El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Sentencia - 25 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66-045-31-89-001-2013-00018

Procesado: FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA

Delito: Porte ilegal de armas de fuego y tráfico de estupefacientes

Magistrado Ponente: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Tema: **PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO Y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / MODALIDAD: TENENCIA / LA DEFINICIÓN DE LA APTITUD DE LAS ARMAS DE FUEGO PARA SER USADAS ES UN CONCEPTO TÉCNICO / NO SE DESVIRTUÓ LA DUDA RAZONABLE RESPECTO A LA PROPIEDAD O TENENCIA DE LOS ESTUPEFACIENTES / SE MODIFICA /** “Aplicando lo anterior al caso en estudio, frente al escenario del delito de porte ilegal de armas de fuego, observa la Sala que pese a que en la actuación procesal está plenamente demostrado, mediante prueba pericial, que los instrumentos bélicos incautados durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro si se encontraban actos para ser disparados, por ser idóneos para tales fines, vemos que la Defensa ha pretendido cuestionar los resultados de dicha prueba pericial al argumentar que esas armas de fuego, por tratarse de unas escopetas vetustas y obsoletas, eran inservibles e inútiles, por lo que en su sentir la conducta pregonada en contra del procesado no podía ser catalogada como punible por ausencia de antijuridicidad.

Pero es de anotar que la Defensa para demostrar la tesis de su inconformidad acude a una serie de pruebas testimoniales, entre las cuales se encontraban los dichos de los Sres. ORLANDO DE JESÚS ECHEVERRI; OSCAR ECHEVERRI MONCADA; MARÍA HELENA MORALES y LUDIVIA MORALES, quienes expusieron que a ellos les constaba que esas armas de fuego por su condición de obsoletas, vetustas y por el deterioro generado por la oxidación, eran unas armas que prácticamente no servían para nada; lo cual para la Sala no puede ser de recibo en atención a que estamos en presencia de testigos, como bien lo admitieron varios de ellos en el contrainterrogatorio, que no sabían nada ni tenían conocimiento respecto de los tópicos relacionados con el manejo de armas de fuego, por lo que en opinión de la Colegiatura no se encontraban en capacidad e idoneidad para expresar ese tipo de opiniones o conceptos.

Por lo tanto, para la Sala lo dicho por unas personas legas e ignorantes en ciertos temas que ameritan un conocimiento artístico, técnico, científico o especializado, carecería de la contundencia o del poder suasorio que se requiere como para desvirtuar o infirmar lo que en tales términos ha conceptuado o dictaminado una persona que por razones de su oficio, actividad profesional u aficiones, si tiene un conocimiento amplio y profundo de dichos tópicos, como bien aconteció en el caso en estudio con lo dictaminado por parte del perito BERLEY MARTÍNEZ VALENCIA.”

(…)

“En lo que corresponde con el 2º de los cargos que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, los cuales tiene que ver con la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, por el hallazgo de 50 gramos de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, la cual fue encontrada en una habitación utilizada como especie de bodega para almacenar café y maíz seco, vemos que en el fallo confutado, para poder pregonar el compromiso penal del acusado por tales cargos, se fundamentó en la credibilidad de lo que supuestamente atestó la testigo MARÍA HELENA MORALES, respecto a que el procesado era la única persona que tenía acceso a dicha habitación; lo cual ha sido reprochado por la Defensa en la alzada, quien asevera que lo dicho en tales términos por la Sra. MARÍA HELENA MORALES no amerita credibilidad de ningún tipo en atención a que esa Testigo, por ser una visitante ocasional de la finca, no sabía nada de lo que en verdad pasaba en ese fundo.

Por lo tanto, el tema que ha suscitado la controversia planteada por la Defensa en la alzada radica en la credibilidad que se le debe conceder a lo que en tales términos atestó la Sra. MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ, pero al efectuar un análisis integral de lo que testificó dicha ciudadana, se tiene que la testigo en su declaración en ningún momento dijo lo que dijo respecto de que el procesado era la única persona que tenía acceso a la habitación en la cual se encontraron los 50 gramos de marihuana.

