

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrados Ponentes

SP4518-2018

Radicación: 53470

Aprobado Acta N.400

Bogotá, D. C., cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Emite la Sala fallo de casación, motivado en el recurso interpuesto por la defensa de Javier Romero Olivos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Yopal de fecha 25 de mayo de 2018, que revocó la decisión absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma localidad, y en su lugar lo declaró responsable del delito de porte de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

El día 22 de junio de 2013, siendo aproximadamente las 20:00 horas, en el establecimiento comercial, estadero “Los Canagueros” del corregimiento El Morichal del municipio de Yopal-Casanare, hacía varias horas atrás, se encontraba la señora Anadelina Gómez, departiendo con sus hermanos.

Cuando se encontraba en una de las mesas con sus familiares, arribó un sujeto que se sentó

en la mesa de al lado a ingerir algunas cervezas.

A la señora Gómez le llamó la atención la actitud de este individuo, quien, según ella, no paraba de mirar a su hermana. En algún momento pudo observar que éste llevaba en el cinto y por debajo de la camisa, un arma de fuego.

Luego de un rato el sujeto se levantó de la mesa y se dirigió hacia su motocicleta para abandonar el lugar. En ese momento Anadelina se va detrás de él y sorpresivamente lo despoja del artefacto bélico, acción ante la cual, éste se asusta y abandona el lugar a pie. Los hermanos de la dama reconocen a esta persona por ser residente de una de las fincas del corregimiento donde labora como cuidandero del predio.

El individuo regresa al sitio con la finalidad de recuperar el arma pero es aprehendido por el propietario del establecimiento y otros sujetos. Aquel llama a la policía que arriba al lugar pasados veinte minutos.

La persona capturada fue identificada como Javier Romero Olivos y en el momento de su aprehensión informó que no contaba con permiso para porte del arma, puesto que la misma era propiedad de su jefe, quien se la dejó para que cuidara la finca.

El arma fue sometida al estudio de balística correspondiente el que determinó que se trataba de un revólver calibre 38 y que era apto para disparar.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La audiencia de formulación de imputación se surtió el 23 de junio de 2013 ante el Juez Primero Penal Municipal de Garantías de Yopal-Casanare, diligencia en la que a Romero Olivos se le endilgó el cargo de porte de armas de fuego descrito en el

artículo 365 del Código Penal, al cual este se allanó.

El ente persecutor no solicitó medida de aseguramiento, motivo por el que el procesado fue dejado en libertad.

2. El proceso fue asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Yopal que en auto de 29 de octubre de 2013, decretó la nulidad del allanamiento a cargos debido a que el procesado no asistió a la audiencia de verificación de aceptación de responsabilidad, en orden a establecer que ésta fue legal. Tampoco compareció su defensor.

3. En esa medida, el trámite que se impartió al asunto fue el ordinario, por manera que la Fiscalía presentó escrito de acusación el 27 de enero de 2014 y la formuló en audiencia de 25 de septiembre de ese año ante al Juzgado 2º Penal del Circuito de Yopal.

4. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 6 de abril de 2016 y la de juicio oral en sesiones de 9 de junio siguiente, 20 de febrero y 27 de septiembre de 2017; en esta última fecha el juez de conocimiento anunció que emitiría fallo absolutorio.

5. La sentencia de primera instancia se profirió el 22 de marzo de 2018, la cual fue impugnada por la Fiscalía.

6. El recurso de apelación fue resuelto por el Tribunal de Yopal en sentencia de 25 de mayo de 2018, que fue revocatoria del fallo de primer grado, puesto que en su lugar condenó al procesado como autor del delito de porte de armas de fuego y le impuso la pena de 108 meses de prisión.

Ante la improcedencia de mecanismos sustitutivos o de suspensión de la pena de prisión, se ordenó la captura del acusado para el cumplimiento de la sanción en forma intramural.

7. Contra el fallo de segundo grado, interpuso recurso extraordinario de casación, la defensa, cuya demanda fue admitida en auto de 2 de octubre pasado.

