

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP042-2018

Radicación N° 46283

Aprobado acta N° 16

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Se pronuncia la Corte de oficio acerca de la eventual violación de garantías a HÉCTOR FABIO CARDONA ARANGO, dentro del proceso adelantado en su contra por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal la Sala los resumió en anterior oportunidad así:

El 26 de agosto de 2012, en Manizales, en el barrio El Nevado, sector La Solidaridad, agentes de la Policía Nacional se presentaron a eso de las 7:00 a.m., con el fin de atender una riña entre residentes del sector, momento en el que observaron un sujeto en la vía pública que

blandía un machete, a quien intentaron controlar y, en ese instante, desde la ventana del segundo piso de una casa aledaña, otro individuo, que momentos antes había estado involucrado en la reyerta, arrojó una granada multipropósito de aturdimiento e iluminación, mini flash bang, la cual estalló sin ocasionar daño a personas o edificaciones.

El autor de esa acción fue aprehendido en el inmueble e identificado como HÉCTOR FABIO CARDONA ARANGO, soldado adscrito al Batallón de Combate Terrestres N° 119, quien para la señalada fecha se hallaba en periodo de vacaciones¹.

2. El 27 de agosto de 2012 ante un Juez con Función de Control de Garantías de Manizales se llevó a cabo diligencia en la que fue legalizada la captura del citado y la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación como autor de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, en la modalidad de “portar o tener en un lugar”, según la descripción típica del artículo 366 de la Ley 599 de 2000 (Mod. Ley 1142 de 2007, art. 55 y Ley 1453 de 2011, art. 20), cargo al que no se allanó el indiciado².

3. El 24 de diciembre siguiente el ente investigador presentó contra aquél escrito de acusación por el referido delito, el cual formalizó en audiencia celebrada en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, cuyo titular, tras realizar el juicio oral y público, el 11 de diciembre de 2014 declaró al procesado autor responsable de la conducta punible endilgada, y en tal virtud, le impuso como pena principal ciento treinta y dos (132) meses de prisión, así como la accesoria de ley por igual lapso, y no le

¹ Cfr. CSJ. AP1672-2016, 30 mar. 2016, rad. 46283.

² Cuaderno principal, folios 1-10.

concedió la suspensión condicional de la ejecución de la condena, ni la prisión domiciliaria³.

4. La expresada decisión fue apelada por la asistencia técnica del procesado, y el 13 de abril de 2015 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó la providencia ataca, fallo de segunda instancia contra el cual la misma parte interpuso y sustentó en tiempo el recurso de casación⁴, cuya demanda, por carecer de las exigencias de adecuada fundamentación del cargo propuesto, fue inadmitida por esta Sala.

II. CONSIDERACIONES

5. De conformidad con las normas rectoras del ordenamiento penal sustantivo Colombiano, para que el Estado pueda ejercer respecto de determinado comportamiento humano la potestad de imponer una sanción, la conducta respectiva (*activa u omisiva*) debe reunir tres condiciones, a saber, ser *típica*, *antijurídica* y realizada con *culpabilidad* (Ley 599 de 2000, artículo 9°).

El principio de tipicidad, o de estricta legalidad, en términos sencillos, tiene que ver con la definición previa por parte del órgano legislativo, en forma clara, inequívoca y expresa, de aquéllos comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos fundamentales a la vida en sociedad son prohibidos o considerados delictivos (artículo 10 ídem).

³ Cuaderno principal, folios 24-32 y 196-215.

⁴ Cuaderno principal, folios 266- 284 y 289-321.

A su turno y en conexión con lo anterior, la relevancia de la vulneración a la garantía tutelada, se determina por su lesión cierta y real, o la puesta en peligro efectivo de la misma, sin justa causa, aspecto que se conoce como antijuridicidad de la acción (artículo 11 ídem).

Finalmente, el principio de culpabilidad se satisface al estar acreditado que el autor del injusto, pese a hallarse en condiciones de comportarse conforme a derecho en virtud de su capacidad de autodeterminación y de la posibilidad de conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de su conducta, en lugar de preferir ello, elige actuar en contra de la norma prohibitiva.

