PRINCIPIO DE LA LESIVIDAD/ Antijuridicidad de la tenencia de arma de fuego, al no ser esa acción atentatoria contra el bien jurídico de la seguridad pública

“(…) la conducta de tener un arma de fuego descargada que de contera es vetusta y ha permanecido guardada en un armario, carece de la relevancia y de la entidad suficiente que se requiere para atentar o amenazar de manera efectiva o eficaz la seguridad ciudadana, puesto que reiteramos, con esa clase de comportamientos en ningún momento se crea un ambiente de desasosiego, zozobra o malestar que afecte la concordia o la armonía que se espera de vivir en comunidad.

A lo anterior, se hace necesario aunar que el acervo probatorio es claro en demostrar que si bien es cierto que el Procesado era el propietario del arma de fuego, la cual había heredado de sus ancestros, convirtiéndose de esa forma en una especie de reliquia familiar, también es cierto que cuando ocurrieron los hechos quien de facto ejercía actos de tenencia material sobre la misma, con capacidad de disposición, era la Sra. RUBIELA ROJAS (…)”

“Siendo así las cosas, la Sala concluye que acorde con los postulados del aludido principio de lesividad, la conducta enrostrada al Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ carecía de la relevancia que se requiere como para amenazar o poner en riesgo de manera efectiva y eficaz al intereses jurídicamente protegido mediante la tipificación del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal en la modalidad de tenencia”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias de 15 de septiembre de 2004 -rad. 21.064-, de 13 de mayo de 2009 -rad. 31362- y de 5 de marzo de 2014 -rad. 36337-.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 730 del 19-VIII/2016

Pereira (Risaralda), diecinueve (19) de Agosto del 2.016.

Hora:09:11

Procesado: LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS

Delitos: Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal

Radicación # 66170-60-00066-2013-0081-01

Procede: Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de sentencia absolutoria

Decisión: Se confirma el fallo confutado.

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida en las calendas del diecinueve (19) de Septiembre del 2014 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas[[1]](#footnote-1), en virtud de la cual se absolvió al ciudadano LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS de los cargos por los que fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Los hechos que dieron génesis a la presente actuación procesal, según lo aludido por la Fiscalía en el escrito de acusación, ocurrieron a eso de las 23:10 horas del 16 de abril del 2.013 en el barrio *Cerro Azul* 2.009 del municipio de Dosquebradas, en donde en la vivienda ubicada en la manzana 14, casa 2A, se suscitó una especie de reyerta conyugal entre los Sres. LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS y RUBIELA ROJAS, lo que motivó la intervención de varios efectivos de la Policía Nacional, a quienes la Sra. RUBIELA ROJAS les hizo entrega de un revólver descargado calibre .38 *spl*, el cual su marido conservaba en ese lugar.

De igual forma, acorde con lo acreditado en la actuación procesal, se tiene que al parecer esa arma de fuego se constituyó en una especie de *manzana de la discordia* de la disputa conyugal, puesto que la Sra. RUBIELA ROJAS no accedió a las pretensiones de su marido LUIS CARLOS MARTÍNEZ quien en esos momentos le exigía la entrega de ese instrumento bélico.

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta ciudad, con funciones de control de garantías, el 17 de abril del 2013, en la cual, luego de imprimírsele legalidad a la captura del ahora Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS, se le enrostraron cargos por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en la modalidad de tenencia. De igual forma, en lo que atañe con la imposición de medidas de aseguramiento, la Fiscalía declinó de deprecar cualquier tipo de petición en tal sentido.
2. El 6 de Julio del 2013, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, ante el cual el 20 de agosto de esa anualidad se llevó a cabo la audiencia de acusación, vista pública en la que la Fiscalía le endilgó al Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ cargos en similares términos a los establecidos en la formulación de la imputación: porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en la modalidad de tenencia.
3. La audiencia preparatoria se celebró el 1º de julio del 2014, mientras que la audiencia de juicio oral fue efectuada el 19 de septiembre de esa misma anualidad. Después de anunciado el sentido del fallo, el cual fue de carácter absolutorio, ese mismo día se profirió la correspondiente sentencia absolutoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el Fiscal Delegado.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del diecinueve (19) de Septiembre del 2014 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, en virtud de la cual se absolvió al ciudadano LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en la modalidad de tenencia.