Por lo tanto, a pesar de ser un hecho cierto que en una especie de depósito o bodega habida en la finca administrada por el Procesado se encontraron 50 gramos de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, ello no quiere decir que de manera automática se le deba endilgar responsabilidad criminal al encausado por la conservación de dichos narcóticos, ya que en contra de esa inferencia se contraponen lo aludido por varias de las personas que testificaron en el juicio, vg. ORLANDO DE JESÚS ECHEVERRI MONCADA; MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ Y LUDIVIA MORALES MARTÍNEZ, de cuyos dichos se desprende que el Procesado no se dedica al narcotráfico, por lo que posiblemente esos estupefacientes son de propiedad de alguno de los empleados que laboran en ese fundo rural.

Siendo así las cosas, al existir dudas razones que de una u otra forma hacían mella en la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, la Sala es de la opinión que en favor del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA operaba el in dubio pro reo, lo que impedía que en su contra se pudiera dictar una sentencia condenatoria en lo que atañe a los cargos relacionados con la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.”

**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 No. 1088A del 24 de noviembre de 2016

Pereira, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 8:43 a.m.

Procesado: FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA

Delitos: Porte ilegal de armas de fuego y tráfico de estupefacientes

Rad. # 66-045-31-89-001-2013-00018

Proviene: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria.

Decisión: Modifica el fallo recurrido

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por el apoderado del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA en contra de la sentencia condenatoria proferida el diez (10) de mayo del 2.014 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, en la cual se declaró la responsabilidad penal del aludido procesado por incurrir en la comisión del reato de porte o tenencia de armas de fuego y tráfico de estupefacientes.

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Del encuadernado se logra determinar que los hechos tuvieron ocurrencia en zona rural del municipio de Apía en horas de la tarde del 7 de diciembre del 2.012, cuando en los predios de la finca denominada *“La Paz”,* ubicada en la vereda *“Matecaña”*, efectivos de la Policía Nacional, previa expedición de una orden librada por parte de la Fiscalía General de la Nación, practicaron una diligencia de allanamiento y registro, en atención que por información suministrada por una fuente anónima, se enteraron que en dichos predios existía oculto, entre las plantaciones de café y plátanos, un cultivo de marihuana. Aunado a que también se decía por parte del informante que el encargado de administrar dicho inmueble: FLOWER MARTÍNEZ LOAIZA, supuestamente tenía en su poder unos fajos de billetes falsos de diferentes denominaciones; e igualmente que ese fundo era utilizado en época decembrina como centro de acopio y de distribución de pólvora.

Como consecuencia de la diligencia de allanamiento y registro, en el interior del predio requisado se encontraron las siguientes evidencias físicas: a) 528 unidades de material pirotécnico hallados en una pieza contigua a la cocina; b) 11 cartuchos para escopeta de diferentes calibres y una escopeta calibre 20 mm, que fueron hallados en la habitación principal; c) 2 escopetas calibres 16 y 20 mm, las cuales se encontraban colgadas en las paredes de una habitación utilizada para almacenar café y maíz seco; d) El hallazgo en esa habitación o bodega, en el interior de una caja plástica transparente, de una sustancia estupefaciente vegetal, la cual resultó ser marihuana y que arrojó un peso neto de 50 gramos; e) El hallazgo en el “beneficiadero”, o sea el sitio utilizado para pelar las semillas de café, de una bolsa plástica que contenía una sustancia estupefaciente vegetal, la cual resultó ser marihuana y que arrojó un peso neto de 95 gramos.

Finalmente se tiene establecido que en dicho operativo se llevó a cabo la captura del ahora Procesado FLOWER MARTÍNEZ LOAIZA, quien llegó a la finca cuando prácticamente estaba finalizando la diligencia de allanamiento y registro, y se responsabilizó por lo que allí se encontró por parte de los efectivos de la Policía Judicial.