6. En su momento, cuando la Sala Penal revisó los presupuestos formales del cargo propuesto por la defensa en el recurso de casación, pese a encontrar que el reproche no reunía las exigencias mínimas de claridad por cuanto de manera ambigua se alegó en forma simultanea la violación directa e indirecta del ley sustancial, resolvió que el expediente después de surtir el trámite inherente al mecanismo de insistencia, debía regresar para un estudio de fondo por cuanto la situación fáctica expuesta en los fallos, permitía pensar que eventualmente el comportamiento no se hacía acreedor a un reproche penal por ausencia de las categorías necesarias para predicar el carácter punible de la acción.

Sin embargo, en la hora de ahora, tras un estudio sereno de las consideraciones plasmadas en las sentencias de primera y segunda instancia, las cuales forman una unidad jurídica inescindible por coincidir en el mismo sentido, en contraste con los medios de prueba allegados a la actuación y analizados en las respectivas decisiones, la Corte observa que

el sentido condenatorio del fallo fue acertado, sin que con incidencia adversa en las garantías del acusado pueda afirmarse la configuración de error alguno de los susceptibles de pregonar en casación.

6.1. En efecto, en primer lugar vale puntualizar que el procedimiento se ciñó con rigor a los diferentes estadios procesales que progresivamente se encuentran regulados en la Ley 906 de 2004 y que en cada uno de ellos se respetaron los derechos fundamentales del procesado, destacándose la adecuada y permanente asistencia letrada de un profesional del derecho que lo representó y, dentro de las posibilidades del caso, esgrimió una activa y plausible estrategia defensiva.

6.2. Tampoco observa la Sala la configuración de vicios de juicio, ya sea frente a los hechos o respecto del derecho que correspondía aplicar y que ciertamente fue activado.

La conducta punible por la que se convocó a juicio al procesado está descrita en el artículo 366 de la Ley 599 de 2000, con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, artículo 55, y la Ley 1453 de 2011, artículo 20, la cual es del siguiente tenor:

El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre, porte o tenga en un lugar armas o sus partes esenciales, accesorios esenciales, municiones de uso privado de las Fuerzas Armadas o explosivos, incurrirá en prisión de once (11) a quince (15) años.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando concurran las circunstancias determinadas en el inciso 3o del artículo anterior.

Respecto de la citada hipótesis normativa, los aspectos controvertidos con ahínco frente a los sucesos del 26 de agosto de 2012, fueron:

(I) Por una parte, el relativo a la naturaleza del objeto material, es decir si la granada *Mini Flash Bang* que el acusado tenía o portaba y que activó en esa fecha, califica como arma de guerra, parte esencial de ésta, accesorio esencial, munición o explosivo de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y

(II) Sí respecto del acusado, por su condición de militar activo, aunque en uso de vacaciones, puede predicarse que ostentaba la posesión o tenencia legítima de ese elemento con base en el acta de “ASIGACIÓN INDIVIDUAL DE MATERIAL DE GUERRA”, en la cual consta su entrega a éste (así como la de un fusil calibre 5.56; 350 cartuchos para el mismo y dos granadas de mano, entre otros elementos)⁵ por sus superiores, el 5 de abril de 2012 en su condición de soldado profesional del Batallón de Combate Terrestre N° 119⁶.

En relación con el primer punto en controversia, ambas instancias, con acierto, concluyeron que la prueba técnica, tanto la presentada por parte de la Fiscalía como la allegada a instancia de la defensa, no dejaba espacio a una conclusión distinta a la señalada por los respectivos especialistas, al precisar aquéllos que la “*granada táctica multipropósito*” objeto de la conducta es una arma de fuego de guerra pues:

EL DECRETO 2535 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1993 EN EL CAPÍTULO I ARTÍCULO 8, (indica que) SON ARMAS DE GUERRA Y POR LO TANTO DE USO PRIVATIVO DE LA FUERZA PÚBLICA, AQUELLAS UTILIZADAS CON EL OBJETO DE DEFENDER LA SOBERANÍA NACIONAL, MANTENER LA INTEGRIDAD TERRITORIAL, ASEGURAR LA CONVIVENCIA PACÍFICA, EL

⁵ Cuaderno de evidencias de la defensa, folio 1.

⁶ Aun cuando no fue un aspecto en el que repararan las instancias, en el juicio las partes estipularon, con base en certificación expedida por la Guarnición Militar a la que pertenecía el acusado, que de las granadas de instrucción entregadas a este no se detectó faltante para la época de los hechos, lo cual permite inferir, simple y llanamente, que la que tenía en su poder la fecha de los hechos no era la entregada oficialmente. Cuaderno de estipulaciones, folio 31.

*EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES PÚBLICAS, EL ORDEN CONSTITUCIONAL, Y EL MANTENIMIENTO Y RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO, TALES COMO: EN SU ARTÍCULO 8 NUMERAL H: GRANADAS DE ILUMINACIÓN FUMIGENAS, PERFORANTES O DE INSTRUCCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS*⁷.

Y en cuanto a la segunda cuestión, con fundamento en normas Constitucionales (artículos 217 y 223), así como en fallos del Órgano límite en esa materia⁸, en la decisión condenatoria integrada por las consideraciones de las sentencias de primera y segunda instancia, se precisa que en tratándose de miembros de la Fuerza Pública, la entrega de armas de uso exclusivo, como la granada *Mini Flash Bang*, se hace debido a los fines Constitucionales asignados a aquélla y no como “*beneplácito o licencia para su porte incondicional*”, además que su porte, conservación y empleo se encuentra ligado o afectado, únicamente, al cumplimiento, aseguramiento y defensa de su misión constitucional, “*de modo que cualquier otro tipo de empleo torna en ilegal su porte o conservación*”⁹.

6.3. La lesividad de la acción típica (antijuridicidad) respecto del bien jurídico tutelado (seguridad pública), también fue abordada en la decisión condenatoria con sustento en reiterada jurisprudencia de esta Sala, destacando cómo al tratarse la conducta de aquéllas clasificadas como de “*peligro común o que pueden causar grave perjuicio a la comunidad*”, las cuales implican un riesgo abstracto para aquél, en este caso no se trató de un obrar insignificante que no hubiese afectado de manera real y efectiva el interés protegido por el legislador.

⁷ Cuaderno de evidencias de la Fiscalía, folio 23-29, y en sentido semejante Cuaderno de evidencias de la defensa, folios 2-6.

⁸ Cfr. C-296 de 6 de julio de 1995 y C-1145 de 30 de agosto de 2000.

⁹ Sobre el particular se remite la Sala al análisis que de ese aspecto se encuentra consignado los fallos de primer y segundo grado. Cuaderno principal, folios 205-210 y 277-283.

Acerca de esa categoría el a-quo, confirmado en segunda instancia, advirtió cómo no obstante los efectos inherentes al uso del arma empleada por el acusado¹⁰, en las circunstancias concretas del caso se causó un peligro real e inminente, pues el perito que rindió concepto acerca de su naturaleza fue enfático al señalar que “*el artefacto puede ser letal o peligroso si cae (o se activa) muy cerca al ser humano, o de la cabeza*”¹¹, y en el presente evento el empleo de la granada ocurrió durante una riña en la que estaba involucrado el acusado con otra persona, contexto en el que bajo la alteración de sus sentidos por el consumo de licor la arrojó desde un segundo piso hacía un callejón angosto en el que se encontraban no solo civiles sino los agentes de la Policía Nacional que llegaron a disuadir la reyerta, produciéndose la detonación de la granada en el aire, todo lo cual evidencia la probabilidad real de causar daño injustificado a la comunidad¹².

7. Finalmente, acerca de la reprochabilidad del comportamiento, tal y como se señaló en el fallo condenatorio¹³, el acusado tenía:

“...más que nadie el conocimiento de lo prohibido de su actuar por su acreditada condición de militar, la cual ostentaba más o menos desde el año 2006, según lo narra su compañero de curso, el señor Wilmer Carmona Carmona, y además porque, como lo expusiera este mismo testigo, según la experiencia militar en las salidas sólo se permite sacar de la guarnición uniformes, equipo de campaña, botas de dotación y la cintela, siendo manifiesto ... para un militar con cierta experiencia que dicho artefacto (la granada objeto de este proceso) no puede ser empleado para actividades distintas a la

¹⁰ La granada debe ser usada por personal entrenado y certificado, sólo durante el rescate de rehenes, en disturbios u otros desordenes de alto riesgo; una vez accionada los químicos en su interior generan una explosión con una onda acústica de 175 decibeles y un destello de 6-8 mil lúmenes o candelas, lo cual de manera temporal ensordece y enceguece “*a las personas potencialmente peligrosas*” contra las que se dirige.

¹¹ Ídem.

¹² Cfr. Fallo de primer grado, Cuaderno principal, folios 210-211.