Los argumentos aducidos por la Jueza de primer nivel para proferir el fallo absolutorio, se fundamentaron en establecer que en el presente asunto no se cumplían, por ausencia de antijuridicidad, con los presupuestos requeridos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena, porque la conducta endilgada por la Fiscalía al Procesado no afectó de manera efectiva el interés jurídicamente protegido: la seguridad pública.

Para poder llegar a la anterior conclusión, la Jueza de primer nivel expuso lo siguiente:

* El delito de porte ilegal de armas de fuego es un delito de peligro abstracto o presunto, por lo que se presume la amenaza o puesto en riesgo del interés jurídicamente protegido, pero esa presunción admite prueba en contrario porque la misma no es de derecho.
* En la actuación está plenamente demostrado que efectivos de la Policía Nacional incautaron un arma de fuego que el Procesado tenía guardada en el interior de una vivienda, la cual le fue entregada a los policiales a instancias de la cónyuge del acusado.
* A pesar de ser cierto que el procesado carecía de permisos para el porte o la tenencia de armas de fuego, no tenía en su poder el arma incautada, porque la misma se encontraba bajo la custodia de su cónyuge, siendo esa una de las razones que suscitó la reyerta entre ambos, ya que el procesado le requería la entrega del arma y su mujer no quería dársela.
* El arma nunca salió de la esfera del domicilio o de la residencia del procesado, porque se trataba de un arma vieja que al parecer había permanecido guardada por mucho tiempo, por ser una especie de reliquia familiar.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia surgida por parte del Ente Acusador con el contenido del fallo proferido por la *A quo,* consiste en que en sentir del apelante en el presente asunto la Jueza de primer nivel hizo una valoración equivocada del acervo probatorio ya que desconoció que se está en presencia de un caso de tenencia, y por ende la acción de tener un arma de fuego al interior de una casa si afectó o puso en riesgo el interés jurídicamente tutelado, más aun cuando el arma estaba en perfecto estaba de funcionamiento.

De igual forma expone el recurrente que la *A quo* no tuvo en cuenta las pruebas habidas en el proceso, las que señalaban que el motivo por el cual los agentes del orden acudieron al sitio de los hechos se debió a una reyerta conyugal suscitada porque el Procesado se incordió con su esposa debido a que Ella no accedió a sus pretensiones para que le hiciera entrega del arma de fuego, en atención a que con anterioridad le había manifestado sus intenciones de usar ese instrumento bélico en contra de otras personas y de que era capaz de matar a cualquiera. Tal situación, según el apelante, era indicativa que el Procesado con su comportamiento si puso en riesgo o en peligro el interés jurídicamente protegido.

Asimismo aseveró el apelante que se está en presencia de un delito de peligro, lo cual se ve aún más reflejado y potencializado con los resultados del experticio al que se sometió ese instrumento bélico, el cual resultó ser apto e idóneo para producir disparos.

Respecto a quien era el propietario del arma de fuego, el apelante aseveró que si bien es cierto que el procesado no fue sorprendido portando el arma de fuego, también es cierto que detentaba su tenencia, puesto que la misma se encontraba al interior de la residencia de su cónyuge por su propia voluntad, aunado a que tanto el procesado como su esposa al momento de la incautación del revólver admitieron ante los Policiales que Él era el dueño de dicha arma de fuego.

