

Proceso No 25726

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 025.

Bogotá D.C., febrero veintiuno (21) de dos mil siete (2007)

VISTOS

Procede la Sala a decidir de fondo el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de septiembre de 2005, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 15 de julio del referido año, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, agravado por la utilización de medio motorizado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente a las tres de la tarde del 31 de mayo de 2005, en la avenida primero de mayo con carrera 49 C de esta ciudad, agentes de la policía practicaron una requisa de rutina al vehículo Fiat con placa QHX 322 de Chía, en el cual se movilizaban Angel Alberto Cuellar y CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO, encontrando dentro del baúl

cuatro (4) cajas que contenían 7.088 cartuchos calibre 5.66 para fusil o subametralladora, circunstancia que motivó la aprehensión de los ocupantes del referido automotor, quienes fueron puestos a disposición de la Fiscalía.

Legalizada la captura de los aprehendidos ante el Juez Treinta Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía les formuló imputación durante la audiencia respectiva por la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, agravado por haber sido utilizado un medio motorizado, a la vez que solicitó les fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva de su libertad. Dado que Angel Alberto Cuellar no aceptó los cargos formulados, mientras que CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO si se allanó a ellos, fue dispuesta la correspondiente ruptura de la unidad procesal.

El Juez de Control de Garantías les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

El 30 de junio de 2005 la Fiscalía presentó escrito de acusación contra CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO y el 15 de julio siguiente el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá realizó la respectiva audiencia durante la cual aprobó la aceptación de la imputación y profirió fallo por cuyo medio lo condenó a la pena principal de sesenta y un (61) meses y seis (6) días de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el mismo lapso, como autor penalmente responsable del delito por el cual fue acusado. En la misma oportunidad le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, así como la prisión domiciliaria.

Impugnada la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó mediante fallo del 29 de septiembre de 2005, decisión contra la cual el mismo sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación y allegó en tiempo el libelo

correspondiente.

A través de proveído del 3 de agosto de 2006, esta Sala decidió admitir únicamente el segundo cargo de la referida demanda, a través del cual la defensa plantea la violación directa de la ley sustancial y orienta su discurrir a “demostrar que los criterios establecidos en el artículo 61 del estatuto penal para individualizar la pena no son los mismos que deben ser objeto de ponderación al disminuir dicho quantum en razón del allanamiento a los cargos por parte del imputado (artículo 351 de la Ley 906 de 2004)”, todo ello, “en punto de hacer efectivo el derecho material del procesado al non bis in ídem y a la legalidad de la sanción”.

Contra la decisión de inadmitir el cuarto cargo de la referida demanda, la defensora del procesado presentó solicitud de insistencia, la cual fue negada por la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal.

La audiencia de sustentación del recurso extraordinario se llevó a cabo el 13 de octubre de 2006.

LA DEMANDA

Acerca de la temática abordada a través de la censura cuya admisión dispuso la Sala, la recurrente afirma que los falladores violaron el principio non bis in ídem al valorar dos veces la gravedad de la conducta, tanto para establecer “el quantum punitivo inicial, como para establecer la rebaja que contiene el artículo 351” del estatuto procesal.

En punto de la fundamentación de tal cuestionamiento manifiesta que a través del fallo de primer grado se dijo que “NO se podrá partir de la pena mínima establecida... pues como lo hiciera ver la Fiscalía y el Ministerio Público, se tiene que resaltar la gravedad de la conducta por la que se procede... así las cosas se

incrementará en seis (6) meses, entonces, la pena inicial a imponer es de CIENTO DOS (102) MESES DE PRISIÓN...”.

Agrega, que al aplicar el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 se expresó a través de la referida decisión que “igualmente viendo las circunstancias en que fue capturada la persona que se está allanando, este despacho considera que el imputado se hace merecedor a un descuento del 40%... para una PENA DEFINITIVA a imponer de SESENTA Y UN (61) MESES Y SEIS (6) DIAS DE PRISIÓN”.