8. La audiencia para la sustentación del recurso se llevó a cabo el 23 de octubre siguiente.

DEMANDA

Bajo la égida de la causal tercera de casación, se postulan errores de hecho en la apreciación de las pruebas por falsos juicios de identidad, los cuales condujeron a la aplicación indebida del artículo 365 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 7º del estatuto procedimental.

El recurrente afirma que el Tribunal «incurrió en falso juicio de identidad, al distorsionar el contenido de la prueba adicionándola». El yerro lo hace recaer en el testimonio de Ana Delina Gómez, porque el fallador concluyó que el hombre al que aquella despojó del arma, regresó al lugar del hecho, sin que tal circunstancia hubiera sido narrada por la declarante,

único testigo presencial del hecho.

Para demostrar el dislate se transcribe gran parte del testimonio de la señora Gómez así como una fracción de las consideraciones de la sentencia de segunda instancia acerca de los motivos por los que no emergía duda sobre la responsabilidad del acusado y que se trataba de la misma persona a la que Adelina Gómez le quitó el arma, pues fue quien regresó al lugar para recuperarla.

Según el censor, la conclusión acertada es la del juez de primer grado, ya que no emerge prueba suficiente que permita reconstruir el suceso y atribuirle responsabilidad penal a Javier Romero Olivos.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Defensa-Recurrente

La apoderada de Romero Olivos, se ratifica en los cargos propuestos en la demanda de casación, pues precisa que de acuerdo con el testimonio de Anadelina Gómez no es posible afirmar como sí lo hace el Tribunal, que la persona que portaba el arma de fuego fue identificada por ésta.

Resalta que no existe prueba que acredite que el procesado es la misma persona a la que la declarante despojó del arma de fuego, pues tampoco la identificó en el juicio.

Precisa que no se pueden tener en cuenta las circunstancias en las que Javier Romero Olivos fue capturado, ya que no se trató de una situación de flagrancia; prueba de ello es que el acta de incautación no fue suscrita por él, sino por la testigo Anadelina Gómez.

Por último, la recurrente afirma que de acuerdo con el artículo 369 de la norma procedimental penal, no se puede tener en cuenta como indicio en contra del acusado, el

hecho de que inicialmente aceptó los cargos atribuidos en la audiencia preliminar de formulación de imputación.

Fiscalía General de la Nación

Para el delegado acusador, no surge la duda denunciada en la demanda, ya que la testigo conocía al procesado y éste corresponde con la persona que fue capturada y a la que se atribuyó el porte del arma.

Llama la atención de la Fiscalía la calificación de flagrancia que se le otorgó a la aprehensión del acusado, habida cuenta que no se tuvo en cuenta que una vez éste es despojado del arma, se va del lugar y regresa al rato para recuperarla, pues le había sido entregado por su empleador para que cuidara la finca que custodia.

En criterio del ente persecutor, si bien no se configuran los errores demandados en casación, si se advierte la vulneración del debido proceso que amerita la nulidad del trámite, toda vez que el juez de conocimiento invalidó el allanamiento a cargos surtido en audiencia preliminar de imputación, sin haber sustento para ello.

Lo anterior habida cuenta que la Fiscalía sí advirtió al procesado la posibilidad y consecuencias del allanamiento a cargos, al tiempo que la juez de garantías lo interrogó acerca de si había entendido lo expuesto por el delegado fiscal y lo explicado por la propia funcionaria, a lo que el procesado manifestó que sí y que aceptaba los cargos.

En criterio de la Fiscalía no había lugar a decretar la nulidad, y sí con esta decisión se afectó el debido proceso al acusado al haberlo sometido a un trámite judicial que él no quería y privarlo de obtener la reducción de pena por allanamiento a cargos, que en este caso, no tiene la limitante de la captura en flagrancia, ya que su aprehensión no se dio en la citada circunstancia.

Solicita a la Corte que se case la sentencia para que dicte fallo acorde con el allanamiento a cargos.

Ministerio Público

Precisa que la Ley 906 de 2004, exige que para que proceda condena debe concurrir certeza sobre la ocurrencia de los hechos y de la responsabilidad del procesado, de lo contrario lo pertinente es aplicar el principio de in dubio pro reo consagrado en el artículo 7º del mismo estatuto.

