

Proceso No 28700

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N.º. 267

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil ocho (2008).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 31 de mayo de 2005 el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Villavicencio halló penalmente responsable a Guillermo Tarquino Cely del delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y, en consecuencia, lo condenó a 72 meses de prisión y a igual término de inhabilitación de derechos y funciones públicas. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El 5 de julio de 2007 el Tribunal Superior de esa ciudad confirmó la decisión.

La defensa formuló recurso de casación que fue concedido.

Presentada la demanda respectiva, esta Sala, por auto del 5 de diciembre de 2007, inadmitió los cargos por violación indirecta y admitió el propuesto por violación directa. En ese orden, se procede a resolver el recurso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 7 de febrero de 2002 en un procedimiento de registro vehicular de rutina llevado a cabo en la guardia principal de la base de la Fuerza Aérea de Apiay, se encontró en la silla trasera del vehículo conducido por el Suboficial Guillermo Tarquino Cely, técnico orgánico del Comando aéreo de Combate, un casco de vuelo con montante para visor nocturno y tres granadas de 40 mm., en el momento en que salía de esas instalaciones.

2. La justicia penal militar inició la investigación, pero luego se remitieron las diligencias a la ordinaria en virtud de lo resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dentro del conflicto positivo de competencia propuesto.

El 5 de mayo de 2004 la Fiscalía Séptima Especializada de Villavicencio formuló resolución de acusación en contra de Tarquino Cely por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, descrito en el artículo 366 del Código Penal, agravado por el numeral 1º del artículo 365 ibídem¹.

Luego se profirieron las sentencias mencionadas.

LA DEMANDA

En criterio de la defensora de Tarquino Cely el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial al aplicar indebidamente el numeral 1º del artículo 365 del Código Penal.

Afirma que tanto la fiscalía como los juzgadores aplicaron la circunstancia de agravación punitiva allí contenida de manera objetiva, sin analizar, como lo ha hecho la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si existía una relación causal entre el porte de los elementos por parte de su representado y el hecho de que el mismo se verificara en el automóvil de su propiedad, de modo que potenciara la peligrosidad de la conducta, o si el uso del automotor fue meramente accidental (cita

la sentencia del 10 de noviembre de 2005, radicado 20.665).

Sostiene que lo probado en el plenario fue que Tarquino Cely portaba sin autorización los cartuchos, pero la circunstancia de su movilización en el vehículo no resultó relevante. Para el momento de la requisa se proponía dejar la base por relevo en el turno de vuelo prestado, como habitualmente lo hacía.

Si el fallador no hubiese incurrido en ese error, la pena habría sido menor y podría haber accedido a los subrogados de ejecución condicional y prisión domiciliaria.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal sugiere no casar la sentencia por las siguientes razones:

El delito imputado a Tarquino Cely es de peligro común, por lo que para su realización y consumación basta el cumplimiento de la pura actividad, sin que se exija la concreción del daño colectivo y menos importa el propósito específico o finalidad concreta por parte del actor.

El caso resuelto por la Corte en la sentencia traída a colación por la recurrente no guarda idénticas características con el ahora estudiado. Además, afirma discrepar de la postura adoptada en esa ocasión, concretamente respecto de la forma como soporta los ejemplos sobre los cuales entiende la posibilidad de aplicación de la causal específica de agravación.

En su criterio, “la resolución de la cuestión no requiere de la constatación de una intencionalidad, finalidad o propósito específico aunado a otra delincuencia, recuérdese que la tipicidad de la norma no exige tales ingredientes subjetivos, por lo que la exigencia teleológica nos parece un agregado no previsto por el legislador ni

susceptible de ser extraído como ejercicio hermenéutico.”

Tarquino Cely realizó la conducta punible mediante la utilización del vehículo automotor; y sin el concurso del automóvil no le habría sido fácil cometer el ilícito intentando superar los controles militares. Además, al colocar las granadas explosivas en el rodante aumentó el peligro de causar grave perjuicio a la comunidad.