Finalmente el apelante arguyó que la Jueza de primer nivel incurrió en una contradicción, porque si el procesado no cometió delito alguno, entonces no había razón para que ordenara el comiso del arma de fuego, si se tiene en cuenta que el comiso es una sanción a la que se acude como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad criminal del acusado.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante deprecó la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia sea declarada la responsabilidad criminal del acusado acorde con los cargos por los que fue llamado a juicio.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para alegar como no recurrente, la Defensa se opuso a las pretensiones del apelante y en consecuencia solicitó la confirmación de la sentencia confutada, con base en los siguientes argumentos:

* En el juicio no se probó que el arma fuera de propiedad del procesado, ni que su cónyuge la tenía guardada porque el acusado la maltrataba.
* Quien tenía en su poder el arma incautada era la esposa del Procesado, y fue ella quien se la entregó a los policiales.
* En poder del Procesado no se encontraron armas ni municiones.
* No se presentó lesividad o amenaza de daño al bien jurídico, o si se presentó la misma vendría siendo irrelevante, debido a que el arma incautada se trataba de un revólver viejo o antiguo que bien podría ser un arma de colección, aunado a que la misma se encontraba descargada o sin munición.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte de los recurrentes como de los no recurrentes, considera la Sala que se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se podría considerar como no delictiva, por ausencia de antijuridicidad, la conducta punible por la cual fue llamado a juicio el Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS, y por ende estuvo acertada la decisión confutada de absolverlo de toda responsabilidad criminal por los cargos endilgados en su contra por no cumplirse con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P.?

 **- Solución:**

Para poder solucionar el problema jurídico que nos ha sido propuesto, la Sala inicialmente realizará un breve y somero estudio del principio de la lesividad y su incidencia en los delitos que han sido denominados por la doctrina como delitos de peligro abstracto, para luego confrontar las conclusiones a las que se ha de llegar con la realidad probatoria acreditada en el juicio oral.

La lesividad es uno de los principios que rigen el Derecho Penal, el cual pregona el apotegma consistente en *«que no puede existir delito sin la ocurrencia de un daño o puesta en riesgo de los bienes jurídicamente tutelados»*, pero es de anotar que dicho principio se encuentra asociado con el principio de la antijuridicidad, en su modalidad de antijuridicidad material, consagrado en el artículo 11 C.P. por lo que para que operen ambos principios, en especial en los casos en los que no se haya producido un daño sino una simple y mera amenaza, se requiere que el accionar del sujeto agente ponga *efectivamente* en riesgo o en peligro el interés jurídicamente protegido, por lo que *a contrario sensu* en aquellos eventos, Vg. Los delitos de bagatela, en los cuales el accionar del sujeto carece de la entidad o de la relevancia que se requiere para eficazmente amenazar o poner en riesgo el objeto jurídico, los mismos deben ser catalogados como no lesivos y por ende no pueden ser considerados como delictivos por ausencia del elemento de la antijuridicidad.

Sobre a lo anterior, de vieja data la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“Ahora bien, aunque en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de lesividad se consagró en el artículo 11 del Código Penal, que también se refiere a la categoría de la antijuridicidad, ello de ninguna manera desautoriza la opinión, por lo demás dominante en la literatura especializada, de que la afectación irrelevante del bien jurídico pueda constituirse como causal de exclusión de la tipicidad.

Lo anterior, por cuanto el legislador, tal como se advierte de un análisis sistemático de la parte general de la ley 599 de 2000, dejó abierta la posibilidad de aplicar distintos esquemas del delito en la solución de los casos, e incluso, mediante el inciso 1º del artículo 9 del referido código, dio paso a los criterios de la imputación objetiva del resultado como principio rector en materia jurídico penal.

(::::)

En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que el tipo siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia……”[[2]](#footnote-2).