1. El 8 de diciembre de 2.012, ante el Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad, con Funciones de Control de Garantías, se celebraron las audiencias preliminares en las cuales se le imprimió legalidad a las incautaciones llevadas a cabo en las diligencia de allanamiento y registro, así como la captura del entonces indiciado FLOWER MARTÍNEZ LOAIZA, a quien el Ente Acusador le imputó cargos, en calidad de autor y a título de dolo, por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, en la modalidad *“portar”*, en concurso con el reato de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de *“conservar”.* De igual forma al aludido procesado no se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento alguna, en atención a que la Fiscalía declinó de tal solicitud.
2. El 31 de enero del 2.013, la Fiscalía presentó el correspondiente escrito de acusación, en el cual se le endilgaron cargos al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, por incurrir en la comisión del delito de porte o tenencia de armas de fuego, en la modalidad de *tener en un lugar*, en concurso con el reato de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de *conservar*.
3. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de acusación, preparatoria y una parte del juicio oral, cuyos registros desaparecieron como consecuencia de una conflagración acaecida en la sede de dicho Juzgado el 7 de noviembre del 2.013, razón por la que el 21 de noviembre de esa anualidad se reconstruyeron esas actuaciones, para de esa forma proseguir el juicio en la fase probatoria, la que se llevó a cabo en sesiones celebradas los días 21 de diciembre de 2.013, y el 23 y 27 de enero del 2.014.
4. Agotada las fases probatorias y de alegatos de conclusión, se anunció el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente el 10 de abril de 2.014 se profirió la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**LA SENTENCIA IMPUGNADA:**

Se trata de la sentencia proferida el 10 de mayo del 2.014 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, en la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA por incurrir en la comisión del reato de porte de armas de fuego y tráfico de estupefacientes, en las respectivas modalidades de tenencia y de conservación.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 120 meses de prisión y a pagar una multa $1.133.400. De igual forma en dicho fallo al aludido procesado no se le reconoció el disfrute de subrogados ni de sustitutos penales.

Según el sentir del Juez de primer nivel, las pruebas debatidas en el juicio le permitían llegar a ese grado de certeza que se requiere sobre la responsabilidad criminal endosada al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, por lo siguiente:

* Con los testimonios de los policiales EDWARD ESNEIDER BUITRAGO; NÉSTOR RAFAEL RUIZ; HUGO ARMANDO ARDILA y DIEGO FERNANDO CALVO, se logró demostrar el hallazgo al interior de los predios de la finca *“La Paz”* de 3 escopetas, 11 cartuchos de escopeta, 50 y 95 gramos de una sustancia vegetal que resultó ser marihuana.
* En la actuación estaba demostrado que el Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA fungía como administrador de la finca *“La Paz”*, quien, según estipulaciones probatorias, carecía de permiso para portar armas de fuego.
* Según el testimonio del perito en balística BERLEY MARTÍNEZ VALENCIA, las armas de fuego incautadas resultaron aptas e idóneas para ser disparadas.
* El escaso o poco valor probatorio que ameritaban los testimonios rendidos por los Sres. ORLANDO DE JESÚS ECHEVERRI y OSCAR ECHEVERRI MONCADA, a quienes no les constaba nada de lo acontecido y solo acudieron al juicio para declarar sobre la conducta y el buen comportamiento anterior del procesado.
* Los testimonios rendidos por las Sras. MARÍA HELENA MORALES y LUDIVIA MORALES, en parte ratifican lo atestado por los policiales que participaron en la diligencia de allanamiento y registro, aunque si bien es cierto que esas testigos aseveran que dos de las escopetas encontrabas en la bodega eran vetustas y que estaban desarmadas, siendo las mismas armadas por uno de los policiales, en sentir del *A quo* tal situación en nada afecta la acusación de la Fiscalía, la cual lo fue por la tenencia de 3 armas de fuego, de las que una de ellas, la que resultó ser idónea para disparos, fue encontrada en la habitación ocupada por el Procesado.
* De igual forma las testigos MARÍA HELENA MORALES y LUDIVIA MORALES, aseveraron que el Procesado nada tenía que ver con la marihuana encontrada en el interior de la finca, la que era de propiedad de las personas que laboraban en ese fundo rural, pero en opinión del *A quo*, eso se podía pregonar del hallazgo de los 95 gramos de marihuana, que fue encontrado en un lugar abierto para los trabajadores de la finca, lo que no podía acontecer con los 50 gramos de marihuana, los cuales fueron hallados en un sitio al que solamente tenía acceso el procesado.
* Si bien es cierto que las armas de fuego fueron encontradas en el interior de una finca administrada por el Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, para pregonar su responsabilidad criminal por dicho delito en nada importaba si el acusado era o no el propietario de dichos instrumentos bélicos, porque lo único que importaba era la tenencia de los mismos por parte del procesado en un lugar.

**LA ALZADA:**

La tesis de la discrepancia propuesta por la Defensa, se basó en argüir que en el presente asunto no se cumplían con los presupuestos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir en un fallo de condena en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, por lo siguiente:

1) En lo que corresponde con la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada en contra del procesado por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, el apelante expuso que con las pruebas aducidas a juicio logró demostrar que los 45 gramos de la sustancia estupefaciente marihuana encontrados al interior de los predios de la finca *“La Paz”* no eran de propiedad del procesado sino de los trabajadores de ese fundo rural, ya que es una costumbre arraigada entre las personas que trabajan en las fincas de los municipios cafeteros el usos de ese tipo de estupefacientes para así poder ejercer mejor sus actividades laborales.

De igual forma el apelante expuso que no se debe tener por creíble lo que la testigo MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ atestó respecto a que en la pieza en la cual fueron hallados los narcóticos solo tenía acceso el procesado, lo que en sentir del recurrente no es cierto por ser producto de un yerro en el que incurrió la declarante quien no reside en la finca, la cual visitaba con poca frecuencia, en atención a que residía en el casco urbano del municipio de Apía en donde estudiaba, por lo que desconocía o no podía saber que a dicha habitación ingresaban todas las personas que vivían en la finca.

Asimismo el recurrente arguyó que desvirtuó los cargos endilgados en contra del Procesado relacionados con el expendio de narcóticos, los que fueron producto de un invento fraguado por los investigadores para de esa forma poder justificar la práctica de la diligencia de allanamiento y registro.

2) En lo que tiene que ver con la acusación efectuada en contra del Procesado por incurrir en la comisión del delito de tráfico de armas de fuego, el recurrente expuso que por esos cargos no era posible proferir una sentencia condenatoria debido a que la conducta endilgada en contra del acriminado no podía ser catalogada como punible por ausencia de antijuridicidad, porque con tal comportamiento no se generó una amenaza o puesta en riesgo a la seguridad pública, el cual en estos asuntos es el interés jurídicamente protegido.

Para demostrar esa tesis, expuso el apelante que en la actuación, con las pruebas aducidas al juicio, pudo demostrar que las armas encontradas en la finca eran unas armas vetustas, obsoletas e inservibles, las cuales se encontraban desarmadas, pero como lo expuso la testigo LUDIVIA MORALES las mismas fueron armadas por uno de los policiales que participó en la diligencia de allanamiento y registro.

Asimismo adujo el recurrente que dichas armas no eran portadas por el procesado, quien no fungía como su dueño en atención a que las mismas eran de propiedad del dueño de la finca, las cuales, según costumbre, tenían como finalidad la protección de esa heredad, tanto es así que cuando al actual propietario de la finca se le vendió ese inmueble, las armas hacían parte del mobiliario objeto del contrato de compraventa.

Finalmente el recurrente formuló una serie de críticas de las labores desempeñadas por el Letrado que lo antecedió en la defensa, quien en su sentir no solicitó en las oportunidades procesales pertinentes una serie de pruebas que redundarían en favor de los intereses de procesado, entre las cuales se encontraban: Los documentos que demostraban la tradición de la finca ubicada en la vereda *“Matecaña”* o *“Mata de Caña”*; El testimonio de LIBARDO BEDOYA, con quien se podía demostrar los términos de la relación laboral que sostenía con el encartado; Un perito experto en balística, para de esa forma acreditar la inidoneidad de las escopetas incautadas.

Con base en los anteriores argumentos, el recurrente solicita la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se absuelva al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**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 del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que pueda incidir para que esta Colegiatura de manera oficiosa proceda a decretar la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos propuestos por parte de la recurrente en la sustentación de la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

En la actuación procesal no se cumplían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, porque: a) Se logró demostrar que el acusado no tenía ningún tipo de responsabilidad criminal en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes; b) No se podía considerar como punible, por ausencia de antijuridicidad material, la conducta relacionada con la comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal.

**- Solución**:

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado por el recurrente, como punto de partida la Sala tendrá en cuenta como hechos ciertos, incuestionables e irrebatibles, por estar plenamente acreditados en la actuación procesal, los siguientes:

* El hallazgo, por parte de efectivos de la Policía Judicial, en una de las habitaciones de la finca *“La Paz”,* utilizada como especie de bodega para almacenar maíz y café seco, de una sustancia estupefaciente vegetal, la cual al ser sometida a la prueba de “*P.I.P.H”* resultó ser marihuana y que arrojó un peso neto de 50 gramos.
* El hallazgo de 3 escopetas, 2 de ellas de calibre 20 mm y otra de 16 mm, y de 11 cartuchos para escopeta de diferentes calibres, por parte de efectivos de la Policía Nacional durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro practicado en la finca *“La Paz”.*
* La condición o calidad que detentaba el Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA como administrador de la finca *“La Paz”*, quien para la época de los hechos carecía de permisos expedidos por las autoridades pertinentes que le autorizaran el porte o la tenencia de armas de fuego.
* La idoneidad o la capacidad que tenían las armas de fuego incautadas la finca *“La Paz”* para ser accionadas y de esa forma producir disparos, como bien lo aseveró el perito BERLEY MARTÍNEZ VALENCIA.

Aplicando lo anterior al caso en estudio, frente al escenario del delito de porte ilegal de armas de fuego, observa la Sala que pese a que en la actuación procesal está plenamente demostrado, mediante prueba pericial, que los instrumentos bélicos incautados durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro si se encontraban actos para ser disparados, por ser idóneos para tales fines, vemos que la Defensa ha pretendido cuestionar los resultados de dicha prueba pericial al argumentar que esas armas de fuego, por tratarse de unas escopetas vetustas y obsoletas, eran inservibles e inútiles, por lo que en su sentir la conducta pregonada en contra del procesado no podía ser catalogada como punible por ausencia de antijuridicidad.

Pero es de anotar que la Defensa para demostrar la tesis de su inconformidad acude a una serie de pruebas testimoniales, entre las cuales se encontraban los dichos de los Sres. ORLANDO DE JESÚS ECHEVERRI; OSCAR ECHEVERRI MONCADA; MARÍA HELENA MORALES y LUDIVIA MORALES, quienes expusieron que a ellos les constaba que esas armas de fuego por su condición de obsoletas, vetustas y por el deterioro generado por la oxidación, eran unas armas que prácticamente no servían para nada; lo cual para la Sala no puede ser de recibo en atención a que estamos en presencia de testigos, como bien lo admitieron varios de ellos en el contrainterrogatorio, que no sabían nada ni tenían conocimiento respecto de los tópicos relacionados con el manejo de armas de fuego, por lo que en opinión de la Colegiatura no se encontraban en capacidad e idoneidad para expresar ese tipo de opiniones o conceptos.

Por lo tanto, para la Sala lo dicho por unas personas legas e ignorantes en ciertos temas que ameritan un conocimiento artístico, técnico, científico o especializado, carecería de la contundencia o del poder suasorio que se requiere como para desvirtuar o infirmar lo que en tales términos ha conceptuado o dictaminado una persona que por razones de su oficio, actividad profesional u aficiones, si tiene un conocimiento amplio y profundo de dichos tópicos, como bien aconteció en el caso en estudio con lo dictaminado por parte del perito BERLEY MARTÍNEZ VALENCIA.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la Defensa ha dicho, con base en los testimonios rendidos por las Sras. MARÍA HELENA MORALES y LUDIVIA MORALES, que dos de las escopetas halladas en la bodega se encontraban desarmadas, pero que fueron armadas por uno de los Policiales, un tal *“DIEGO”,* quien le solicitó una herramienta para de esa forma armar en presencia de las testigos las escopetas, lo cual para la Sala es poco creíble por lo siguiente:

* Los Policiales que participaron en la diligencia de allanamiento y registro, y que rindieron testimonio en el juicio, de quienes no se avizora ningún tipo de interés en querer perjudicar al procesado, son coincidentes en establecer que las armas se encontraban enteras y que ningún de ellos las manipuló, salvo en lo que atañe con todo aquello relacionado para su respectivo embalaje.
* De ser cierto que uno de los Policiales procedió de la forma como las testigos dicen que hizo, las reglas de la lógica y de la experiencia nos enseñan que quien hace ese tipo de trapisondas y marullas, no las lleva a cabo de manera pública ni mucho menos en presencia de eventuales testigo, sino que se escuda en la clandestinidad para poder efectuar ese tipo de ilicitudes.
* Las testigos se contradicen en sus dichos, porque mientras que LUDIVIA MORALES aseveró que las armas estaba desarmadas y al parecer tiradas en el suelo, a su vez MARÍA HELENA MORALES adveró que las escopetas se encontraban enteras colgadas detrás de la puerta, pero que se desarmaron después que uno de los policiales las estuvo manipulando, y ahí fue cuando procedieron a solicitar una herramienta para armarlas.

Pero a pesar que en el remoto de los casos que sea cierto que las escopetas estaban desarmadas y por ende por su estado de obsolescencia y vetustez eran inservibles, la realidad probatoria nos indicaría que tales condiciones solo afectarían a las dos escopetas encontradas en la bodega, pero que en nada incidiría con la escopeta, al parecer de la marca *Remington,* niquelada de calibre 20 mm, que fue encontrada, sin que estuviera desarmada, en la habitación principal de la vivienda allanada, la que era ocupada por el procesado y su cónyuge; la cual, según el dictamen del perito BERLEY MARTÍNEZ VALENCIA, resultó apta e idónea para producir disparos.

Tal situación tiene amplias repercusiones en el proceso, si partimos de la base que las premisas fácticas en la que se erigió la acusación estaban relacionadas con la tenencia, dentro de un contexto de acción unitaria, por parte del procesado de 3 armas de fuego, lo que nos da a entender que se trataba de una conducta única: tráfico de armas de fuego, compuesta de varios actos o eventos independientes entre sí: la tenencia de 3 escopetas.

Lo antes expuesto quiere decir que si la Defensa pretendía demostrar la ausencia de responsabilidad criminal del procesado, le asistía la carga de demostrar que no se podía considerar como punible cada uno de los hechos que integraban o hacían parte de esa conducta unitaria, lo cual, se reitera, no aconteció en el *sublite*, porque en el remoto de los casos que sea cierta la hipótesis de las armas desarmadas y por ende inservibles, aun así la conducta enrostrada al procesado seguiría siendo punible porque una de las escopetas incautadas resultó idónea y apta para producir disparos.

Siendo así las cosas, concluye la Judicatura que no le asiste la razón a la Defensa en lo que tiene que ver con los reproches formulados en contra del fallo confutado, en atención a que las pruebas periciales habidas en la actuación si lograron demostrar con suficiencia que las armas incautadas si eran aptas e idóneas para producir disparos, por lo que la conducta enrostrada al procesado si es antijurídica, por afectar y amenazar el interés jurídicamente protegido: la seguridad pública, y por ende debe ser considerada como punible.