Señala que precisamente lo que se advierte en este asunto es la existencia de duda acerca de si la persona señalada de portar el arma de fuego, es la misma que fue aprehendida con posterioridad y a que la testigo Anadelina despojó del artefacto bélico.

CONSIDERACIONES

1. El cargo se sustenta en la presunta incursión del fallador de segundo grado en un error de hecho por falso juicio de identidad por adición en la valoración del testimonio de Anadelina Gómez.

En criterio del censor la adición consistió en que el Tribunal dio por sentado que la testigo había manifestado en juicio que el hombre al que ella había despojado del arma de fuego había regresado al lugar del hecho, cuando la deponente no hizo referencia alguna a dicho episodio.

La declaración de la señora Gómez, contiene una descripción sobre la forma como advirtió la presencia de un hombre en el establecimiento donde libaban licor ella y sus hermanos y la sospecha que le generó su actitud, lo cual le permitió advertir que portaba un arma de

fuego en la cintura, por debajo de la camisa.

También narró que cuando el hombre se disponía abandonar el sitio, ella lo siguió hasta donde tenía estacionada la motocicleta para luego, en forma sorpresiva, quitarle el arma que tenía en la pretina, frente a lo que el hombre reaccionó dándose a la huida.

Luego la testigo narró lo sucedido una vez ella tenía en su poder el artefacto bélico, el estado de nerviosismo que esto le generó y la intervención de uno de sus hermanos y del dueño del establecimiento, quienes realizaron gestiones pertinentes para que la policía hiciera presencia.

En ese orden, asiste razón a la recurrente en torno a que la testigo, nunca hizo la manifestación acerca de que el hombre al que ella despojó del arma de fuego hubiera regresado al lugar del hecho.

También es cierto que el sentenciador de segundo grado al realizar la valoración de la prueba, afirmó que el poseedor del arma regresó al lugar del hecho, momento en el que fue capturado por los moradores y luego por la policía que arribó al lugar por el llamado de éstos.

Sin embargo, en lo que no acierta la demandante es que tal afirmación la hubiera soportado el ad quem en el testimonio de Anadelina Gómez, añadiendo su contenido.

Lo que advierte la Corte, es que el Tribunal basó tal aserto en lo que narró esta testigo en torno a la huida del lugar del citado individuo y lo dicho por Brady Leal Buitrago, patrullero de la Policía Nacional, acerca de que al arribar al estadero, había un hombre retenido respecto del que dos personas le manifestaron que momentos antes portaba un arma de fuego de la cual le hicieron entrega que se protocolizó mediante acta de incautación suscrita por Anadelina Gómez.

Es decir que al valorar conjuntamente estos dos testimonios, el Tribunal dedujo que el hombre que huyó del lugar, hecho acreditado a partir del testimonio de la señora Gómez, fue el mismo que la comunidad aprehendió en el establecimiento de comercio, de acuerdo con lo manifestado por el testigo Brady Leal y, por tanto, que después de haberse evadido, regresó al sitio, pues no de otra forma habría sido retenido por los asistentes.

Como se observa, la conclusión del Tribunal no se edifica a partir de la apreciación directa de la prueba testimonial, sino que obedece a la construcción indiciaria elaborada con base en lo narrado por los testigos para deducir que el portador del arma, regresó al sitio y que esto fue lo que motivó la captura de quien resultó ser Javier Romero Olivos.

En esa medida, no se configura el falso juicio de identidad denunciado, como tampoco otro tipo de error de hecho que genere duda razonable en torno a que el sujeto aprehendido, sea distinto al que la testigo Anadelina Gómez, sorprendió en posesión de un arma de fuego, despojándolo de la misma y a quien por razón de la retención de la ciudadanía se logró identificar como Javier Romero Olivos, procesado y condenado por estos hechos.

En este orden de ideas, el cargo no prospera.

2. Ahora bien la Corte advierte una irregularidad en el procedimiento con efectos sustanciales que debe corregirse en sede de casación.

