

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

AP893-2015

Radicación N° 43585

(Aprobado acta N° 77)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015).

Procede la Sala a verificar los requisitos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS PABLO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

HECHOS

Fueron expuestos en las diligencias en los siguientes términos:

“Según informe del Departamento de Policía, Estación San Antonio de Palmito (Sucre), el señor LUIS PABLO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ fue capturado en flagrancia porque se le encontró en su poder un arma de fuego, pistola marca Walter, calibre 7.65, con un proveedor con seis cartuchos para el mismo. Su captura se realizó el día 5 de septiembre de 2007, a las 19:45, cuando se encontraba en el establecimiento de razón social “Estadero La Y” de propiedad del señor Prisciliano Chica, donde se encontraban tres sujetos

ingiriendo bebidas embriagantes y el sindicato amenazó con una pistola, decía que era militar y no presentó ningún documento que lo acreditara legalmente para el porte de dicha arma de fuego, siendo detenido por la policía nacional a quien (sic) insultó de manera ofensiva y por su grado de alicoramiento lo tuvieron que conducir hasta la sala reflexiva donde siguió insultando [...]”.

ANTECEDENTES

1. Culminada la investigación la Fiscalía 5ª Seccional de Sincelejo (Sucre) calificó el mérito del sumario, el 5 de abril de 2010, con resolución de acusación en contra de LUIS PABLO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado (artículo 365, numeral 3º, del Código Penal).¹

2. Correspondió la etapa de la causa al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo que, luego de celebrar las audiencias preparatoria y pública, emitió sentencia el 15 de diciembre de 2011, imponiendo al procesado la pena principal de prisión por ocho (8) años y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo autor responsable de la conducta punible por la que fue convocado a juicio. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.²

3. Apelada esta providencia por la defensa, fue modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo -Sala Penal- el 4 de diciembre de 2013, en el sentido de admitir la presencia de un error de prohibición de carácter vencible (artículo 32, numeral 11, del Código Penal) y desestimar la configuración de la causal de agravación específica endilgada (artículo 365, numeral 3º, ibídem). Fijó las penas en dos (2) años y concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, confirmando la decisión en lo demás.³

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, luego de destacar la importancia de un pronunciamiento de la Corte en este asunto con el fin que se establezca, ante la ausencia de jurisprudencia al respecto, si los militares activos requieren permiso para portar armas de fuego de uso personal, postula un cargo principal y dos subsidiarios en contra de la sentencia de segunda instancia, de esta forma:

En el cargo primero, al amparo de la causal contemplada en el artículo 207, numeral 1º, de la Ley 600 de 2000, denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 365 del Código Penal y falta de aplicación del Decreto 063 de 1991, artículo 3º, puesto que, en su concepto, la respuesta al anterior problema jurídico es negativa de cara a la normatividad que, dice, rige la materia.

En sustento de su tesis, predica que el artículo 223 de la Constitución Política, consagratorio del principio de monopolio estatal para el control, adquisición y tenencia de armas, refiere que los miembros de los cuerpos de seguridad pueden portarlas bajo supervisión del gobierno. Ello, dio lugar a la expedición del Decreto 2535 de 1993 que regula el tema, no obstante, este solo opera para las personas naturales y jurídicas, ya que no hace salvedad alguna tratándose de los integrantes de las fuerzas armadas en tanto son “los particulares” sus destinatarios.

Sin embargo, el artículo 110 de dicha normatividad, señala que a partir del 30 de septiembre de 1994 todos los salvoconductos emitidos en vigencia del Decreto 1663 de 1979 quedaban sin validez, empero, anota, esta última reglamentación tampoco incluía previsiones especiales para los militares, por lo tanto, afirma, hay que acudir al Decreto 063 de 1991, artículo 3º, conforme al cual la cédula militar de oficiales y suboficiales en servicio activo reemplaza el salvoconducto para el porte de armas previsto en aquella legislación, situación que aparece consignada de manera explícita al

anverso de tales documentos, precepto que, sostiene, se encuentra vigente de acuerdo con lo indicado por el Consejo de Estado por conducto de su Sala de Consulta en concepto del 20 de noviembre de 1996, rendido por petición del Ministerio de Defensa.