¹³ Cfr. Cuaderno principal, folios 211-212.

actividad militar, pues la naturaleza del elemento incautado era indiscutible, y por lo tanto era también innegable que el mismo no era de circulación ordinaria en manos de civiles, o para tenerla o emplearla en una residencia o contexto urbano por fuera de las actividades militares. Sin dejar de mencionar que las condiciones del uso del elemento refuerzan la conclusión en cuanto su comprensión de atentar contra el derecho, y sin que se hubiesen aportado además evidencias de que no estuviese para el caso concreto en libertad de actuar conforme a derecho, se trata sin lugar a dudas de una conducta ejecutada con culpabilidad” dolosa.

8. En conclusión, no encuentra la Sala vulneración de las garantías fundamentales del acusado a raíz del proceso penal que se le siguió y culminó con la declaración como autor penalmente responsable de la conducta delictiva atribuida, en razón de la cual le fue impuesto como sanción el mínimo legal de pena ordenado en la respectiva norma sustantiva, esto es once años (132 meses) de prisión, magnitud que atiende a los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad previstos en el artículo 3° de la Ley 599 de 2000.

Y ello es así porque, desde ya debe quedar claro, la aplicación del margen mínimo de la sanción expresamente consagrada en la norma sustantiva no permite divagar o especular sobre la probabilidad de imponer una distinta o en menor cantidad so pretexto de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad señalados en la aludida norma rectora, además que el acatamiento de ese límite es también expresión de respeto al principio de estricta legalidad.

En cuanto al principio modulador de *necesidad*, éste debe ser entendido, según el citado artículo, en “*el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan*”.

Lo anterior significa que el juez, en un caso concreto, una vez encuentra satisfechas las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente a determinado comportamiento humano, atiende u observa el principio hermenéutico de *necesidad de la pena* cuando considera las siguientes eventualidades:

(i) Para determinar si está frente a uno de los supuestos en los que el legislador lo faculta para prescindir de la pena según lo normado en artículo 34 de la Ley 599 de 2000¹⁴, hipótesis que, sobra decirlo, es ajena a la situación fáctica debatida, pues no se cumple la primera exigencia relativa a que se trate de un delito culposo o reprimido con pena no privativa de la libertad (la segunda son los grados de parentesco y vínculos filiales indicados en la norma);

(ii) Al momento de individualizar la pena con sustento en los criterios establecidos para tal efecto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, dado que la observancia de esos moduladores son desarrollo de los ya indicados principio de proporcionalidad y razonabilidad, en cuanto permiten establecer la magnitud de castigo necesaria y merecida por el infractor sin desconocer los límites legales, en este asunto acatados por los juzgadores, y

(iii) Con el fin de establecer si se reúnen los presupuestos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena (el análisis de este aspecto tiene que ver no con la necesidad de imponer una pena, sino con la necesidad de ejecutarla), de conformidad con el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, subrogado que en el asunto

¹⁴ “En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”.

examinado fue con acierto negado por el a-quo por no estar satisfecho el condicionamiento objetivo relativo al monto de pena impuesta el cual superó el límite de cuatro años.

9. No puede dejar de señalar la Sala que con base en tesis mayoritaria en vigor, en tratándose de delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal o de uso privativo de la Fuerza Pública, una vez que en el fallo han sido expuestos los fundamentos acerca de la acreditación de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de los referidos injustos, ellas son razón suficiente que justifican *per se* la imposición, con estricta observancia de lo normado en el artículo 61 del Código Penal, la sanción accesoria de “*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*”¹⁵.

Sin embargo, la Corte no puede en este caso imponer tal pena accesoria en guarda del principio de legalidad, dado que por encima de aquél se erige el respeto y prevalencia de la garantía y prohibición de reforma en peor cuando el procesado es apelante único, como en aquí ocurre, criterio que en la actualidad es unánime y no admite discusión.

En suma, constituye un imperativo jurídico mantener la incolumidad de la providencia revisada de oficio por la Sala Penal, ante la indemnidad de los derechos fundamentales del procesado.

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

¹⁵ Cfr. Entre otras, SP9557-2017, 5 jul. 2017, Rad. N° 48659 y SP15615-2017, 27 sep. 2017, Rad. N° 49646.

RESUELVE:

NO CASAR el fallo de segunda instancia dictado contra
HÉCTOR FABIO CARDONA ARANGO.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifiquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria