

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP3701-2018

Radicación N° 49034

Aprobado acta N° 288

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte acerca de la admisión de la demanda de casación presentada en nombre de JOSÉ MAURICIO ROMERO ROJAS contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal (Casanare), por el cual fue confirmado el proferido en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad contra aquél como autor responsable de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal.

SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. En horas de la madrugada del 14 de octubre de 2013, con ocasión de las labores inherentes a un retén ubicado cerca de las instalaciones de la Fuerza Aérea en el barrio la Esmeralda de Yopal (Casanare), fue aprehendido JOSÉ MAURICIO ROMERO ROJAS, toda vez que al practicarle un registro las autoridades le hallaron en la pretina del pantalón el revolver Smith & Wesson, número de serie 9D72154, calibre 38, con seis cartuchos en su interior, elemento del cual carecía del respectivo salvo conducto¹.

2. En la misma fecha, en audiencia pública un juez con función de control de garantías declaró legal la captura de JOSÉ MAURICIO ROMERO ROJAS, y dentro de tal diligencia la

Fiscalía General de la Nación le formuló imputación como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal, previsto en el artículo 365 del Código Penal, modificado por el 19 de la Ley 1453 de 2011, cargos a los que no se allanó y, dado que el ente investigador retiró la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, fue dejado en libertad².

3. Por los hechos y conducta punible referidos, el órgano instructor radicó el siguiente 4 de diciembre escrito de acusación contra ROMERO ROJAS, el cual formalizó el 22 de enero de 2014 ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal, cuyo titular, una vez realizadas ante sí las audiencias preparatoria (el 07-05-2014) y del juicio oral (en sesiones de 08-09-14, 16-03-15, 23-10-15, 23-02-16 y 26-02-16), en armonía con el anuncio del sentido del fallo, el 8 de abril de 2016 dictó sentencia en la que declaró al procesado autor responsable del delito atribuido, y en tal virtud le impuso pena principal de ciento ocho (108) meses de prisión, así como la accesoria de ley por igual lapso, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la condena³.

4. Del expresado fallo apeló la asistencia técnica del acusado, y la impugnación fue resuelta el 15 de junio de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, en el sentido de confirmar la decisión atacada, sentencia de segunda instancia contra la cual la misma parte interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación⁴.

LA DEMANDA

5. El recurrente propuso cuatro censuras cuyos fundamentos son los siguientes.

5.1. En primer lugar, con sustento en el artículo 181, numeral 1º, de la Ley 906 de 2004, denunció, la aplicación indebida del artículo 365 de la Ley 599 de 2000, pues estima que en el supuesto fáctico debatido no fueron lesionados ni amenazados los bienes jurídicamente tutelados a través de la prohibición contenida en la citada norma.

Ello, señala, debido a que, como se demostró en el juicio con el testimonio del acusado, el arma incautada no era de éste sino de un hermano, con quien se hallaba consumiendo bebidas embriagantes y quien le pidió el favor de llevársela y guardarla ya que, al contrario del procesado, aquél continuaría con la ingesta etílica, solicitud a la que accedió el acusado para ponerla en un lugar seguro y así preservar el potencial peligro a los bienes jurídicamente resguardados, razón por la que el comportamiento de su defendido no estaba destinado a lesionar derechos sino a protegerlos.

Con base en lo anterior solicita casar el fallo recurrido por ausencia de antijuridicidad material, y absolver al acusado.

5.2. En segundo término, con apoyo en la misma causal atrás invocada, alegó la falta de aplicación de los artículos 1 y 92-2 de la [Constitución Política](#), en los que se alude a la solidaridad como “principio rector, deber y derecho fundamental”.

Luego de una disertación acerca de ese valor superior, el censor señaló que debido a las condiciones anímicas del hermano del acusado y del lugar donde él estaba ingiriendo licor, el arma de fuego en poder aquél representaba un potencial peligro para la vida del mismo y para la seguridad pública, motivo por el cual el enjuiciado tenía “el deber y estaba en todo su derecho” de ayudar a su colateral a minimizar el riesgo contra su integridad y contra el conglomerado social, y al llevársela consigo obró en defensa de esos bienes “quedando blindado de ser susceptible de un reproche penal” porque actuó con sujeción a los dictados del mandato de solidaridad.