La Corte, al igual que el delegado de la Fiscalía ante esta Corporación, observa un vicio de procedimiento que condujo a que al proceso se le impartiera el trámite ordinario, pese a la manifestación del acusado de aceptar su responsabilidad en forma incondicional desde la audiencia preliminar de formulación de acusación.

En efecto, en criterio del juez de conocimiento de primera instancia, el allanamiento a cargos

no fue verificado por el juez de control de garantías, y por lo mismo no podía concluirse que fue libre, consiente y plenamente informado, de manera tal que procedió a anularlo y ante la no comparecencia de Romero Olivos a las audiencias subsiguientes a la formulación del imputación, se adelantó juicio en su contra en el que resultó condenado y sin ninguna rebaja de pena, como autor del delito de porte de armas de fuego.

(I) Al respecto resulta oportuno recordar el alcance y contenido del instituto del allanamiento a cargos y los controles que corresponde ejercer al juez, en orden a propiciar un equilibrio entre un sistema de justicia premial y las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la acción represora del Estado.

En CSJ SP, 20 sep. 2017, Rad. 50366, frente a la naturaleza de la figura en cuestión se señaló:

«El allanamiento a cargos, como especie de derecho penal premial o transaccional, pretende la consolidación de la economía procesal, la realización de la justicia material, la punición eficaz y cierta del infractor, la reducción de la carga misional del aparato judicial y por ende, la descongestión del sistema penal».

Así mismo en CSJ SP, 29 Nov 2017, rad. 51088, la Sala precisó:

En dicho mecanismo procesal el imputado o acusado, según corresponda, acepta de forma unilateral los cargos que le ha formulado la fiscalía, renunciando de esta forma a la realización de un juicio público sin dilaciones injustificadas, al interior del cual podría, eventualmente, ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra, bien sea contrainterrogando testigos o controvirtiendo otras pruebas de naturaleza distinta, inclusive con la posibilidad de aportar medios de convicción con el propósito de desvirtuar los que se incorporen en su contra.

Ahora bien, como contrapartida al asentimiento voluntario sobre su responsabilidad en los

hechos imputados, el procesado se hace merecedor a una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo, el cual varía de acuerdo al estadio procesal en que tenga lugar la aceptación de los cargos.

También hay una línea jurisprudencial consolidada, según la cual el control de legalidad sobre la aceptación pura y simple de la imputación cuando sucede en la audiencia preliminar de comunicación de los cargos, corresponde al Juez de Control de Garantías. Dentro de los varios pronunciamientos en ese sentido, se cita en esta oportunidad la decisión, CSJ SP, del 27 de enero de 2016, Rad. 47189, en la que se reitera:

“Ahora, si bien el demandante en apoyo de su tesis cita jurisprudencia de esta Corporación - CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 39707- donde se afirma que “la función del juez de conocimiento, en lo relativo al acta de aceptación de cargos o a los acuerdos suscritos con la Fiscalía, no se reduce a la de un simple fedatario de lo realizado ante el juez de control de garantías, sino que le compete ejercer una verificación formal y material de dichos actos”, de tal aserto no es posible concluir que corresponde a dicho funcionario constatar nuevamente, mediante interrogatorio al imputado, que la aceptación unilateral de cargos en la audiencia de imputación se realizó de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, asesorada por la defensa y sin violación de garantías fundamentales; sino que ese deber se entiende cumplido al verificarse la legalidad de tal acto, para lo cual basta acudir a los registros de audio de la audiencia preliminar respectiva, puesto que ya dicha labor fue ejercida por el Juez de Control de Garantías, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 131 y 293 de la Ley 906 de 2004.” (Resaltado fuera de texto)

(II) Por su parte, la labor del Juez de Control de Garantías se encamina a descartar que la decisión del imputado de declararse culpable, sea el resultado de un vicio en su consentimiento. Por ello la norma legal al desarrollar la garantía constitucional del debido proceso, expresa un mandato claro acerca de cómo debe ser el procedimiento de la audiencia de formulación de imputación, cuando quiera que el procesado decida tomar el

camino simplificado.