También señala que dicha dosificación de la pena fue avalada por el ad quem al señalar que la rebaja derivada del allanamiento estaba determinada por los criterios establecidos en el inciso tercero del artículo 61 de la Ley 599 de 2000. Entonces, considera que al mismo factor fueron asignadas dos consecuencia punitivas, pues “la gravedad de la conducta” fue tomada en cuenta para establecer la sanción inicial y “las circunstancias en que fue capturada la persona”, ponderadas al tasar la disminución de pena por el allanamiento a los cargos, lo cual comporta que la misma situación fue doblemente valorada en perjuicio de los intereses de su asistido.

A partir de lo anterior, la recurrente solicita a la Sala casar parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, disminuir la pena impuesta a su representado en razón del allanamiento a los cargos formulados durante la audiencia de imputación en el máximo establecido en la ley, esto es, en la mitad, de modo que la pena principal se debe tasar en cincuenta y un (51) meses de prisión.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención de la demandante

La defensora durante su intervención se limita a señalar que insiste en los argumentos que ofreció al presentar la demanda de casación, específicamente en cuanto se refiere

al cargo cuya admisión dispuso la Sala, con base en el cual solicitó se case parcialmente el fallo atacado, a fin de que se reconozca que como su asistido se allanó a los cargos que le fueron formulados durante la audiencia de imputación, se hace acreedor a una rebaja del cincuenta por ciento de la pena que le fue impuesta, no del cuarenta por ciento, como en efecto se tasó dentro de las instancias.

2. Intervención de la Fiscal Delegada ante la Corte

Manifiesta la Fiscal Delegada que como en este asunto el imputado aceptó los cargos que le fueron formulados, pero no acordó con la Fiscalía la dosificación de la pena ni el quantum de la rebaja punitiva a la que tenía derecho, el juez a quien correspondió proferir el fallo dosificó la sanción de conformidad con dicha aceptación, esto es, como autor penalmente responsable del delito de tráfico y porte de arma o munición de uso privativo de las fuerzas armadas, agravado por la utilización de medios motorizados (artículos 366 y 365-1 de la Ley 600 de 2000), incluyendo el incremento dispuesto en la Ley 890 de 2005.

Agrega que una vez establecido el primer cuarto de movilidad, el a quo manifestó que dada la cantidad de municiones el mínimo de la sanción debía ser incrementado en seis (6) meses, amén de que posteriormente aplicó la disminución punitiva de un cuarenta por ciento (40%) en atención al allanamiento a los cargos formulados.

De lo expuesto concluye la Fiscal Delegada que la gravedad de la conducta y la captura en flagrancia del procesado no se tuvieron como fundamentos genéricos o específicos para cuantificar la sanción, pues sirvieron para ponderar el grado de injusto dentro del correspondiente cuarto de movilidad punitiva, sin que, por tanto, pueda aducirse que ulteriormente se las tuvo en cuenta una vez más, en violación del principio *non bis in idem*.

Añade que para tasar la rebaja de la sanción por allanamiento a los cargos se

puede acudir a la modalidad del delito y a la forma de comisión del mismo.

Con base en lo expuesto la Fiscal Delegada considera que no hay lugar a la casación del fallo en razón de los motivos expuestos por la demandante.

Pese a lo anterior, resalta que se violó el principio de legalidad al imputar, acusar y condenar a CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO por la circunstancia de agravación establecida en el numeral 1º del artículo 365 de la Ley 599 de 2000, es decir, por la utilización de medios motorizados, pues transportar dentro de unas cajas cierta cantidad de munición no satisface las exigencias legales para que proceda la referida agravación punitiva.

En apoyo de su aserto asevera que para la aplicación de dicha circunstancia de agravación es preciso que medie una relación causal entre el delito y el medio motorizado, pues, si como ocurre en este caso, no se demuestra un mayor grado de lesividad de la conducta contra la seguridad pública al utilizar el mencionado medio, no hay lugar a aplicar la ya citada agravante de la pena.

De conformidad con los anteriores planteamientos, la Fiscal Delegada solicita a la Sala, no casar el fallo por las razones expuestas por la recurrente, pero disponer su casación parcial y oficiosamente, a fin de marginar la circunstancia de agravación punitiva del comportamiento, efectuando, desde luego, la respectiva redosificación de la pena impuesta al CAMILO ANDRÉS DÍAZ.