De acuerdo con ese planteamiento solicita casar el fallo atacado y en su lugar absolver a su prohijado.

5.3. Como subsidiario de los dos anteriores reproches y soportado en la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el demandante alegó la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un falso juicio de existencia por

suposición acerca del dolo.

Al respecto indicó el recurrente que según el testimonio de su defendido, éste no revisó el artefacto que su hermano le entregó y, por lo mismo, no se percató si era o no en verdad un arma de fuego, y en el evento de que lo fuera, menos constató que llevara municiones y estuviera en condiciones idóneas para disparar, lo cual implica, sostiene el memorialista, que el acusado en su psiquis no tenía claro que actuaba conociendo los hechos constitutivos de la infracción penal y queriendo su realización, como de manera contraria y equivocada lo afirmaron los juzgadores al suponer la existencia de prueba demostrativa del obrar doloso del procesado.

Por lo anterior solicita casar la sentencia condenatoria y en reemplazo de esta emitir una de carácter absolutorio.

5.4. Finalmente, como subsidiario de todos los anteriores e igualmente apoyado en la causal tercera de casación (Ley 906 de 2004, artículo 181-3), el recurrente planteó la configuración de un falso juicio de existencia acerca de la prueba que acredita el ingrediente normativo consistente llevar el arma de fuego incautada sin permiso de la autoridad respectiva.

Para demostrar el vicio aseguró que sobre ese aspecto la Fiscalía se limitó a llevar el testimonio del subintendente José Ricardo Atuesta Gamboa, quien aseguró en su declaración que se comunicó vía telefónica con el Centro de Información Nacional de Armas (CINAR), donde una persona le informó que consultados los respectivos registros no se halló constancia de que a nombre del acusado figuran armas de fuego, sin que se estableciera la identidad de quien suministró la información y menos que esa persona en verdad laborara para la aludida entidad Estatal, lo cual hace derivar la declaración del agente Atuesta Gamboa en una típica prueba de referencia, porque éste funcionario no llevó a cabo labor que le permitiera constatar en forma directa lo comentado por el tercero.

Agrega que en ausencia de otro medio de prueba que acredite el elemento normativo que

exige el tipo penal, es evidente que los falladores supusieron que ese requisito estaba demostrado, cuando no es así.

Con base en esa argumentación solicita casar el fallo recurrido y absolver a su mandante del delito de porte ilegal de armas de fuego.

CONSIDERACIONES

6. Según lo establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, la casación es un mecanismo de control tanto constitucional (artículo 235-1) como legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como propósitos (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías fundamentales, (iii) la reparación de los agravios inferidos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Para el cumplimiento de esos objetivos en el mencionado régimen procesal se dotó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de facultades sustanciales al conferirle, entre otras, la potestad de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso, e índole de la discusión lo ameriten.

Lo anterior no implica, sin embargo, que este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de puntos que han sido materia de controversia, pues, por el contrario, dada su naturaleza extraordinaria, quien acude al mismo debe ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados (por vicios in procedendo o in iudicando) y desarrollarlos conforme a las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del

ordenamiento procesal, con el fin de persuadir a esta Corporación de revisar el fallo de segunda instancia en procura de corregir la decisión que se acusa de ser contraria a derecho.

De ahí que el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 consagre que no será admitida la demanda si el actor carece de interés para acceder al recurso; el escrito es inconsistente, esto es, si su motivación no evidencia la potencial violación de garantías y, en términos generales, “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”, lo que puede presentarse cuando la Corte observe que los aspectos reprochados no tienen una incidencia sustancial en relación con lo decidido en el caso concreto, o que puede responder a los planteamientos del demandante sin recurrir a valoraciones de fondo acerca de lo que ocurrió en la actuación.

La Corte anuncia desde ahora que el libelo no será admitido con base en la norma atrás citada, porque la disertación ofrecida como sustento de la inconformidad no evidencia objetivamente vicios determinantes de una declaración contraria a derecho, requisito de técnica sin el cual la Sala carece de habilitación legal para revisar los fundamentos del fallo censurado en procura de hacer efectivos los fines inherentes a este recurso extraordinario, según reiterada jurisprudencia de la Corporación.