El ordenamiento jurídico procesal establece un trámite preciso que garantiza un debido proceso abreviado para que resulte armónico con las prerrogativas contenidas en el artículo 29 constitucional, pese a que el trámite se siga bajo pautas sustancialmente diferentes a las de un juicio oral.

Es así que el Título III de la Ley 906 de 2004, el cual regula la formulación de imputación, comprende varias normas que prevén la aceptación de la misma. Es así que el artículo 288 ibíd., impone en cabeza de la Fiscalía el deber de informar al investigado la posibilidad de allanarse a la imputación y de recibir en contraprestación una reducción de la pena en los términos del artículo 381 del estatuto en mención.

El artículo 293 expresamente reglamenta el «Procedimiento en caso de aceptación de la imputación», que una vez manifestada y confrontada por parte de juez de garantías acerca de que la misma es voluntaria, libre y espontánea, hará las veces de acusación. La norma referida consagra en su párrafo el principio de no retractación, a menos que se advierta un vicio del consentimiento, situación que al ser verificada por el juez de conocimiento, da lugar a la declaratoria de nulidad del acto de aceptación de los cargos. (CSJ SP, 15 Jul. 2008, rad. 28.872).

La revisión que compete al juez de conocimiento se dirige a descartar vicios del consentimiento, lo cual como se indicó en párrafos precedentes y con base en jurisprudencia de la Sala, puede realizarse simplemente a partir del escrutinio de los registros de la audiencia de formulación de imputación, si el allanamiento tuvo lugar en ese momento procesal.

Lo anterior habida cuenta que las circunstancias que permiten que la decisión del procesado sea voluntaria e informada, esto es, que las consecuencias del allanamiento le hayan sido claramente explicadas, corresponden ser aseguradas por el juez de control de garantías, por

ser este funcionario ante quien se da la manifestación de culpabilidad. Por su parte, el rol del juez de conocimiento no se traduce en repetir la labor del juez de garantías, sino de descartar cualquier vicio del consentimiento que de estar ausente, impone la emisión de sentencia condenatoria.

Sobre el control del juez de conocimiento frente a la aceptación de responsabilidad del procesado, en CSJ SP, 28 Jun. 2017, se indicó:

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por una parte, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de supervisión sobre el respeto de las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Sobre el particular, la jurisprudencia (CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834) tiene dicho que:

no es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un vicio en el consentimiento del procesado o se transgredan sus garantías¹, según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación², concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, consentimiento viciado o desconocimiento de

garantías, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación.

(...)

Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7º inc. 3º y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.

El marco teórico antes aludido permite adoptar como conclusión que el proceso abreviado está regulado por la ley y establece una serie de pasos que en primer término son agotados por el juez de control de garantías cuando la aceptación de responsabilidad ocurre en el audiencia de formulación de imputación, lo cual viene acompañado del deber de la Fiscalía de advertir al investigado la facultad de allanarse a los cargos y la rebaja de pena como compensación.

Un allanamiento a cargos bajo tal particularidad, limita la intervención del juez de conocimiento que solo tendrá que desechar la existencia de error, fuerza o dolo en la decisión del procesado a partir de la revisión de los registros de la audiencia preliminar, o

bien, verificando directamente con el procesado cuando comparezca a la audiencia respectiva, pero sin que haya espacio para la retractación y en todo caso sin su ausencia impida la emisión de fallo en los términos de la aceptación de responsabilidad por parte del juez de conocimiento.

(III) Para el presente caso, se observa que Javier Romero Olivos, aceptó su culpabilidad dolosa en la audiencia de formulación de imputación, frente al cargo que se le enrostró como autor del delito de porte de armas de fuego.

La citada audiencia concluyó de la manera indicada, luego de una extensa intervención del representante de la Fiscalía que luego de exponer los hechos que motivaban la vinculación de Romero Olivos y su adecuación al delito descrito en el artículo 365 del Código Penal, le advirtió sobre la posibilidad de aceptar su responsabilidad a cambio de una rebaja de pena.

Luego, la juez de garantías hizo lectura de los derechos que le asistían en su condición de imputado de acuerdo con el artículo 8º de la Ley procesal penal, al tiempo que le puso de presente su derecho a no auto incriminarse y se le explicó el alcance del mismo.

Culminada la exposición de la juez de garantías, ésta interrogó al procesado acerca de si ya había tomado una decisión, a lo que Romero Olivos contestó en forma asertiva y sin dubitación alguna, «sí acepto los cargos porque el arma la portaba yo». Ante dicha manifestación el proceso fue remitido al juez de conocimiento para que le impartiera el trámite abreviado.

Para este último funcionario el desempeño de la juez de control de garantías no permitió verificar si la decisión del procesado fue libre, voluntaria y plenamente informada, motivo por el que anuló el allanamiento y a consecuencia de ello el procesado fue sometido a juicio.

Para la Corte, la decisión del juez de conocimiento resulta equivocada en la medida en que

el hecho de que la juez de garantías, luego de que el procesado manifestó aceptar su responsabilidad, no formulara interrogatorio al acusado sobre si la decisión fue libre, voluntaria e informada, no invalida el allanamiento puesto que del desarrollo de la diligencia se advierte que tanto la Fiscalía como la funcionaria de garantías, le hicieron una vasta explicación en torno a la posibilidad de aceptar los cargos, sus consecuencias y el derecho constitucional que le asistía de no auto incriminarse.

Además la respuesta de Romero Olivos, fue clara y contundente al indicar sin ninguna duda que aceptaba los cargos porque él si tenía el artefacto bélico. Bajo tales circunstancias emerge claro que la decisión del procesado no fue el producto de la confusión, de un errado entendimiento sobre la figura del allanamiento; tampoco surgen indicios acerca de que pudiera haber sido coaccionado a aceptar su responsabilidad. De allí que la actuación del juez de garantías se pueda calificar como adecuada y suficiente para predicar la legalidad del allanamiento por parte de Javier Romero Olivos.

En ese orden, emerge clara la vulneración del debido proceso del acusado, puesto que fue sometido a juicio y se le privó de obtener una significativa rebaja de pena por el desatino del juez de conocimiento cuando anuló la aceptación de cargos, sin que surgiera motivo alguno para sospechar que el consentimiento estuvo viciado o que se violaron garantías fundamentales al acusado, únicas razones que hacen procedente la invalidación de la aceptación de cargos.

En esa medida se casará el fallo del Tribunal Superior de Yopal, ya que fue proferido en un procedimiento viciado por haberse trasgredido el debido proceso abreviado por el que optó el acusado Romero Olivos.

La forma de sanear el proceso, sería en principio la de retrotraer el trámite al momento en el que el juez de conocimiento decretó erradamente la nulidad, para ordenarle que emita la sentencia en los precisos términos del allanamiento cargos.

Sin embargo, por razón del principio de residualidad que rige la declaratoria de nulidades, lo pertinente es optar por la solución que resulte menos gravosa para el saneamiento del proceso que en este caso corresponde a la de mantener el fallo condenatorio contra Romero Olivos, pero reconociéndole la reducción de pena por el allanamiento a cargos sucedido en la audiencia preliminar de formulación de imputación, pues de esta forma se restablece la garantía fundamental trasgredida y se mantiene la validez de la actuación.

Esta fue la solución adoptada en CSJ SP, 5 Oct. 2016, Rad. 45594, decisión en la que se indicó lo siguiente:

Esta solución resulta compatible con la jurisprudencia desarrollada por la Sala frente a casos similares, en los que ha acudido a la fórmula de reconocer la rebaja de pena correspondiente, cuando, como ocurrió en este caso, el derecho que le asiste al procesado de acogerse a la figura de la sentencia anticipada y a obtener rebajas de pena u otros beneficios por dicho motivo, se frustra por actuaciones imputables a los funcionarios judiciales (CSJ SP, 10 de abril de 2003, casación 16528, entre otras).

Así las cosas, procederá la Corte a dosificar la sanción a partir del allanamiento a cargos de Romero Olivos en la audiencia de imputación y, como efecto de ello, a analizar la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

Tasación de la pena

El procesado aceptó cargos por el delito de porte de armas de fuego consagrado en el artículo 365 del estatuto represor, por hechos cometidos el 22 de junio de 2013.

