habían llevado a cabo faena de pesca e igualmente que para el mes de la captura existía la posibilidad de encontrar huevos de tortuga en el Cayo de los pescadores, pero no lo es menos que precisamente prevalecidos de esa condición de pescadores y la posibilidad de encontrar huevos de tortugas, hayan organizado su plan y utilizar su condición para garantizar el éxito del mismo, que se le vino al traste ante el operativo de las autoridades y es que el hecho de ser pescadores por sí mismos no los hace incompatibles con otra actividad al margen de la ley, en la cual se necesita la aparente normalidad de los procesados de pescar y la utilización de una motonave”.

De otro lado, recuérdese que el tipo penal atribuido a los procesados es de los llamados por la doctrina como de peligro presunto, es decir, “ese peligro hace referencia a la potencialidad que la conducta tiene de producir con probabilidad la transgresión del bien jurídico, razón por la cual el legislador al momento de crear el correspondiente tipo se anticipa al resultado, puesto que considera que la realización de cualquiera de los verbos rectores es suficiente para producir una amenaza, destruir o disminuir el bien jurídico

protegido, sin que se requiera prueba del peligro”1. En esas condiciones, la conducta se venía ejecutando de manera permanente cuando los procesados trasladaron las armas y las municiones del extranjero a Colombia y las ocultaron en los cayos, cesando el actuar delictual en el momento en que se produjo la incautación del material bélico, tal como acertadamente lo infirieron los juzgadores.

Así, la captura de los procesados con posterioridad al hallazgo del arsenal fue tenido en cuenta, como quedó visto, para establecer su compromiso penal frente a los hechos y, consecuentemente, la responsabilidad de los mismos en el actuar delictual.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso

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

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 18 de diciembre de 2003. M. P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Rad. 16823.