A pesar de lo anterior, en muchas ocasiones para determinar la lesividad de un comportamiento se torna necesario analizarla frente a la naturaleza delictiva del mismo, y así se tiene que acorde con el interés jurídicamente protegido los delitos tradicionalmente han sido clasificados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina en delitos de lesión y delitos de peligro. Respecto de los delitos de lesión no existe duda alguna de la aplicación clara y plena del principio de la lesividad, puesto que en los mismos se requiere para su consumación que el interés jurídico sufra un daño, menoscabo o deterioro, lo cual no acontece en los delitos de peligro, en los que por la importancia o relevancia del interés protegido, el legislador no exige la ocurrencia de daño alguno porque solo basta para su consumación que la conducta haya generado una puesta en riesgo o una amenaza sobre el bien jurídico, la que puede ser en concreto o en abstracto; razón por la que los denominados delitos de peligro a su vez se subdividen en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

En los denominados delitos de peligro concreto, el riesgo o la amenaza se torna en un elemento integrante del tipo objetivo[[3]](#footnote-3), mientras que en los reatos de peligro abstracto no lo es en atención a que esa puesta en riesgo o amenaza por razones de política criminal se presume por el Legislador, pero es de anotar que dicha presunción por no ser de derecho admite prueba en contrario[[4]](#footnote-4), por lo que en caso de ser desvirtuada, ello tendría amplias repercusiones en el escenario de la antijuridicidad.

Sobre las características de los delitos de peligro, a fin de ofrecer una mejor ilustración, considera la Sala de utilidad traer a colación lo que la Corte ha expuesto de la siguiente manera:

“El carácter lesivo del acto delictivo en los delitos de peligro, acorde con un carácter de prevención en el que el Derecho Penal se anticipa y protege el bien de un futuro daño, se toma como algo potencialmente dañoso. La lesión adquiere un sentido figurado, pues su afectación no está en el bien jurídico materialmente, sino en la relación que sobre él tienen sus titulares.

La conducta se castiga por desafiar la normatividad pero según el grado de proximidad de la conducta respecto del bien jurídico será de *peligro concreto* si como exigencia típica se debe crear una situación de riesgo, en cambio, cuando esa relación es lejana y no se exige la probabilidad de lesión, será un *peligro abstracto*.

Se les denomina también de peligro presunto por el concepto de riesgo que el mismo legislador considera derivado de determinadas situaciones con lo que pretende no dejar al arbitrio particular el juicio de peligrosidad de una acción……”[[5]](#footnote-5).

Al aplicar el anterior marco teórico-conceptual al caso en estudio, se tiene que con las pruebas allegadas al juicio, se acreditó plenamente lo siguiente:

1) Acorde con los testimonios de los policiales GERARDO ANDRÉS ROJAS y ANDRÉS ARBOLEDA IDARRAGA, en asocio de lo que a su vez atestó la Sra. RUBIELA ROJAS RÍOS, de lo cual se colige que la Sra. RUBIELA ROJAS, ante el estado de excitación de su esposo generado por una discusión conyugal habida entre ellos, procedió a hacer entrega a los policiales de un arma de fuego la que el parecer tenía guardada en un armario, se puede colegir que estamos en presencia de un caso de tenencia de armas de fuego de defensa personal, puesto que el arma de fuego incautada se encontraba en el interior de una vivienda, lo cual se adecua al concepto de tenencia consagrado en el artículo 16 del Decreto # 2.535 de 1.993 en los siguientes términos:

“Artículo 16. Tenencia de armas y municiones. Se entiende por tenencia de armas su posesión, dentro del bien inmueble registrado en el correspondiente permiso, del arma y sus municiones para defensa personal. La tenencia sólo autoriza el uso de las armas dentro del inmueble al titular del permiso vigente y a quienes siendo sus moradores permanentes o transitorios asuman dicha defensa.”

2) Según lo dicho por el perito experto en balística JAIRO MUÑETÓN, el arma de fuego incautada se trataba de un revólver calibre .38 *Spl,* el cual a pesar de ser vetusto sus mecanismos de disparos estaban debidamente sincronizados pues estos funcionaban bien, tanto es así que resultaron exitosos ante la prueba de disparo. De igual forma el perito expuso que por el deterioro del arma es posible establecer que la misma estuvo guardada.

3) Los policiales GERARDO ANDRÉS ROJAS y ANDRÉS ARBOLEDA IDARRAGA, en sus testimonios coinciden en establecer que cuando la Sra. RUBIELA ROJAS RÍOS de manera voluntaria les hizo entrega del arma de fuego, la misma se encontraba descargada o sin munición, lo cual a su vez obtiene eco en todo lo que a su vez dijo el perito JAIRO MUÑETÓN.