En ese orden la pena a imponer es la indicada en la citada norma con la modificación el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, esto es, 9 a 12 años de prisión. La sanción corresponde calcularse dentro del primer cuarto de punibilidad que oscila entre 108 a 117 meses de

prisión, toda vez que solo concurre la circunstancia genérica de menor pena de la carencia de antecedentes penales de Romero Olivos.

El Tribunal irrogó la pena mínima del primer cuarto, es decir, 108 meses o lo que es lo mismo 9 años de prisión, monto que se mantendrá en aras de garantizar el principio de no reforma en peor, además porque no se advierten motivos para hacer un incremento del quantum de la pena seleccionado por la instancia.

Aquí corresponde abordar la calificación de estado de flagrancia que se reputó de la captura del procesado, pues es un factor a tener en cuenta al momento de establecer la rebaja de pena por allanamiento a cargos.

De acuerdo con el testimonio de Anadelina Gómez, una vez ella despoja del arma de fuego a Romero Olivos, quien la portaba en el cinto, este se asusta y sale corriendo del establecimiento, cuando ya se aprestaba a abandonarlo y a abordar su motocicleta.

Una vez arriba la autoridad al lugar por el llamado que hace a la policía el propietario del establecimiento, ésta entrega el arma y rinde una entrevista sobre lo sucedido.

De acuerdo con el sustento fáctico de la imputación, luego de que Romero Olivos huye del sitio y sin estar en posesión del arma de fuego, regresa allí con el ánimo de recuperarla, pues le había sido entregada por su empleador para que resguardara la finca en la que laboraba, momento en el que es retenido por el dueño del lugar y otras personas.

La mencionada circunstancia coincide con lo que en juicio manifestó el agente policial que concurrió al lugar, Breidy Leal Buitrago, al señalar que cuando arribó con su compañero al estadero "Los Camagueños", Romero Olivos estaba retenido por algunos de los presentes del lugar y que el arma estaba en posesión Anadelina Gómez.

En juicio no se precisaron las circunstancias específicas en que se produjo la captura del

procesado, ya que en su testimonio Adelina Gómez solo informó que una vez le quita el arma a Romero Olivos, él sale corriendo, pero no especifica, ya que no es interrogada sobre el particular, en qué momento regresó, cuanto tiempo transcurrió desde su huida hasta su aprehensión, tampoco el término en que tardó la autoridad en arribar al sitio. No se practicó el testimonio de Mauricio Martínez, propietario del establecimiento, puesto que pese a que fue citado como testigo, no compareció.

Es decir, en torno a la captura del procesado solo se sabe que huyó del lugar cuando fue despojado del arma, para voluntariamente regresar a reclamarla y, que los policías que fueron requeridos para hacer presencia en el lugar, arribaron allí veinte minutos después de la llamada, encontrado que el procesado era retenido por algunos de los presentes.

Bajo tal panorama no puede predicarse flagrancia en su aprehensión, habida cuenta que fue la conducta voluntaria de Romero Olivos de retornar al lugar del hecho, la que posibilitó su privación de la libertad.

La poca información que ofrece el proceso no permite establecer el tiempo transcurrido entre el despojo del arma de fuego y la huida del procesado, y el instante en que él decide regresar a reclamar dicho elemento, tampoco las circunstancias en las que arribó al lugar o la manera como fue abordado por el propietario del establecimiento, en orden a predicar la actualidad como elemento propio de la flagrancia.

Tales imprecisiones impiden predicar flagrancia en la captura de Javier Romero Olivos, pues no se puede establecer la inmediatez entre el momento de comisión del hecho y la privación de la libertad.

De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha desarrollado el tema en cuestión para precisar las particularidades que deben concurrir en los casos concretos para privar de la libertad a las personas por la comisión de un delito, prescindiendo de orden judicial.