3. Intervención del Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal

El Delegado del Ministerio Público comienza por señalar que ya se ha establecido jurisprudencialmente que los parámetros establecidos en el artículo 61 de la Ley 600 de 2000 para dosificar la pena, no son los mismos para cuantificar la rebaja de la sanción por allanamiento a los cargos objeto de imputación, pues estos obedecen a un mérito

procesal posdelictual que tiene que ver con factores tales como las circunstancias en las que se efectúa la captura, el ahorro investigativo de la Fiscalía, la colaboración del procesado y la reparación de las víctimas.

Indica que también se ha dicho que si Fiscalía y procesado no han acordado la rebaja de pena, delegan tal potestad en el juez para que la adelante de conformidad con criterios posdelictuales.

Entonces, concluye que en este asunto el Tribunal violó directamente la ley sustancial (artículo 61 de la Ley 599 de 2000), pues expresamente confirmó el monto de la rebaja de pena, teniendo en cuenta para ello la gravedad de la conducta investigada.

No obstante lo expuesto, precisa el Delegado que si el a quo al dosificar la rebaja punitiva valoró la circunstancia en la cual se produjo la captura de CAMILO ANDRÉS DÍAZ, no la alegada gravedad de la conducta, no se produjo violación del principio non bis in ídem.

Y resalta que si el juzgado para tasar la ya mencionada rebaja punitiva en razón del allanamiento a los cargos apreció un factor posdelictual, referido a la captura del procesado en flagrancia, acertó en la aplicación de la ley, pues ya esta Sala ha dicho que la aprehensión en tales circunstancias otorga a la Fiscalía una alta probabilidad de éxito en caso de ir a juicio, criterio que, por tanto, resulta válido, posdelictual y diferente a los establecidos en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 a efecto de dosificar la rebaja punitiva.

Afirma luego, el Ministerio Público, que en este asunto pudo ocurrir alguna de las siguientes situaciones: (i) Que el ad quem no tuvo en cuenta la situación de captura en flagrancia del acusado como criterio para dosificar la sanción, caso en el cual, el cargo prosperaría, pues sólo lo habría sido para efectuar tal cómputo la gravedad de la conducta, ya valorada como criterio dispuesto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000,

es decir, la deducción punitiva del cuarenta por ciento (40%) habría quedado sin fundamentación.

(ii) El Tribunal complementó la argumentación del Juzgado, motivo por el cual, en virtud del principio de unidad de los fallos estuvo suficientemente fundada la rebaja, pues subsiste la apreciación de la captura en flagrancia, lo cual conllevaría que el cargo no prosperara.

(iii) Lo expuesto por el a quo no resulta unívoco y explícito, dado que se refiere a “las circunstancias de la captura y no a la captura en flagrancia”, razón por la cual se podría decir que la motivación es deficiente, es decir, carecería de fundamento no haber otorgado en favor del procesado una rebaja del cincuenta por ciento (50%), sino sólo del cuarenta (40%).

Expuesto lo anterior, el Delegado considera que, todo apunta a señalar que la rebaja de pena obedeció a la captura en flagrancia del inculcado, según lo estableció el funcionario de primer grado, de donde puede concluirse que lo dicho por el Tribunal sólo viene a complementar el fallo sobre el particular en cuanto unidad inescindible, esto es, la rebaja punitiva si se encuentra suficientemente motivada.

Destaca que si bien el Tribunal violó de manera directa la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 al decir que para cuantificar la deducción de pena tenía en cuenta la gravedad de la conducta, ello en verdad no pasa de ser un vicio intrascendente, pues al respecto el fallo de segundo grado únicamente adicionó los planteamientos expuestos a través de la sentencia de primera instancia, la cual, como ya se dijo, pondera la captura en flagrancia, como criterio que resulta válido para tener en cuenta al momento de efectuar la rebaja punitiva.