Entonces, concluye, su prohijado estaba amparado por su cédula militar -la que exhibió el día de los hechos- para portar armas de fuego de uso personal, por lo que al no concurrir un ingrediente normativo del tipo, esto es, llevarlas “sin permiso de autoridad competente”, la conducta es atípica. Así, solicita casar la sentencia y se dicte fallo absolutorio de reemplazo a su favor.

En el cargo primero subsidiario, presentado bajo la égida de la misma causal señalada en precedencia, afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión respecto del informe del CTI N° 222 de 28 de septiembre de 2007, contentivo del estudio técnico realizado al arma incautada, toda vez que el juzgador indicó que era un instrumento bélico obtenido en el mercado negro sin posibilidad de registro, debido a la ausencia de identificación interna o externa, desconociendo que el informe en cuestión reseñó que tenía el número de serie 121530.

En estas condiciones, asevera, dicha prueba fue “omitida en su integridad”, yerro que de no haber ocurrido, estima, habría permitido colegir que ese artefacto sí podía registrarse “y, obviamente, desaparecería el delito de porte ilegal de armas, imponiéndose la absolución por atipicidad”. Tal aserto, lo funda en que la Ley 1119 de 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se actualizan los registros y permisos vencidos para el porte de armas, consagró que las personas naturales y jurídicas que tuviesen vencido ese documento que el censor asimila “equiparable a la ausencia de registro que debían hacer los militares”, podían solicitar la expedición del respectivo permiso del 1º de marzo de 2007 hasta el 31 de agosto de 2008, mientras que a los miembros de las fuerzas militares y la policía nacional en retiro se les otorgó un término de dos (2) años, a partir de su desvinculación, para que

actualizaran el registro de las que fueran titulares. En consecuencia, como la captura de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ ocurrió el 5 de septiembre de 2007, “al efectuar una interpretación sistemática y pro homine [...] lógico es concluir que [...] por lo menos, tenía plazo hasta el 31 de agosto de 2008 para adelantar ese trámite”, por lo que pide casar la sentencia y, en su lugar, se dicte absolución por los cargos endilgados.

En el cargo segundo subsidiario, también elevado al amparo de la causal citada, aduce la comisión de errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad que llevaron a desconocer la presencia de duda probatoria en la actuación.

Reseña que pese a que el fallo atacado admitió un error de prohibición en el obrar de su acudido, lo cierto es que, a su juicio, en su comportamiento no hubo dolo. Así lo demuestra el testimonio de Argenedith Pérez Bertel, quien reportó que al momento de la captura HERNÁNDEZ GONZÁLEZ manifestó que era miembro de la armada nacional exhibiendo su documentación, lo que fue ignorado por los agentes del orden y por los juzgadores en su valoración, declaración que, considera, devela que no mostró señales indicativas de conocimiento alguno de estar incurso en delito. Por lo tanto, aduce, si se hubiera tenido en cuenta este relato, al igual que la versión del procesado, la cédula militar aportada al plenario y la declaración de José Salomé Ortiz Hernández, uniformado que participó en la aprehensión, se hubiese contextualizado la ausencia de un querer deliberado encaminado a infringir la ley.