En CSJ SP, 30 Nov. 2006, rad. 25136, con base en jurisprudencia constitucional, C-024 de 1994, se dijo lo siguiente:

En este sentido, obsérvese cómo, en la sentencia C-024 de 1994, que cita como fuente el casacionista, la corte Constitucional se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia abordando el tema de la flagrancia de la siguiente manera:

“En términos generales, el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible. Este moderno concepto de flagrancia funde entonces los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia. Así, a la captura en el momento de cometer el delito se suma la posibilidad de que la persona sea sorprendida y aprehendida con objetos, instrumentos o huellas que hagan aparecer fundadamente no sólo la autoría sino la participación (en cualquiera de sus formas) en la comisión del punible.

(...)

“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho.

“Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad, requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido

en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial". (Resaltado fuera de texto)

Con base en las situaciones previstas por la ley como flagrancia, artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y antes de la modificación insertada por la Ley 1453 de 2011, la siguiente fue la conclusión adoptada por la decisión que viene de citarse:

Como se ve, en todos los eventos el sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en cada uno de ellos se establece una diferencia temporal de menor a mayor, en todo caso limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido; circunstancia que a su vez, frente a cada una de las situaciones planteadas conlleva a unas determinadas exigencias valorativas que compete hacer al Juez.

En este orden de ideas y como quiera que contrario a lo concluido por el juez de control de garantías, la captura de Romero Olivos no se produjo en situación de flagrancia, deviene inaplicable el parágrafo del artículo 301 de la norma procedimental que limita la reducción de pena en caso de aceptación de responsabilidad, a la cuarta parte del beneficio previsto en el artículo 351 del mismo estatuto.

Así las cosas, como quiera que la pena imponible se fijó en 108 meses de prisión, la Corte considera ajustado reconocer la reducción de la mitad de la sanción por haberse producido el allanamiento a cargos en la audiencia preliminar de formulación de imputación.

De acuerdo con lo anterior, la pena a la que se hace merecedor Javier Romero Olivos es la de CINCUENTA Y CUATRO (54) meses de prisión como autor del delito de porte de armas de

fuego de defensa personal e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

La pena accesoria de privación del derecho para el porte o tenencia de armas de fuego, que de acuerdo con el artículo 51 inciso 6º del Código Penal, es de 12 a 180 meses de prisión, siguiendo el mismo criterio para la imposición de la pena de prisión, será también la mínima prevista dentro del primero cuarto, es decir 12 meses, monto que por razón del allanamiento a cargos se reduce a la mitad, para una sanción accesoria definitiva de seis (6) meses.

Suspensión condicional de la pena y prisión domiciliaria

(I) El subrogado de la ejecución condicional de la ejecución de la pena está regulado en el artículo 63 del Código Penal, en este caso, con la modificación de la Ley 1709 de 2014, que aunque posterior a los hechos que datan de junio de 2013, resulta favorable al procesado, al establecer una limitante punitiva menos exigente y no contemplar el delito de porte de armas de fuego de defensa personal como aquellos comportamientos excluidos de cualquier forma alternativa para el cumplimiento de la pena de prisión.

Sin embargo, la limitante punitiva de la norma posterior es que la pena impuesta no supere los cuatro (4) años de prisión, requisito que claramente no concurre en el presente caso, puesto que la pena privativa de la libertad a la que se hace merecedor el acusado es la de (4) años y seis (6) meses.

(II) Frente a la prisión domiciliaria se predica similar situación, pues aunque el requisito objetivo previsto en el artículo 38 B del estatuto represor, es más amplio (pena mínima prevista en la ley que no supere los ocho (8) años de prisión), de todas formas éste no concurre para el presente asunto, ya que la sanción mínima indicada en la norma para el delito de porte de armas de fuego de defensa personal es la de nueve (9) años de prisión.

En este orden de ideas, Javier Romero Olivos tendrá que cumplir la pena al interior de un

centro de reclusión.

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

RESUELVE

PRIMERO: NO CASAR por el cargo propuesto en la demanda, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Yopal el 24 de mayo de 2018.

SEGUNDO: CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO, la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, imponer al procesado Javier Romero Olivos la pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y prohibición para la tenencia y porte de armas de fuego por seis (6) meses.

TERCERO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE 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 CSJ SP 28 ago. 2013, rad. 41.295.

2 CSJ SP 13 feb. 2013, rad. 40.053.