Por las razones expuestas, el Delegado solicita a la Sala no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que según se expresó, la Sala decidió admitir únicamente el segundo cargo de la referida demanda de casación específicamente en cuanto se refiere a “demostrar que los criterios establecidos en el artículo 61 del estatuto penal para individualizar la pena no son los mismos que deben ser objeto de ponderación al disminuir dicho quantum en razón del allanamiento a los cargos por parte del imputado (artículo 351 de la Ley 906 de 2004)”, con el propósito de “hacer efectivo el derecho material del procesado al non bis in ídem y a la legalidad de la sanción”, tal será la temática que corresponde ahora dilucidar, en cuyo marco jurídico se tiene:

1. El allanamiento a cargos y su incidencia en la dosificación de la pena

El sistema penal de tendencia acusatoria se caracteriza por ser adversarial, esto es, se encuentra gobernado por el principio de “igualdad de armas” o de partes (artículo 4º de la Ley 906 de 2004), en virtud del cual, Fiscalía y defensa cuentan con las mismas facultades orientadas a sustentar la acusación, la primera, y a desvirtuar o hacer menos gravoso el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, la segunda.

Tal sistema procesal supone que la Fiscalía y la defensa concurren ante un juez imparcial con el propósito de que se pronuncie de fondo dentro de un juicio oral, público, con inmediación y controversia de las pruebas aportadas por cada uno de los contendientes.

No obstante lo anterior, asiste al procesado la facultad de acogerse a alguno de los institutos de terminación anticipada del proceso, a través de los cuales consigue soslayarse la tramitación de muchos de los pasos definidos por el legislador, amén de que, lo más importante, se arriba a una decisión de fondo. Dentro de tales figuras se encuentra el allanamiento a cargos, en virtud del cual el inculcado renuncia a una o

varias de las etapas del proceso, esto es, renuncia al derecho a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de la prueba y sin dilaciones injustificadas, siempre que acepte los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, esto es, conociendo y asumiendo las consecuencias de la declaración de responsabilidad que se concretarán a través de un fallo de carácter condenatorio.

La aceptación de los cargos como figura dispuesta para culminar anticipadamente el trámite se enmarca dentro de una política criminal fundada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia, motivo por el cual, beneficia al imputado o acusado – según el momento procesal en que la aceptación se presente – con una sustancial rebaja de la pena que habría de imponérsele si la sentencia se dictara como producto de la terminación del juicio oral, una vez superadas las distintas etapas que para llegar a tal momento se encuentran definidas en la ley procesal, pues es claro, que con un tal proceder del sujeto pasivo de la acción penal, ahorra en favor del Estado ingentes esfuerzos y recursos de toda índole que habrían de ser utilizados en la investigación y en el juzgamiento, esto es, en la dinámica de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado.

Ahora, aunque en la Ley 906 de 2004 no se establece el límite mínimo de la rebaja para cuando el allanamiento tiene lugar durante la audiencia de imputación o la preparatoria, una interpretación razonable del instituto permite afirmar que dichos extremos menores están determinados por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede el allanamiento a la imputación. Es decir, de la tercera parte hasta la mitad de la pena cuando el allanamiento tiene lugar en la audiencia de formulación de imputación; de la sexta hasta la tercera parte de la pena cuando ocurre durante la audiencia preparatoria y de la sexta parte de la pena, cuando la aceptación se presenta al inicio del juicio oral¹.

De conformidad con lo expuesto, si en los artículos 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 no se establece una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento a cargos se produce dentro de las audiencias de imputación y preparatoria – como sí ocurre cuando la aceptación de los cargos acontece en la iniciación del juicio, caso en el cual se descuenta de manera fija una sexta parte de la pena – sino que frente a las referidas situaciones se dispone una rebaja ponderada de “hasta de la mitad” de la pena para la primera y “hasta de la tercera parte” para la segunda, es razonable concluir que corresponde al fallador determinar la proporción en la cual rebajará la pena.

En tal labor, es de su resorte tener en cuenta, como ya lo ha precisado la Sala, las circunstancias posdelictuales que guarden relación con la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, tales como: la significativa economía en la actividad estatal orientada a demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, la importancia de la ayuda en punto de la dificultad de acreditación probatoria, la colaboración en el descubrimiento de otros partícipes o delitos, o diversos factores análogos, sin ponderar los criterios definidos por el legislador en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 para individualizar la pena, pues para tal momento ya fueron apreciados al establecer la sanción a la cual se aplicará la rebaja en razón del allanamiento a cargos².