7. En los dos primeros cargos el memorialista adujo acudir a la causal consagrada en la Ley 906 de 2004, artículo 181-1º, relativa a la violación directa de la ley sustancial, senda de cuestionamiento en la que es obligación perentoria para quien acude a la misma, aceptar los hechos tal cual fueron declarados en los fallos y abstenerse de llevar a cabo cualquier tipo de debate probatorio, pues la discusión debe ser de estricto orden jurídico y en caminata a demostrar que frente al supuesto fáctico reconocido en la sentencia y con apego a la valoración de los elementos de juicio allí plasmada, el sentenciador incurrió en alguno de los siguientes desaciertos:

i) Falta de aplicación o exclusión evidente, lo cual suele presentarse, por regla general, cuando el funcionario yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la considera en el caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que comete un error acerca de su existencia o validez en el tiempo o el espacio.

ii) Aplicación indebida, vicio que consiste en una desatinada selección del precepto. El error se manifiesta por la falsa adecuación de los hechos probados en relación con los supuestos condicionantes de éste, es decir, los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con la respectiva hipótesis normativa.

iii) O, por último, interpretación errónea, caso en el cual el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al suceso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

8. Lejos de llevar a cabo el censor una controversia de orden jurídico en los cargos primero y segundo, se empeña en poner de presente sus muy particulares conclusiones con base en la versión argüida por su representado en procura de evadir la responsabilidad inherente a su comportamiento, relato que, de bulto, fue desestimado en los fallos de segunda y primera instancia.

Dicho de otra manera, las alegaciones expuestas por el recurrente en las dos censuras postuladas por violación directa, no se ajustan a las exigencias de técnica propias de esa vía, al implicar en ambos casos un diferente criterio acerca de la valoración de los medios de prueba, con el que el censor arriba a conclusiones fácticas que en ningún momento fueron expresamente consideradas en la sentencia, además que ignora el censor otros aspectos declarados en los fallos y que controvierten sus propuestas en esas quejas.

En efecto, en cuanto al carácter ciertamente lesivo para el bien jurídicamente tutelado, el

demandante hizo abstracción de lo puntualizado en el fallo de primera instancia, confirmado por el de segundo grado, en cuanto a que en las condiciones en que el acusado portaba el arma de fuego, esto es, bajo el influjo del alcohol (desde tempranas horas del día anterior y hasta avanzada la noche estuvo consumiendo bebidas embriagantes) la amenaza para la seguridad pública era indiscutible, pues si para el que goza del respectivo permiso le es prohibido llevar tales artefactos en esas condiciones so pena de su incautación (Decreto 2535 de 1993, artículo 85, literales a y b), con mayor razón para quien carece del mismo y quien además adujo no tener idea acerca del manejo de armas de fuego.

Y en cuanto a la propuesta relacionada con la aplicación del valor “solidaridad” al que aluden los artículos 1 y 95-2 de la Constitución Política de Colombia, el cual, según el censor, traduciría la ausencia de reproche penal al procesado por el comportamiento observado, tal *sindéresis* obedece a la muy particular intelección del demandante acerca del alcance de esas normas, y por lo mismo no ilustra ni demuestra que los falladores hubiesen dejado de aplicar tales preceptos, máxime cuando en materia penal las causales de ausencia de responsabilidad son taxativas, se encuentran señaladas en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, y el recurrente ningún ejercicio argumental hizo para evidenciar que alguna de ellas se imponía frente a la situación fáctica declarada.