LAS CONSIDERACIONES

La Corte casará parcialmente la sentencia recurrida porque, tal como a continuación se expone, al supuesto fáctico declarado como probado en la sentencia se le aplicó indebidamente la circunstancia modificadora de la punibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 365 del Código Penal.

1. El delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas se encuentra inmerso dentro del capítulo de los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad. El legislador sanciona la conducta, no por los efectos dañinos que se puedan alcanzar, sino simplemente por la potencialidad del daño, porque en sí mismas tienen la suficiente entidad para poner en peligro la vida, la integridad personal, el patrimonio o la pacífica convivencia de los ciudadanos.

Así, pues, un individuo por el solo hecho de ejecutar, sin permiso de autoridad competente, cualquiera de los verbos rectores previstos en el artículo 366 del Código Penal, esto es, importar, traficar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar o portar armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, o explosivos, transgrede el ordenamiento sustantivo y se hace merecedor a una sanción penal. No se requiere otra causación de daño o agravio, pues cualquiera de esas conductas, por sí mismas, atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública.

2. De acuerdo con lo que los falladores encontraron probado dentro del expediente, cuando Tarquino Cely salía de la base de Apiay de la Fuerza Aérea miembros de la guardia principal, que realizaban procedimiento de rutina al personal que ingresa y sale del lugar, hallaron en su vehículo las granadas y un casco de vuelo con montante para visor nocturno.

Sin duda con dicho comportamiento puso en peligro el bien jurídico de la seguridad pública, en cuanto llevaba consigo elementos de uso privativo de las fuerzas armadas que, eventualmente, habrían podido ser utilizados por grupos al margen de la ley o ser usados para atentar contra la integridad de las personas o de los bienes públicos.

Sin embargo, la forma en que sucedieron los hechos permite concluir que la utilización de ese medio motorizado -su automóvil- no conllevó, per se, un aumento del riesgo. Para que se estructure la circunstancia de agravación punitiva del numeral 1º del artículo 365 -utilizando medios motorizados- es indispensable que tal proceder haga potencialmente más lesiva la conducta, esto es, aumente de cualquier manera su antijuridicidad.

En la sentencia del 10 de noviembre de 2005 (radicado 20.665), reiterada luego el 21 de febrero de 2007 (radicado 25.726), la Corte sostuvo que para que se puedan imputar esas circunstancias modificadoras de la punibilidad debe deducirse la presencia de una relación causal entre la comisión de cualquiera de los verbos alternativos y aquellas, referida a la mayor potencialidad del riesgo de vulneración del bien jurídico protegido, es decir:

“...no basta realizar una adecuación de los hechos probados en el tipo penal, sino que se hace necesario verificar si entre la acción desplegada por el agente y la circunstancia modificadora de la punibilidad hay relación causal para poderse atribuir y, por lo mismo, modificar el mínimo de la pena, por cuanto la misma puso en mayor

potencialidad de riesgo de vulneración del bien jurídico tutelado de la seguridad pública.”²

Luego de consultar los antecedentes históricos de la norma, la Sala concluyó:

“...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.

(...)

En definitiva, las circunstancias modificadoras de la pena previstas en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, que son tanto para la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones -de defensa personal- y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas para su imputación, el agente tiene

que haber puesto en mayor riesgo el bien jurídico protegido de la seguridad pública, siendo del resorte del juzgador valorar si esa consecuencia fue prevista por él con su comportamiento doloso.”³

Los elementos de uso privativo de las fuerzas armadas le fueron encontrados a Tarquino Cely en la silla trasera del vehículo de su propiedad, en momentos en que salía de la base de la Fuerza Aérea. Aun a pesar de que el Tribunal determinó que se hallaban en la tula militar junto con los overoles de vuelo, las botas, artículos de aseo y ropa informal, no estaban encaletados o escondidos. Es más, no se intentó evadir la requisa, menos cuando, tal como lo indicaron los falladores, el registro que realizaba el personal de guardia era de rutina. De manera pues que no se puso a la comunidad ante un peligro mayor por el hecho de trasportarlos en el automotor.