Una vez efectuadas las anteriores precisiones se tiene que, en el asunto que concita la atención de la Sala se dijo en el fallo de primer grado al individualizar la pena, lo siguiente:

“NO se podrá partir de la pena mínima establecida en el cuarto seleccionado, pues como lo hiciera ver la Fiscalía y el Ministerio Público, se tiene que resaltar la gravedad de la conducta por la que se procede, toda vez que se trata de una cantidad considerable de munición que en manos de particulares provoca enorme inseguridad en la sociedad, la cual ha sido víctima de un fuego cruzado de grupos al margen de la ley, que

se resisten a respetar las directrices que nos permiten vivir en paz...”.

A su vez, en la misma decisión al cuantificar la rebaja punitiva en razón del allanamiento a cargos se dijo que si bien podía ser hasta de la mitad, “viendo las circunstancias en que fue capturada la persona que se está allanando, este Despacho considera que el imputado se hace merecedor a un descuento de un 40%, esto es, CUARENTA MESES Y VEINTICUATRO (24) DIAS, para una PENA DEFINITIVA a imponer de SESENTA Y UN (61) MESES Y SEIS (6) DÍAS DE PRISIÓN” (subrayas fuera de texto).

En la sentencia de segunda instancia se indicó sobre el particular:

“Como Díaz Galindo se allanó a los cargos cuando le fueron imputados en audiencia llevada a cabo para ese efecto, es aplicable el artículo 351 de la Ley 906/04 que permite la reducción de la pena imponible ‘hasta la mitad (...). En orden a dicha disminución de la pena se considera que puede el juez ponderarla, teniendo en cuenta para ello los factores referidos en el inciso 3º del artículo 61 del C.P., de tal manera que resulta ajustado, en este caso, se haya rebajado la sanción imponible en un cuarenta por ciento y no en el máximo del 50%, dada la gravedad de la conducta delictual materia del proceso” (subrayas fuera de texto).

Resaltados los apartes pertinentes de las sentencias de primera y segunda instancia acerca de la temática que se debate, encuentra la Sala que, de una parte, acertó el a quo al no otorgar el máximo de rebaja punitiva, esto es, de la mitad de la pena imponible, pues es claro que si la captura de CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO se produjo en flagrancia, tal situación no demandaba de la administración de justicia un especial desgaste en su actividad investigativa y de juzgamiento, dado que con la aprehensión en dicha circunstancia se consiguió acreditar en gran medida tanto la materialidad del delito, como la responsabilidad penal del procesado, motivo por el cual, asistía a la Fiscalía una alta probabilidad de éxito en el evento de que el asunto hubiese

llegado a juicio.

Y, de otra, que también acertó el funcionario de primer grado al tasar la rebaja de pena en un quantum no inferior al cuarenta por ciento (40%), pues además de la captura en flagrancia, también era oportuno tener en cuenta que CAMILO ANDRÉS DÍAZ en su primera intervención judicial aceptó de manera libre, voluntaria, espontánea y debidamente asistida los cargos que le formuló la Fiscalía durante la audiencia de imputación, lo cual se tradujo en un ahorro y economía en cuanto comporta la actividad investigativa, amén de la prescindencia del juicio, con la correspondiente definición celera del asunto.

En cuanto se refiere a lo expuesto sobre el tema objeto de estudio por parte del Tribunal, encuentra la Sala que si en virtud del principio de unidad de los fallos, cuando la decisión de primera instancia es confirmada en segundo grado, ambas providencias conforman una sola unidad inescindible, no hay duda que como en este caso el ad quem confirmó la sentencia proferida por el a quo sin efectuar salvedad alguna, asiste razón al Procurador Delegado al considerar que, si bien erró cuando al ocuparse del análisis de la disminución de la pena en razón del allanamiento a cargos expresó que debían tenerse en cuenta “los factores referidos en el inciso 3º del artículo 61 del C.P., de tal manera que resulta ajustado, en este caso, se haya rebajado la sanción imponible en un cuarenta por ciento y no en el máximo del 50%, dada la gravedad de la conducta delictual materia del proceso” (subrayas fuera de texto), lo cierto es que tal yerro deviene intrascendente.

En efecto, palmario resulta que valorar la “gravedad de la conducta” para no conceder al procesado la rebaja máxima de la mitad de la pena, sino sólo del cuarenta por ciento (40%) de la misma, quebranta el principio non bis in ídem, pues supone la valoración de la misma situación dos veces, en manifiesto detrimento de los intereses del inculcado. La primera, cuando una vez establecido el respectivo cuarto de movilidad

punitiva, el funcionario se alejó del extremo mínimo de pena al ponderar la gravedad de la conducta. La segunda, cuando el mismo factor es tenido en cuenta para que el monto de la disminución de la sanción no sea el máximo dispuesto en la ley, sino de un diez por ciento (10%) menos de este.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que el equívoco del ad quem no tiene la virtud de afectar la referida dosificación de la pena impuesta a CAMILO ANDRÉS DÍAZ, pues, se reitera, de conformidad con el principio de unidad de los fallos, es evidente que la cabal argumentación del a quo fue avalada por el ad quem al confirmar tal decisión sin que manifestara un desacuerdo con dicha consideración, amén de que el agregado referido a la ponderación de la gravedad del comportamiento para restringir la disminución punitiva en razón del allanamiento a cargos de la conducta, no tiene incidencia efectiva en la motivación y apreciación de tal aspecto, con mayor razón, si se advierte que la argumentación ofrecida por el a quo sobre el particular es acertada.

Las razones expuestas resultan suficientes para que la Sala considere que el cargo no está llamado a prosperar.

Interés de la Fiscalía para solicitar la casación parcial del fallo

Como durante la audiencia de sustentación del recurso extraordinario que a través de esta decisión se resuelve, la Fiscal Delegada planteó que se imponía casar parcial y oficiosamente el fallo, dado que se violó el principio de legalidad al imputar, acusar y condenar a CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO por la circunstancia de agravación establecida en el numeral 1º del artículo 365 de la Ley 599 de 2000, es decir, por la utilización de medio motorizado, pues transportar dentro de unas cajas cierta cantidad de munición no satisface las exigencias legales para que proceda la referida agravación punitiva, pertinente resulta efectuar las siguientes consideraciones.

Por antonomasia el sistema procesal penal acusatorio se caracteriza por ser de

índole adversarial, dado que se trata de un derecho de partes, en el cual se diferencian con nitidez dos roles, de un lado, el del órgano estatal encargado de investigar y acusar y, de otro, el de la defensa, comprendiendo sus dos ámbitos, el material y el técnico.

En el ejercicio de los referidos roles, a cada parte le asiste un especial interés, el cual se traduce en sus pretensiones a lo largo del diligenciamiento, cuyo planteamiento y acreditación debe efectuar ante un tercero imparcial, juez, quien se encuentra investido para decidir el debate suscitado.

Ahora, ha puntualizado la Sala de tiempo atrás que, respecto de los mecanismos legales de impugnación, es indispensable que quien los promueva, además de contar con legitimación en el proceso, esto es, que ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar, le asista también legitimación en la causa, presupuesto que exige de manera imprescindible que el impugnante tenga interés jurídico para atacar el proveído en cuanto le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen. Sobre el particular, el artículo 186 del estatuto procesal penal dispone que “los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico”.

De conformidad con lo anterior, es claro que: (i) la Fiscalía General de la Nación, entendida como un solo cuerpo que actúa a través de los Fiscales Delegados (artículo 2º de la Ley 938 de 2004), indicó tanto en la audiencia de imputación como en el escrito de acusación que el procesado CAMILO ANDRÉS DÍAZ era el presunto responsable del delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 de la Ley 599 de 2000), agravado por la utilización de medio motorizado (numeral 1º del artículo 356 ejusdem).

(ii) Tal imputación fue aceptada por el sindicado debidamente asistido por su defensor.

(iii) El procesado fue condenado tanto en primera como en segunda instancia como autor penalmente responsable del referido delito agravado.