9. Las quejas subsidiarias no son más afortunadas que las anteriores. Tales reproches los enarboló el recurrente con estribo en la causal de casación prevista en la Ley 906 de 2004, artículo 181, numeral 3º, senda que atañe a la violación indirecta de la ley sustancial, bajo los sentidos de aplicación indebida y falta de aplicación, determinada u ocasionada por el “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia” o, lo que es igual, por yerros ostensibles y graves en la valoración probatoria, los cuales, según abundante pedagogía jurisprudencial, se dividen en dos grupos distintos y excluyentes, a saber:

De una parte, los errores de derecho, que se presentan cuando el juzgador contraviene el

debido proceso probatorio, valga precisar, las normas que regulan las condiciones para la producción (práctica o incorporación) de un determinado medio de prueba en el juicio oral y público (tacha que se conoce como falso juicio de legalidad), o porque, aun cuando la prueba ha sido legal y regularmente producida, desconoce el valor prefijado en la ley a la misma (yerro denominado falso juicio de convicción), clase de dislate incompatible con el anterior y de excepcional ocurrencia dado que, por regla general, en la actual sistemática procesal penal (así como en las anteriores), los elementos de conocimiento no tienen asignado en el ordenamiento adjetivo un grado de persuasión tarifado o ponderado (salvo lo relativo a la prueba de referencia. Ley 906 de 2004, artículo 381, inciso segundo), sino que el funcionario está en la obligación de apreciarlos en conjunto, de acuerdo con los postulados de la sana crítica.

Y por otra, los llamados errores de hecho, los cuales obligan a aceptar que el elemento de persuasión satisface las exigencias de su producción y que no tiene en la ley un predeterminado valor de convencimiento, habida cuenta que las falencias en que puede incurrir el juzgador se manifiestan a través de tres diferentes especies: falso juicio de identidad, porque adiciona o recorta la expresión fáctica de un elemento probatorio o distorsiona su contenido; falso juicio de existencia, debido a que tiene como probado un hecho que carece de acreditación, o supone como incorporada a la actuación la prueba de ese aspecto, o porque omite apreciar un elemento de conocimiento legal y allegado en forma válida; y falso raciocinio, que se presenta por desviación de los postulados que integran la sana crítica (reglas de la lógica, leyes de la ciencia y máximas de la experiencia) como método de valoración probatoria.

Sea que se trate de errores de derecho o de hecho, el actor no puede, so pena de violar el principio lógico de no contradicción, proponer respecto de un mismo medio de prueba simultánea e indistintamente las respectivas especies en que aquellos se subdividen, y además está en el deber de demoler todos los fundamentos probatorios de la sentencia demandada (comprendidos los expuestos en el fallo de primer grado que en virtud del

principio de unidad jurídica inescindible se integren al de segunda instancia), mediante la acreditación de errores típicos de la violación indirecta, pues si deja incólume alguno y éste resulta suficiente para sostener el pronunciamiento, es claro que no habrá conseguido quebrar la doble presunción de legalidad y acierto con la que llega ungido tal pronunciamiento a la sede de casación.

10. Tanto en el primero como en el segundo cargo subsidiarios el memorialista denunció la configuración de un falso juicio de existencia por suposición, de una parte, respecto del dolo, y de otra, acerca del elemento normativo que exige el tipo penal, es decir, la ausencia de permiso de la autoridad competente para la tenencia o porte de armas de fuego de defensa personal.

Sin embargo, en el primero de esos reproches el censor no acreditó en verdad la materialización de un vicio como el alegado, y en su lugar, con base en la estimación ofrecida acerca de la versión del acusado, se limitó a afirmar que como éste ni siquiera sabía ciencia cierta que “objeto” era el que llevaba consigo, no tenía conocimiento y voluntad de realizar la conducta delictiva, propuesta que en esos términos no pasa de ser un alegato de instancia con el que no se controvierten las pruebas con las que en los fallos se llegó a la conclusión contraria.

En efecto, el elemento subjetivo del delito lo derivaron los juzgadores del testimonio de Wolfgang Leonardo Ramírez Torres, soldado que practicó el registro al enjuiciado en la fecha de su captura, quien relató cómo inicialmente aquél, al ser inquirido sobre si llevaba armas o alucinógenos, negó portar esos elementos, pero al realizarle el cacheo y hallar en su poder el artefacto bélico, aseguró que sí tenía los papeles del mismo pero que no los llevaba en ese momento, en tanto que al llegar los uniformados de la Policía Nacional que asumieron el caso, ante David Leonardo Lanza Angulo señaló el capturado que el revólver era de su propiedad, que lo llevaba consigo para su defensa, pero que no tenía salvoconducto ni ningún otro documento que acreditara su legitimidad.