4) Del contenido de los testimonios rendidos tanto por los policiales GERARDO ANDRÉS ROJAS y ANDRÉS ARBOLEDA IDARRAGA, como por la Sra. RUBIELA ROJAS RÍOS, se desprende que el Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS no tenía en su poder el instrumento bélico incautado, en atención a que el mismo le fue entregado a los agentes del orden por parte de la Sra. RUBIELA ROJAS, quien al parecer lo tenía guardado en un armario.

5) Con los documentos aportados al juicio por parte del investigador WILLIAM RODRÍGUEZ PERDOMO, se pudo establecer que el Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS carecía de los permisos del caso que le autorizaran el porte o la tenencia de armas de fuego.

Si a lo antes expuesto le adicionamos que el Legislador a partir de la promulgación de la ley 1.453 del 2.011 en su artículo 19 decidió modificar el artículo 365 C.P. al tipificar como delito la simple o mera tenencia de un arma de fuego, el cualpor la naturaleza de su objeto jurídico se debe considerar como un delito de peligro abstracto, razón por la que en un principio se podría decir que le asiste la razón a los reproches que el Fiscal Delegado ha formulado en contra del fallo confutado, puesto que en efecto por ministerio de la ley se presume que las personas que tienen al interior de una vivienda, sin permiso de la autoridad competente, una arma de fuego, han generado una amenaza o puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido que en el presente asunto vendría siendo la seguridad pública.

Pero en el caso *subexamine*, como atinadamente lo adujo la *A quo,* la realidad probatoria desvirtuó la presunción de amenaza o afectación del interés jurídicamente protegido, por lo que desde al ámbito de la antijuridicidad material y del principio de la lesividad, el comportamiento aducido en contra del Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ se podría catalogar como irrelevante, baladí o de poca monta como para poder afectar, amenazar o poner en riesgo de manera *efectiva* o admisible el aludido bien jurídico de la seguridad pública.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta que debe entenderse por *seguridad pública* y como la misma se afectaría de manera *eficaz* ante el comportamiento realizado por cualquier miembro de la comunidad.

Respecto del concepto de *seguridad pública*, en un caso más no menos similar al que concita la atención de la Sala, la Corte se expresó de la siguiente manera:

“En otro lenguaje expresado, frente a delitos de peligro como el del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, el juez ha de tener claro cuál es el ámbito de protección de la norma: **prevenir actos que signifiquen potencial o inminente peligro a las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana** y, a través de estos valores, de bienes personales como la vida, el patrimonio económico, etc., luego de lo cual, en cada caso concreto, también debe establecer si el comportamiento sometido a su consideración, significó una efectiva puesta en peligro al bien jurídico así conformado.

Lo anterior no envuelve una graciosa o desenvuelta concesión, pues al exigir el precepto mencionado —artículo 11 del Código Penal— que se requiere que la conducta típica lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal, armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés……”[[6]](#footnote-6).

Si a lo anterior le aunamos que en el caso *subexamine* está plenamente demostrado que el arma de fuego incautada se trataba de un vetusto revólver descargado, o sea sin munición, el cual se encontraba guardado en el interior de un armario, se pregunta la Sala: ¿De qué manera un arma de fuego de tales características se puede constituir en una *eficaz* puesta en peligro o en una amenaza seria y admisible ***a las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana***?

La respuesta dada por la Sala al anterior interrogante es un **¡NO!** puesto que un arma de fuego de tales condiciones que permanezca guardaba al interior de un armario por regla general carecería de la relevancia necesaria y suficiente que se requiere como para afectar efectivamente la tranquilidad, la armonía, la paz, el orden que mínimamente y de manera aceptable se exige para la pacífica y armoniosa convivencia en comunidad.