Por último, tratándose de la cédula militar de su prohijado, “la que permanentemente lo acompaña, la que siempre ha visto en todos sus días de su vida militar [...] que tiene la leyenda “ESTA CÉDULA REEMPLAZA LA TARJETA DE RESERVISTA Y EL SALVOCONDUCTO PARA EL PORTE DE ARMAS”, resultó tergiversada al deducir de ella el ad quem que el rol castrense del implicado era suficiente para que supiese de la ilicitud de su comportamiento, ya que el contenido literal de este documento precisamente le daba la plena seguridad de que le era permitido portar armas, siendo

palmario, en criterio del casacionista, “la ausencia de certeza del dolo”. Por consiguiente, deprecia casar la sentencia y se dicte fallo absolutorio de reemplazo, no sin antes destacar las múltiples distinciones y felicitaciones que HERNÁNDEZ GONZÁLEZ ha recibido en el transcurso de su carrera como suboficial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El proceso penal se caracteriza por una serie de etapas concatenadas, revestidas de un plexo de garantías, durante las cuales se somete a controversia de la jurisdicción un asunto jurídico-procesal cuya discusión culmina con la sentencia, providencia susceptible de impugnación por vía de la apelación y en aras de que la inconformidad de quien la interpone sea solventada por el superior jerárquico del funcionario que la emitió y éste la confirme, modifique o revoque, si a ello hubiere lugar.

Este contexto explica por qué el debate sobre las aristas de interés para el ejercicio de la acción penal cesa en tales escenarios, es decir, en el decurso de las instancias, previéndose la existencia de un recurso extraordinario, la casación, solamente cuando por específicas causales, en este caso las previstas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, se pretenda un estudio respecto de la legalidad de la sentencia por parte de la Corte Suprema de Justicia. No se trata, entonces, de prolongar la controversia que feneció con la emisión de una determinación amparada con la doble presunción de acierto y legalidad.

De este modo, existen parámetros conceptuales que hacen de la demanda correspondiente un escrito sometido a estrictas reglas de postulación y que, bajo la égida de principios como el de autonomía, limitación, prioridad, entre otros, debe bastarse a sí mismo para demostrar la existencia del yerro planteado y su trascendencia, siendo premisa fundamental que la simple discrepancia de pareceres no constituye un

aspecto con la viabilidad de ser auscultado en sede extraordinaria. (Cfr. CSJ AP, 18 Ago 2010, Rad. 33559).

2. Desde esa perspectiva, es claro que el casacionista no se sujetó a dicho marco teórico, toda vez que son varias las falencias que conducirán a la inadmisión de la demanda, según se aprecia a continuación:

2.1. Sea lo primero advertir, la imprecisión del impugnante al sostener que el quantum punitivo del delito por el que se procede permite la postulación del recurso extraordinario, como quiera que la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones se encontraba sancionada para la época de los hechos, al tenor del artículo 38 de la Ley 1142 de 2007, con prisión entre cuatro (4) y ocho (8) años, es decir, con una pena inferior a la prevista en el artículo 205 de la Ley 600 de 2004 para acudir a la casación, por lo que era insoslayable que planteara sus reparos a través de la modalidad discrecional.

Ahora, pese a que en el libelo se sugiere que en el sub examine es necesario un pronunciamiento de la Corte orientado al desarrollo de la jurisprudencia, lo que se ajustaría a uno de los criterios que dan cabida a que la Corporación analice la demanda de forma excepcional (Cfr. CSJ AP2225-2014), tal referencia resulta inane en tanto la argumentación que soporta la presentación del caso se basa en una compilación normativa que solo tiene validez dentro de la particular hermenéutica efectuada en el cargo principal. La Constitución, la naturaleza del bien jurídico protegido y la legislación aplicable -analizada por el recurrente de manera sesgada-, muestran sin dificultad que los miembros adscritos a cualquiera de los organismos de seguridad del Estado no están exentos de control, cuando de portar armas distintas a las de dotación para su función oficial se trata. Véase:

2.1.1. El artículo 223 de la Carta Política, dicta que “solo el gobierno puede

introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de autoridad competente [...]. Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale". Así, la adquisición y uso de armas, ya bien sea por parte de particulares o miembros de las fuerzas armadas, se somete a supervisión de autoridades públicas, no hay posibilidad de libre disposición sobre las mismas. Lo anterior, atendiendo que la conservación del orden público y el ejercicio de la fuerza es monopolio estatal.⁴

Esa deontología sustenta que se eleve como delito en el artículo 365 del Código Penal, entre otros, el porte, tenencia, fabricación, custodia, adquisición o venta de armas "sin permiso de autoridad competente". Se busca evitar potenciales daños a la pacífica convivencia (substrato de la seguridad pública) y a otros derechos individuales (vida, patrimonio económico), de tal modo que constituye un tipo pluriofensivo, de peligro abstracto y de mera conducta, al anticiparse el legislador a la producción de cualquier resultado lesivo sancionando la conculcación al mencionado principio restrictivo, de control exclusivo.

2.1.2. El Decreto 2535 de 1993, regula las facultades de los particulares frente a las armas por vía de la autorización estatal correspondiente, haciendo relación de todo lo concerniente a la definición de estos elementos, su clasificación, la forma, condiciones en que se otorgan los permisos de rigor -para las catalogadas como de uso personal- y demás temas afines.

Ahora bien, pese a que en esta normatividad no aparece expresamente una regulación tratándose de aquellas adquiridas por miembros de las fuerzas militares para su uso personal, lo cierto es que no hay lugar a la remisión normativa elucubrada por el recurrente quien de manera deliberada, en este reproche, pasa por alto que la

situación de los uniformados se regula por la Ley 1119 del 27 de diciembre de 20065, citada por el Tribunal y vigente para la época de los hechos que al respecto establece:

“Artículo 5°. Fuerzas Militares y Policía Nacional. La cédula militar y el carné policial habilita a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, a portar hasta dos (2) armas para su defensa personal, las cuales obligatoriamente deben estar debidamente registradas en el Archivo Nacional Sistematizado de Armas del Departamento Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos-Comando General de las Fuerzas Militares. Para ellos no aplica la multa por vencimiento establecida en la presente ley.

Parágrafo. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en retiro temporal con pase a la reserva, tendrán dos (2) años a partir de su retiro para actualizar los registros de las armas de fuego y los permisos de uso de los cuales sean titulares, en las cantidades autorizadas en el Decreto 2535 de 1993, término dentro del cual no cancelarán la multa por vencimiento establecida en la presente ley. No tendrán derecho a los beneficios contemplados en este artículo quienes hayan sido retirados por mala conducta”. (Subrayado de la Corte)

Este deber perentorio de registro no fue cumplido por el infante de marina HERNÁNDEZ GONZALÉZ, según se acreditó en la actuación⁶, lo que conllevó a que hubiese sido válida su aprehensión al no cumplir con la condición que en su caso estaba prevista para portar legítimamente la pistola calibre 7.65 que le fue hallada y tal acontecimiento dio paso a juicio de reproche en su contra.

2.2. De este modo, no tiene respaldo jurídico predicar que los miembros de las fuerzas armadas están exentos de supervisión o control cuando portan armas distintas a las de dotación oficial, o que su conducta es atípica si infringen el mandato que les es aplicable, siendo anacrónicos los decretos y el concepto del Consejo de Estado que en

sentido contrario son relacionados en el reparo. Sobre la legislación pertinente a estos eventos, la Corte recientemente expuso:

“[El] defensor al impugnar la sentencia de primera instancia, puso de presente que “los militares tenían cédula militar vigente” y el hecho de no hallarse cumpliendo labores militares, el porte de armas de fuego podría llevarlos a ser objeto de sanciones administrativas o disciplinarias mas no penales, réplica a la cual dio respuesta adecuada el Tribunal.