Con base en esos elementos de juicio, no controvertidos por el demandante, los juzgadores concluyeron que el acusado sabía de la prohibición legal de portar armas de fuego sin permiso la autoridad competente, y aun así llevaba consigo la que le fue decomisada, aspectos demostrativos del obrar doloso del acusado.

Y en cuanto al falso juicio de existencia por suposición de prueba respecto del elemento normativo de la conducta, lo criticado es que ese aspecto, según el demandante, se tuvo por acreditado solo con el testimonio del agente de la Policía Nacional José Ricardo Atuesta Gamboa, quien aseguró haberse comunicado con la línea institucional del Centro de Información Nacional de Armas (CINAR), donde un funcionario de esa entidad le informó que en la respectiva base de datos no figuraba a nombre del acusado permiso para porte o tenencia de armas de fuego, y que la decomisada a éste se hallaba registrada a nombre de una compañía de transporte (Prosegur S.A.) que desde el año 1992 la reportó como hurtada.

Para el demandante el citado medio de conocimiento carece de idoneidad para demostrar el elemento normativo que echa en falta, porque el mismo no pasa de ser una prueba de referencia, carente de valor suasorio.

Desde tal perspectiva, es evidente que la especie de error que debió alegar el censor no era falso juicio de existencia, sino, más bien, un falso juicio de legalidad si es que se trataba de prueba de referencia inadmisibles o, en su defecto, falso juicio de convicción; empero, al margen de que tal carencia de rigor pudiera ser superada, lo cierto es que la queja no tiene posibilidad de éxito porque no solo con aquél medio de prueba se encuentra demostrado el requisito de tipicidad extrañado.

En efecto, el censor omitió que el procesado no solo en el momento de su captura y ante el agente David Leonardo Lanza Angulo reconoció carecer de permiso alguno para el porte o tenencia del arma de fuego incautada, sino que el acusado, en su testimonio en el juicio,

dentro de la historia que urdió en procura de explicar la tenencia del artefacto bélico, terminó por reconocer que ese elemento no le pertenecía él sino a un hermano, esto es, a un tercero, del que dicho sea de paso, por consejo de su defensor, se negó a suministrar dato alguno so pretexto de no estar obligado a hacerlo, elementos de persuasión que apreciados en conjunto no dejan duda de la cabal acreditación del aspecto reclamado por el demandante.

En suma, tanto en la inconformidad relacionada con la ausencia de dolo, como en la referida a que no se probó que el procesado careciera de permiso de autoridad competente para portar armas de fuego, las respectivas elucubraciones en lugar de ajustarse a las exigencias argumentativas del vicio expresamente denunciado, constituyen apenas un típico alegato de instancia y de libre factura, en el que el censor discrepa desde su particular interés de las consideraciones fácticas y jurídicas plasmadas en los fallos de primero y segundo grado, con la pretensión de que su análisis esta Sala lo encuentre más acertado que el de las instancias, confrontación insuficiente para concitar la revisión del fallo atacado, pues apunta a una finalidad para la cual es improcedente y no se encuentra previsto este mecanismo extraordinario de impugnación.

11. De acuerdo con las consideraciones que preceden, como no se demostró en el escrito estudiado la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia hecha en las sentencias de primera y segunda instancia, las cuales, al coincidir en el mismo sentido, forman una unidad jurídica inescindible que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la doble presunción de legalidad y acierto que la cobija, se impone la inadmisión del libelo como perentoriamente lo ordena el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

Lo anterior sin perjuicio de señalar que la Corte no advierte situación alguna que legalmente

la habilite para superar los defectos del libelo con el fin de decidir de fondo, ni observa violación alguna de las garantías fundamentales del procesado JOSÉ MAURICIO ROMERO ROJAS con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de JOSÉ MAURICIO ROMERO ROJAS, contra la sentencia que en segunda instancia confirmó la condena en su contra como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Hechos reconstruidos con base en la acusación y los fallos de primero y segundo grado.

2 Carpeta principal, folios 3 y 4.

3 Carpeta principal, folios 7-11, 20-22, 44-46, 88-90, 119, 120, 177, 209, 219, 220 y 224-240.

4 Carpeta principal, folios 242-250 y 263-266.