3. Refiere el representante del Ministerio público que sin la utilización del vehículo a Tarquino Cely le habría sido más difícil cometer el delito “intentando superar los controles militares”. No entiende la Corte el sustento de tal afirmación cuando, como se explicó, los juzgadores fueron explícitos al destacar que era rutinario hacer controles al personal de ingreso y salida de la base militar.

El Delegado también muestra inconformidad con la exigencia de la intencionalidad específica o la conexión con otra conducta delictiva que ha hecho la jurisprudencia, concretamente en la sentencia del 10 de noviembre de 2005, citada en precedencia.

No se evidencia imprecisión alguna porque ese fallo no hace una lista descriptiva y cerrada de los eventos en que opera esa circunstancia modificadora de la punibilidad, sino que cita algunos casos, a manera de ejemplo, con lo cual no restringe la posibilidad de otras hipótesis. Lejos de constituir un desacierto, permite darle aplicación a la norma y aclarar su sentido y alcance, como corresponde al máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en sede de casación.

4. A manera de conclusión debe señalarse que la sola realización de alguno de los verbos rectores descritos en la norma penal (artículo 366) pone en riesgo el bien jurídico de la seguridad pública. Si se constata que ese riesgo se aumenta por la utilización del medio motorizado, resulta válida la agravación punitiva. Entonces, para imputar la circunstancia modificadora de punibilidad contenida en el numeral 1º del artículo 365 ibidem los jueces deben analizar minuciosamente cada caso en particular y determinar si existe una relación de causalidad entre la conducta desplegada por el sujeto -importar, traficar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar o portar- y esa circunstancia de agravación punitiva, pero, además, verificar la voluntad en la realización del comportamiento (el dolo).

La evidente relación teleológica -entendida como la pretensión de un fin, no exclusivamente la comisión de otro delito- hace más potencial el riesgo de vulneración del bien jurídico, pero lo esencial para que se configure la circunstancia de agravación es que el medio motorizado sea necesario e indispensable para la realización de alguno de los verbos rectores del tipo penal y como tal ponga en riesgo mayor el bien jurídico tutelado.

5. Consecuente con lo expuesto se casará parcialmente la sentencia cuestionada con el fin de eliminar la circunstancia de agravación punitiva derivada de la utilización de medios motorizados, y se readecuará la pena impuesta.

El a-quo impuso 72 meses de prisión, es decir, el mínimo del primer cuarto. Así las cosas, al excluir la agravación punitiva, se acudirá igualmente al mínimo del primer cuarto, esto es, 36 meses de prisión. En igual sentido se modificará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

6. Lo anterior hace imperioso revisar la viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos del artículo 63 del estatuto sustancial.

Para la verificación del requisito subjetivo debe tenerse como referente la gravedad del delito, las circunstancias en las cuáles este se cometió, la buena conducta anterior del procesado, y “las actitudes posteriores al hecho delictivo que tiendan a detener sus efectos perjudiciales, la indemnización y la presentación voluntarias, como elementos expresivos de una personalidad positiva del acusado”⁴.

En este sentido, concurren a favor del sentenciado la ausencia de antecedentes, la buena conducta personal y familiar, su actitud frente al proceso y las circunstancias que rodearon los hechos, pues no se demostró que la administración hubiese sufrido mayor detrimento patrimonial. Tales aspectos permiten inferir que no existe necesidad de ejecución de la pena, razón por la cual se le concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por consiguiente, deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos del artículo 65 del Código Penal ante el Juez de primera instancia y garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicha norma mediante caución que se fija en un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio para imponer a Guillermo Tarquino Cely la pena principal de 36 meses de prisión e igual lapso para la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Segundo. Otorgar al sentenciado Guillermo Tarquinio Cely el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para lo cual deberá suscribir ante el Juez de primer grado diligencia de compromiso en los términos del artículo 65 del Código

Penal y prestar caución por valor equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Las restantes determinaciones del fallo se mantienen incólumes.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 49 a 67 del cuaderno N° 3.

2 Sentencia del 10 de noviembre de 2005 (radicado 20.665).

3 Idem.

4 Sentencia del 8 de febrero de 2000 (radicado 11.203).