Expres[ó] el ad quem que “fue parte del preacuerdo que los militares acusados, no estaban en ejercicio de sus funciones y retiraron en forma irregular todas las armas que fueron incautadas”, y concluye que si los militares “están autorizados por la ley 1119 de 2006 para el porte de armas de fuego, no se trata de cualquier arma y cualquier condición de adquisición, pues deben ser armas de defensa personal y que obligatoriamente tienen que estar debidamente registradas en el Archivo Nacional Sistematizado de Armas”. (CSJ AP 155-2015)

Por ende, no se advierte la necesidad de un pronunciamiento encaminado al desarrollo de la jurisprudencia, ya que existe un mandato legal claro, expreso y vigente sobre el tema.⁷

3. Pese a que lo anterior es suficiente para desestimar la demanda, también surge evidente que los cargos subsidiarios acusan imprecisiones que conspiran contra su adecuada presentación, coadyuvando a esa determinación:

3.1 El falso juicio de existencia por omisión invocado en el cargo primero subsidiario, no concuerda con la foliatura porque el informe N° 222 del CTI del 28 de septiembre de 2007, que se dice excluido, sí hizo parte integral del ejercicio argumentativo del ad quem, indicándose con respecto del mismo lo siguiente:

“La conducta se atribuye a un miembro de las fuerzas militares de Colombia que se desempeña como Sargento Segundo de Infantería de Marina, a quien el Comandante de la Estación de Policía de San Antonio de Palmito le incautó un arma considerada de defensa personal, como se desprende del informe de inspección # 222 de 2007, signado por Pedro Paternina Chávez, Investigador Criminalístico I, sin “los documentos necesarios que lo facultan para portarla”, cuando se encontraba departiendo con dos personas más en el establecimiento de comercio denominado “Estadero la Y”. 8

De esta manera, el cargo parte de parámetros errados en cuanto la lógica que ha de orientar la acreditación de la clase de yerro que evoca, toda vez que el medio de conocimiento presuntamente excluido sí fue considerado en el ejercicio valorativo del Tribunal y así se consignó expresamente en su proveído.

Ahora, debe reconocerse en este acápite que la crítica del censor surge de un aspecto válido, por cuanto el dictamen en comento reportó que el arma incautada contaba entre sus características con el número de serie 1215309, pese a lo cual el ad quem dijo que no tenía ningún guarismo de identificación y que “fue adquirida en el mercado negro, de ahí que resultaba imposible su registro en el sistema nacional sistematizado del Ejército Nacional”. No obstante, tal imprecisión -que debió ser expuesta por vía del error de hecho por falso juicio de identidad ante la alteración o cercenamiento del contenido del informe balístico en cuestión-, surge intrascendente de cara a las demás reflexiones plasmadas en el fallo y que, a la postre, concurren a suplir la falencia al indicar el Tribunal que de todas formas, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ “no se encontraba inscrit[o] como [...] usuario en el Archivo Sistematizado de Registro Nacional de Armas del Departamento Control Comercio de Armas, según lo certifica el Comandante Brigada de Infantería de Marina Nº 1 en oficio 0133 [...] del 2 de marzo de 2010 [...]”.¹⁰

Adicional a ello, conforme se cotejó en el cargo principal, no hay espacio a cuestionar la

aplicación temporal del artículo 5º de la Ley 1119 de 2006, en lo referente al registro de las armas de uso personal al que estaban obligados los militares y policías en servicio activo, ya que la norma no contempló para ellos plazo de ningún tipo. De contera, es paradójico que el casacionista en este reparo, de birlibirloque, traiga a colación la existencia de dicha ley cuya alusión brilla por su ausencia en la profusa compilación normativa que citó previamente en aquel ataque, con el propósito de que se acoja en subsidio una interpretación refractaria al estricto contenido de sus preceptos, catalogada pro homine, con la intención parcializada de morigerar la situación jurídica de su acudido, a la manera de un alegato de instancia.

3.2. En ese contexto, en el cargo segundo subsidiario se replica el equívoco entendimiento que tiene el demandante acerca de la naturaleza del recurso extraordinario, pues la presencia de los errores de hecho que denuncia solo tiene sustento en la llana discrepancia de criterios que le genera la valoración probatoria acometida por la segunda instancia, sin demostrar un vicio trascendente en sus conclusiones. Vale la pena recordar que al referirse a la existencia del error de prohibición en el que incurrió el procesado, dijo el ad quem lo siguiente:

“El recurrente alega que su prohijado obró con “la convicción errada e invencible de no incurrir en un hecho constitutivo de descripción típica en la ley”, conocida como error de tipo, basado en la creencia de que su carnet militar le permitía portar un arma de defensa personal, tal como lo hizo ver en diligencia de indagatoria rendida ante la Fiscalía Primera Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Sincelejo, el día 7 de septiembre de 2007, al expresar “[...] llegó la policía y nos registraron y me encontraron la pistola 7.65 marca (sic) Browin color negra y seis proyectiles que llevaba dentro del proveedor, y yo me les identifiqué como sargento segundo de la Infantería de Marina, pero aun así me capturaron. También le presenté la cédula militar que me acredita para portar esa arma como miembro activo de las fuerzas militares, como ya anoté”.

“Las aseveraciones del procesado referente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, en criterio de la Sala, no encierran un yerro en cuanto a la tipicidad de la conducta sino más viene en la licitud, máxime que en su calidad de miembro activo de la Armada Nacional debía conocer que el portar armas sin permiso de autoridad competente es un delito, pero creyó que su carnet militar se lo permitía, lo que se conoce como un error de prohibición [...].

En el presente asunto, se deduce [...] que el señor HERNÁNDEZ GONZÁLEZ creyó vehementemente estar amparado para portar su arma de defensa personal al punto que al momento de que el comandante de la estación de policía de San Antonio de Palmito le realizare la requisa en la que se produjo su hallazgo, éste se identificare esgrimiendo su cédula militar #95523760, en cuyo anverso se lee “esta cédula remplaza la tarjeta de reservista y el salvoconducto para el porte de armas”.

Se trata sin dudas de un error de prohibición vencible, primero, porque aquel creyó que la tarjeta de reservista lo habilitaba para portar el arma, sin importar la forma en que fuera adquirida, ya del Estado, o bien de los particulares, tema que requiere de conocimientos especiales, como que en Colombia el monopolio de las armas lo tiene el Estado, siendo el único que puede expedir permisos para su porte o tenencia, y segundo, porque el acusado pensó que le bastaba con simplemente portar la tarjeta de reservista sin necesidad de registrar el arma en el Archivo Nacional Sistematizado de Armas del Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos (DCCA), ignorando que un arma sin número de identificación no puede ser registrada, y tercero, porque con mediana diligencia hubiera podido salir de la falsa creencia de que la tarjeta militar lo autorizaba para portar armas adquiridas fuera de la institución a la que pertenecía.

En consecuencia, se debe reconocer la atenuante punitiva prevista en el último apartado del numeral 11 del artículo 32 del C.P., esto es la eximente incompleta del error de prohibición vencible, cuyo efecto jurídico es la disminución de la pena en la mitad”.¹¹

Con respecto a estas reflexiones, se recalca, no se expone un razonamiento plausible encaminado a plasmar un yerro relevante en sus asertos, insistiendo el libelista en la tesis que presentó en la apelación sin consideración a que ya fue estudiada y despachada desfavorablemente por la judicatura. Frente a esa determinación, únicamente opone su llana divergencia a través de la denuncia de la exclusión de varios medios de convicción y la alteración de su literalidad pero no a partir de un cotejo objetivo contemplativo, como corresponde, para advertir en que radica la disonancia, sino desde críticas difusas de libre confección que recaen en el mérito suasorio que les fue conferido, controversia ajena a esta sede por virtud de la presunción de acierto y legalidad que cobija a la decisión de segunda instancia, sin que sea la Corte un escenario supletorio o adicional para zanjar la mera disparidad de pareceres.