Por tanto, no hay duda que carece ahora la Fiscal Delegada de interés para solicitar que se margine la circunstancia de agravación específica que fue deducida a través del fallo objeto de impugnación, cuando lo cierto es que fue la Fiscalía la que imputó tal circunstancia al inculcado y por ella se lo condenó.

En suma, encuentra la Sala que si la Fiscal Delegada aprovechó la oportunidad que le fue concedida dentro de la audiencia de sustentación del recurso de casación para solicitar que no se tuviera en cuenta la circunstancia de agravación punitiva derivada de la utilización de vehículos motorizados, sin dificultad se advierte que carecía de interés para cuestionar tal temática, dado que el fallo, en virtud del principio de congruencia, fue proferido de acuerdo con los cargos formulados por la Fiscalía y voluntariamente aceptados por CAMILO ANDRÉS DÍAZ, sin que, entonces, haya derivado perjuicio o desmedro alguno en punto de las pretensiones de la Fiscalía dentro del informativo.

Así las cosas, la Sala no se ocupará a instancia de la Fiscal Delegada del planteamiento que efectuó durante su intervención durante la audiencia de sustentación de este recurso extraordinario, por carecer de interés.

Casación oficiosa

Observa la Sala que acerca de la circunstancia de agravación punitiva dispuesta por el legislador en el numeral 1º del artículo 365 de la Ley 599 de 2000, la cual trata de la utilización de medios motorizados, ha señalado la jurisprudencia lo siguiente:

“La circunstancia modificadora de la punibilidad, entre otros, por la utilización de medios motorizados parte del supuesto de que portar un arma de fuego en tal situación fáctica

hace más potencial la lesión al bien jurídico protegido, habida cuenta que desde un vehículo o unidad motorizada se puede más fácilmente atentar contra la paz y la convivencia social integrada en la seguridad pública. No obstante, para dicha conclusión tiene que haber una valoración de la relación causal entre el verbo rector desplegado por el sujeto y dicha circunstancia y la verificación que esa era su voluntad (dolo) que le imprimió particular contenido a su comportamiento”.

“Por consiguiente, la incorporación de dicha circunstancia en la construcción del juicio de derecho está condicionada a que el sentenciador concluya, mediante la actividad probatoria, que el arma transportada en vehículo motorizado haga más potencial el riesgo de vulneración del bien jurídico de la seguridad pública, como sería el caso, cuando entre el porte de dicho elemento y la utilización de medios motorizados exista una relación teleológica, es decir, tenga conexión con la comisión de otras conductas punibles, por ejemplo, asaltar una entidad bancaria, o perpetrar un homicidio por banda de sicarios, etc.”³. (subrayas fuera de texto).

En el asunto que concita la Sala se advierte que si CAMILO ANDRÉS DÍAZ fue sorprendido en el momento en que junto con otra persona se desplazaba en un vehículo de su propiedad, llevando dentro del baúl del mismo unas cajas que contenían 7.088 cartuchos calibre 5.66 para fusil o subametralladora, con tal comportamiento puso en peligro el bien jurídico de la seguridad pública, pues se trataba de transportar municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, que ilegalmente podrían ser utilizadas por grupos al margen de la ley.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la forma en que sucedieron los hechos, evidente resulta que la utilización de un medio motorizado en el transporte de tales elementos no conllevó un aumento en el riesgo en el cual se encontraba el bien jurídico de la seguridad pública, en cuanto objeto de protección jurídica por parte del legislador, pues como puede deducirse del fragmento de jurisprudencia transcrito, para que

se estructure la ya mencionada circunstancia de agravación punitiva por la utilización de medios motorizados, es menester que un tal proceder incremente de alguna manera la antijuridicidad de la conducta, esto es, que potencialmente la torne más lesiva.

En efecto, en el caso de especie es claro que el acto de llevar los proyectiles de arma de fuego dentro del baúl del vehículo de propiedad del procesado, no colocaba a la comunidad en un peligro más grave que el consustancial al transporte de tales municiones, motivo por el cual no era procedente deducir la ya mencionada circunstancia de agravación de la pena.

Si ello es así, corresponde a la Sala casar oficiosamente y parcialmente el fallo atacado, en el sentido de marginar la circunstancia de agravación punitiva derivada de la utilización de medios motorizados, dada su improcedencia en este caso, efectuando, desde luego, la correspondiente disminución en la pena que le fue impuesta al procesado.