De lo anterior, preliminarmente concluye la Sala que la conducta de tener un arma de fuego descargada que de contera es vetusta y ha permanecido guardada en un armario, carece de la relevancia y de la entidad suficiente que se requiere para atentar o amenazar de manera efectiva o eficaz la seguridad ciudadana, puesto que reiteramos, con esa clase de comportamientos en ningún momento se crea un ambiente de desasosiego, zozobra o malestar que afecte la concordia o la armonía que se espera de vivir en comunidad.

A lo anterior, se hace necesario aunar que el acervo probatorio es claro en demostrar que si bien es cierto que el Procesado era el propietario del arma de fuego, la cual había heredado de sus ancestros, convirtiéndose de esa forma en una especie de reliquia familiar, también es cierto que cuando ocurrieron los hechos quien de facto ejercía actos de tenencia material sobre la misma, con capacidad de disposición, era la Sra. RUBIELA ROJAS, tanto es así que el catalizador que generó la reyerta conyugal fue la decisión de la Sra. ROJAS RÍOS de no acceder a las pretensiones de su cónyuge para que le hiciera entrega de ese instrumento bélico, el cual había cambiado de sitio en el que originalmente se encontraba guardado.

Pero es de anotar que en algunos eventos la tenencia de un arma de fuego, así la misma se encuentre descargada o sin munición, puede tener la relevancia suficiente como para atentar de manera eficaz en contra del interés jurídico de la seguridad pública, lo cual sucedería en aquellos casos en los que se tengan serias y fundadas sospechas de que el sujeto agente le vaya a dar a esa arma de fuego una destinación diferente que la de la mera y simple tenencia, como bien acontecería con el sicario que guarda el arma de fuego que es utilizada como herramienta de su luctuosa actividad profesional, o del guardaespaldas de algún personaje del hampa, o los miembros de alguna banda u organización criminal. En estos eventos o en aquellos que le sean afines, para la Sala es obvio que con la tenencia de un arma de fuego en semejantes condiciones se crea un mayor estado de conmoción, desosiego y de alarma social para la ciudadanía, afectado de esa forma el ambiente de concordia, armonía y tranquilidad que idealmente se requiere para poder vivir en comunidad.

Ahora bien, no desconoce la Sala que lo que motivó la incautación del arma de fuego fue el llamado de la Fuerza Pública por parte de la Sra. RUBIELA ROJAS, quien ante el estado de alteración de su cónyuge, LUIS CARLOS MARTÍNEZ, por la negativa de no entregarle el arma de fuego requerida, sintió temor en atención a que con antelación su marido le había hecho saber sus deseos de utilizar esa arma de fuego contra cualquiera, por lo que no le importaba matar a quien sea. Pero es de anotar que tales bravatas y baladronadas no pueden ser consideradas como indicativo del real deseo o de la intención de parte del Procesado de querer o pretender atentar en contra del interés jurídico de la seguridad pública como lo ha expresado el Fiscal Delegado recurrente, ya que pensar de tal manera seria como una especie de vuelta al pasado, al retornar hacia épocas ya superadas en las cuales se encontraba en boga el positivismo penal, en el que imperaba el derecho penal de autor, en virtud del cual a las personas se castigaban o sancionaban penalmente no por lo que hacían, sino por lo que eran, por su forma de pensar o de vivir o por sus condiciones sicofísicas.

Por lo tanto, lo pretendido en tales términos por el recurrente iría en contra de los postulados del derecho penal de acto al procurar criminalizar las ideas o los baladíes deseos de una persona que en un acto de insensatez producto de la excitación emocional que lo embargaba sin razón de ser dijo una serie de sandeces, bravuconas y de estupideces.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que acorde con los postulados del aludido principio de lesividad, la conducta enrostrada al Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ carecía de la relevancia que se requiere como para amenazar o poner en riesgo de manera efectiva y eficaz al intereses jurídicamente protegido mediante la tipificación del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal en la modalidad de tenencia.

Por lo tanto, acorde con lo todo lo expuesto, se tiene que la conducta enrostrada en contra del Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS no puede ser considerada como punible por ausencia del requisito de la antijuridicidad, razón por la que en el presente asunto no se cumplirían con las exigencias requeridas por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir en su contra una sentencia condenatoria.