Y es que ningún argumento jurídico se avizora en el reproche que lleve a distinguir de manera fehaciente, en concreto, por qué el error de prohibición deducido por el ad quem no lo es tal sino que constituye un error de tipo. Es decir, carece la controversia sugerida de cualquier postulado apoyado en la dogmática que lleve a colegir la hipotética presencia del supuesto desacierto, sin que sea posible a la Corte subsanar esa falencia por virtud del principio de limitación, siendo necesario para develar la falta de contenido del ataque traer a colación lo que ha dicho la jurisprudencia con relación al tema, apenas citado por el censor de forma nominal:

“En la actual teoría del delito, pero con énfasis en aquellos delitos en los que en su núcleo sobresale la infracción a un deber, como también en los eventos de omisión pura o simple, siempre existe de por medio una exigencia al sujeto activo de la conducta y, por consiguiente, un reproche si fue incumplida o insatisfecha. La exigibilidad, pues, en tales eventos, resulta indispensable, inclusive con asidero constitucional, pues, como muy bien se ha sostenido, tiene su fundamento en la función promocional del Estado, obligado como está a garantizar la prosperidad general haciendo efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental. Si la razón por

la cual están instituidas las autoridades de la República radica en la función protectora del Estado (en vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades)¹² la exigibilidad en el cumplimiento de sus respectivos roles es básica y, por lo tanto, también para sustentar su responsabilidad [...].

[...] De conformidad con el artículo 32.11 del Código Penal vigente, “para estimar cumplida la conciencia de antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, del actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita, incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la Sala ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole “copernicana” en nuestra legislación penal.

En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuente con el causalismo natural que lo caracterizó: si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposos y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como culposos. Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo malo, en la que el dolo y la culpa conformaban especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuridicidad obran en condiciones de igualdad.

En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de injusto¹³, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: la conducta, típica y antijurídica, entendiendo éste último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius).

En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al derecho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad.

Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma, (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un solo concepto de tipo de injusto.¹⁴

Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría limitada y la teoría estricta. En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición.¹⁵

En la comprensión de la teoría estricta de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo.¹⁶ Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento.¹⁷ Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad.¹⁸

Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el

tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente).” (CSJ SP, 13 Jul 2005, Rad. 20929).

Desde esta óptica, la situación concreta de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, dedujo el Tribunal, lo impelía por su rol en un específico ámbito social a que tuviera conocimiento acerca del injusto en el que estaba incurso (artículo 365 del Código Penal) y le fuera exigible un comportamiento puntual, esto es, registrar el arma de uso personal que le fue hallada el día de los hechos.

Por ende, bajo el criterio empleado, el convencimiento de que su cédula militar lo relevaba de obtener autorización para tener el instrumento bélico, ninguna incidencia acarrearía en el tipo al no estar vinculada esa certidumbre con el elemento normativo de aquel referido a portarla, dolosamente, “sin permiso de autoridad competente. En otras palabras, en su psiquis no existía una representación falsa de la realidad consistente en que su obrar era lícito, por haber obtenido la autorización respectiva (Cfr. CSJ SP, 18 Nov 2004, Rad. 21260), sino que la cédula militar le produjo la creencia de estar exento de agotar ese requerimiento o cualquier otro, al dar por sentado que la condición castrense subsanaba su actuar trasgresor, hipótesis que a las voces de la jurisprudencia rememorada en el fallo atacado se ajustaba a un error de prohibición, por cuanto “la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, los cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad[195]”. (CSJ AP, 19 May 2008, Rad. 28984).

De otro lado, consideró el ad quem que se trataba de un error de prohibición vencible, toda vez que el rol particular del procesado (militar en servicio activo) permitía predicar que podía actualizar el conocimiento de la antijuricidad de su proceder. Es decir, atendiendo el contexto social en que se desenvolvía su cotidianeidad le era factible tener presente

que debía registrar su arma de uso no oficial, muestra fehaciente de esa posibilidad es que José Salomé Ortiz Cárdenas, uno de los agentes de policía que intervino en el procedimiento que culminó con su captura, o sea, un individuo en circunstancias similares a la suya (miembro de un cuerpo armado oficial), sabía que la cédula militar no era suficiente para acreditar válidamente la tenencia de un arma en las condiciones en que fue encontrada:

“[...] En la requisa [...] se le halló en su poder un arma de fuego tipo pistola con unos cartuchos la cual llevaba metida en la pretina del pantalón, de inmediato se le solicitó la documentación para el porte de la misma manifestando que él tenía el carnet que lo identificaba como militar, pero hasta donde recuerdo el carnet ampara el porte de la misma cuando se ha vencido el permiso de porte especial expedido por la Primera Brigada de Infantería de Marina, el cual no portaba [...]”.²⁰

De cara a estos planteamientos, se insiste, ningún vicio trascendente se evidencia en la demanda, aparte de la llana inconformidad. De igual modo, tratándose de la hoja de vida del implicado, no se explica a través de premisas concretas cuál es la incidencia que tendría en la configuración de un eventual error de tipo o de prohibición invencible, bastando con anotar que los antecedentes de la misma fueron los que permitieron advertir la concurrencia del factor subjetivo del artículo 63 del Código Penal vigente para la época, en orden a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.²¹

4. En síntesis, en este asunto el libelista no acató los parámetros argumentativos propios de la casación discrecional, su postulación resulta infundada, sofística y obvió los presupuestos lógicos que orientan la demostración de las modalidades de infracción planteadas. Pasó por alto el impugnante, que la intervención de la Corte solo procede en pos de restaurar la legalidad del fallo cuando han acaecido yerros cuya demostración, mediante su correcta exposición, permite evidenciar su presencia y la

magnitud necesaria para oponerse a las conclusiones del juzgador, ejercicio intelectual que aquí no procuró.

En consecuencia, por carecer la demanda allegada del sustento propio de esta sede, según se anticipó, será inadmitida, además, porque del estudio del expediente no se vislumbra la violación de derechos fundamentales o garantías de los sujetos procesales en condiciones tales que den lugar al ejercicio de la facultad oficiosa de índole constitucional y legal que le asiste a la Sala para asegurar su protección.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS PABLO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Contra esta decisión no procede ningún recurso

Cópiese, comuníquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 167 y siguientes cuaderno investigación

2 Fl. 16 y s.s cuaderno juicio

3 Fl. 19 y s.s cuaderno Tribunal

4 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995

5 “Por la cual se actualizan los registros y permisos vencidos para el control al porte y tenencia de las armas de fuego y se dictan otras disposiciones”.

6 Cfr. Fl. 164 cuaderno investigación

7 Lo anterior en la medida que el artículo 12 de la Ley 1119 de 2006, consagra que “rige a partir de la fecha de publicación y deroga todas las normas y disposiciones que le sean contrarias”.

8 Cfr. Fl. 21 sentencia segunda instancia / Fl. 39 cuaderno Tribunal

9 Cfr. Fl. 28 cuaderno investigación

10 Cfr. Fl 21 sentencia segunda instancia/ Fl. 39 fallo Tribunal

11 Cfr. Fl. 22 y s.s sentencia de segunda instancia / Fl. 40 y s.s cuaderno Tribunal

12 Artículo 2º de la Constitución Nacional.

13 Art. 7º. CP. Igualdad.”... el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto...”.

14 “El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad”. JAIME CÓRDOBA RODA. P. 62 ss. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1.972.

15 Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

16 “Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo”. J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL MALERÉE. Vol II. p. 371.

17 El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del

injusto.” Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335

18 J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL M. Lecciones de D. Penal. ob.cit. Vol, II. p. 371

[5] Roxin, Claus, Ob. Cit. § 21, Pág. 861. “Concorre un error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”.

20 Cfr. Fl. 58 cuaderno investigación

21 Cfr. Fl. 31 sentencia segunda instancia / Fl. 49 cuaderno Tribunal