Por tanto, teniendo en cuenta los derroteros de dosificación de la punibilidad establecidos en el fallo atacado se tiene que, como el límite inferior del primer cuarto de movilidad punitiva dispuesto para el delito de porte ilegal de municiones de uso privativo de las fuerzas armadas agravado, fue incrementado en 6.25%, corresponde ahora aumentar en el mismo porcentaje el extremo inferior del primer cuarto punitivo establecido para el referido delito sin la concurrencia de la circunstancia de agravación, es decir, cuarenta y ocho (48) meses deben ser incrementados en otros tres (3), lo cual arroja un resultado definitivo de cincuenta y un (51) meses de prisión.

En el mismo lapso se dosifican las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (inciso 3º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000) y privación del derecho a la tenencia y porte de armas

impuestas al procesado.

Lo anterior, necesariamente obliga a evaluar si resulta procedente otorgar a CAMILO ANDRÉS DÍAZ la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, sobre lo cual se encuentra que si bien el requisito objetivo para acceder a tal instituto está satisfecho, en cuanto la pena mínima prevista en la ley para el delito por el que se procede es inferior a cinco (5) años de prisión, no ocurre lo mismo con la exigencia subjetiva, temática cuyo estudio aborda la Sala a continuación.

En la ponderación del referido requisito subjetivo corresponde establecer que “el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”, aspectos sobre los cuales se indicó en el fallo de primer grado lo siguiente:

“Estamos en presencia de un Capitán ® de la policía, es decir, se trata de un hombre que le estuvo prestando su servicio al Estado, que sabía que el comportamiento que realizaba estaba prohibido, contaba con plena capacidad de comprensión y de autodeterminación conforme a la misma, dada su salud mental y nivel educativo, pues adicionalmente es abogado, que conoce de tal manera la ilicitud de su comportamiento y las consecuencias de actuar al margen de la ley” (subrayas fuera de texto).

Adicional a lo anterior se tiene que, como ya ha dicho la Sala⁴, también al momento de decidir sobre el otorgamiento de la prisión domiciliaria es oportuno ponderar la gravedad de la conducta, pues a partir de ello se puede pronosticar que el procesado no colocará en peligro a la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena, temática sobre la cual se afirmó en la sentencia de primera instancia:

“Se trata de una cantidad considerable de munición que en manos de particulares provoca

enorme inseguridad en la sociedad, la cual ha venido siendo víctima de la violencia en un fuego cruzado de grupos al margen de la ley, que se resisten a respetar las directrices que nos permiten vivir en paz, lo que denota que quien incurre en estos quehaceres corresponde a una delincuencia con total carencia de consideración frente al respeto por el ser humano”.

En suma, advierte la Sala que dada la gravedad de la conducta, amén del desempeño personal, laboral y social de CAMILO ANDRÉS DÍAZ, no consigue pronosticarse que no colocará en peligro a la comunidad, pues por el contrario, se advierte que desde su residencia podría incursionar una vez más en la comisión de delitos como el que ahora da lugar a su condena, pues pese a haber pertenecido a la Policía Nacional y ostentar la condición de abogado, no se abstuvo de realizar el grave comportamiento que, sin duda alguna, tiene funesta injerencia en las condiciones de seguridad de nuestra patria, luego el peligro para la comunidad, en caso de conceder al procesado la prisión domiciliaria, sería latente.

Por 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

1. CASAR parcialmente el fallo de segundo grado en el sentido de dosificar la pena principal que corresponde a CAMILO ANDRÉS DÍAZ GALINDO como autor penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, en cincuenta y un (51) meses de prisión, lapso en el cual también se tasan las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
2. No sustituir la prisión intramural por la domiciliaria, de conformidad con las razones

consignadas en la anterior motivación.

3. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene sin modificación alguna.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Ver sentencia del 23 de agosto de 2005. Rad. 21954.

2 Sentencia del 29 de junio de 2006. Rad. 24529.

3 Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Rad. 20665.

4 Sentencia del 16 de marzo de 2005. Rad. 20232.