Luego, lo enunciado en el párrafo anterior quiere decir, contrario a las pretensiones de la Fiscalía, que la Jueza de primer nivel estuvo acertada cuando ordenó la absolución del acriminado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS por los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, razón por la que la sentencia apelada se confirmará en estos aspectos.

Tópico en el cual si le asiste la razón al apelante es en la contradicción en la cual incurrió la *A quo* en el fallo confutado, puesto que a pesar de haber sido absuelto el acriminado de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, la Jueza de primer nivel ordenó el comiso del arma de fuego incautada, lo que en sentir de la Sala vendría siendo un sinsentido, ya que si partimos de la base que acorde con lo consignado en el artículo 82 C.P.P. y 100 C.P. el comiso es una sanción que se aplica sobre ciertos bienes de propiedad del declarado penalmente responsable como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal, es obvio que en los eventos en los cuales el Procesado sea absuelto de los cargos por los que fue llamado a juicio, no procedería el comiso sobre los bienes utilizados para la perpetración del presunto ilícito o que sean producto del mismo.

Pero a pesar del dislate en el que incurrió la *A quo*, considera la Sala que el arma incautada aún sigue siendo susceptible de la sanción del comiso, pero no como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad criminal del acusado sino de su eventual responsabilidad contravencional si partimos de la base que la tenencia de un arma de fuego sin los respectivos salvoconductos también ha sido tipificada como una contravención por el Decreto # 2.535 de 1.993, en el literal «a» del artículo 89, cuyo conocimiento, por cumplirse las reglas de competencia del parágrafo 1º del articulo 86 ibídem, le correspondería al Comando del Departamento de Policía, en atención a que la incautación del susodicho instrumento bélico fue realizada por miembros de la Policía Nacional.

Siendo así las cosas la Sala revocará la orden de comiso expedida por la *A quo* y en consecuencia ordenará la compulsión de copias de las presentes actuaciones con destino al Comando Departamental de la Policía, a fin de que adelanten el correspondiente proceso contravencional en contra del Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ por incurrir en la presunta comisión de la contravención tipificada en el literal «a» del artículo 89 del Decreto # 2.535 de 1.993.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia proferida en las calendas del diecinueve (19) de Septiembre del 2.014 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas en todo aquello que tiene que ver con la absolución proferida en favor del Procesado LUIS CARLOS MARTÍNEZ VANEGAS respecto de los cargos por los que fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador

**SEGUNDO:** Revocar la orden de comiso expedida por la *A quo* y en consecuencia se ordenará la compulsión de copias de las presentes actuaciones con destino al Comando Departamental de la Policía, a fin de que adelanten el correspondiente proceso contravencional en contra del ciudadano LUIS CARLOS MARTÍNEZ por incurrir en la presunta comisión de la contravención tipificada en el literal «a» del artículo 89 del Decreto # 2.535 de 1.993.

**TERCERO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de Ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**Con aclaración de voto**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Actualmente Juzgado 1º Penal del Circuito. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece (13) de mayo de 2009. Rad. # 31362. M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-2)
3. Como acontece en el delito de incendio para el cual se requiere de la creación de un peligro común, por lo que si el accionar del incendiario no genera u ocasiona ese peligro común dicho comportamiento vendría siendo atípico. [↑](#footnote-ref-3)
4. Como bien lo ha destacado la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia de Casación del 15 de septiembre de 2004. Rad. # 21.064, la cual ha sido reiterado en otros fallos, entre los cuales bien vale la pena destacar los siguientes: a) Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. # 31362.; b) Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación # 41760; c) Sentencia del 13 de abril 2016. Radicación # 44718; d) Sentencia del 12 de noviembre de 2014.Radicación # 42617. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014). SP2649-2014. Radicación # 36337. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Casación del 15 de septiembre de 2004. Radicación # 21.064. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. {Negrillas fuera del texto}. [↑](#footnote-ref-6)