Finalmente, en lo que atañe con el otro reproche esgrimido por el recurrente, el que cabalga en la hipótesis consistente en que el procesado no pudo cometer el delito de tráfico de armas de fuego, porque dichos instrumentos bélicos no eran de su propiedad sino del administrador de la finca, lo cual en un principio es cierto, porque en verdad con las pruebas aducidas en el juicio se logró demostrar que el Procesado desde hacía más de una década fungía como administrador de la finca *“La Paz”*, cuyo propietario es el Sr. LIBARDO BEDOYA. Pero a pesar de tal situación, es necesario anotar que la misma no tiene ninguna relevancia respecto del escenario de la declaratoria del compromiso penal efectuado en contra del procesado, en atención a que los cargos endilgados por el Ente Acusador relacionado con la comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, lo fueron en la modalidad de *“tenencia”*, la que según los términos del artículo 16 del Decreto # 2.535 de 1.993, ha sido definida de la siguiente manera:

“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…..”.

Por lo tanto, acorde con lo antes expuesto, el fenómeno de la tenencia se pude presentar desde dos ámbitos: a) Uno en el que la persona tiene en su poder, en un inmueble, un arma de su propiedad; b) Otro en el que la persona tiene en una finca raíz un arma de fuego que es propiedad de un tercero, pero que por ciertas razones ejerce su custodia o tenencia.

Lo antes expuesto nos hace concluir, contrario a lo argüido por el apelante, que la propiedad del arma que el sujeto agente tenga en su poder al interior de un inmueble, no es requisito esencial para la estructuración de la conducta punible tipificada en el artículo 365 C.P. en la modalidad de tenencia.

En el presente asunto, está claro que el procesado, en su calidad de administrador de la finca *“La Paz”,* tenía en ese fundo rural bajo su poder unas armas de fuego, las que al parecer no eran de su propiedad sino del propietario del aludido inmueble, lo cual, acorde con lo antes expuesto, contrario a lo aseverado por la Defensa en la alzada, no lo relevaba de estar incurso en la comisión del reato por el cual fue acusado y posteriormente condenado en sede de 1ª instancia.

En lo que corresponde con el 2º de los cargos que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, los cuales tiene que ver con la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, por el hallazgo de 50 gramos de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, la cual fue encontrada en una habitación utilizada como especie de bodega para almacenar café y maíz seco, vemos que en el fallo confutado, para poder pregonar el compromiso penal del acusado por tales cargos, se fundamentó en la credibilidad de lo que supuestamente atestó la testigo MARÍA HELENA MORALES, respecto a que el procesado era la única persona que tenía acceso a dicha habitación; lo cual ha sido reprochado por la Defensa en la alzada, quien asevera que lo dicho en tales términos por la Sra. MARÍA HELENA MORALES no amerita credibilidad de ningún tipo en atención a que esa Testigo, por ser una visitante ocasional de la finca, no sabía nada de lo que en verdad pasaba en ese fundo.

Por lo tanto, el tema que ha suscitado la controversia planteada por la Defensa en la alzada radica en la credibilidad que se le debe conceder a lo que en tales términos atestó la Sra. MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ, pero al efectuar un análisis integral de lo que testificó dicha ciudadana, se tiene que la testigo en su declaración en ningún momento dijo lo que dijo respecto de que el procesado era la única persona que tenía acceso a la habitación en la cual se encontraron los 50 gramos de marihuana.

Para llegar a la anterior conclusión, solo basta con escuchar los registros de audio de la grabación del testimonio de la Sra. MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ, cuya declaración la podemos sintetizar de la siguiente manera:

* Es sobrina del procesado y el día de los hechos se encontraba de visita en la finca, la cual visita con regularidad.
* Estuvo presente cuando tuvo ocurrencia la diligencia de allanamiento y registro, y se dio cuenta cuando los Policiales encontraron una escopeta en la habitación principal, que era la de su tío, y otras dos más que se encontraban al interior de una pieza que es utilizada para guardar café y abono, y que cuando los Policiales estuvieron manipulando esas armas, estas se desarmaron.
* Respecto del hallazgo de los estupefacientes, expone que se dio cuenta que los Policiales encontraron varias matas o plantas de marihuana que se encontraban sembradas y de unas semillas de cannabis que estaban al interior de una habitación que es ocupada por los trabajadores de la finca.
* La testigo dio a entender que esos estupefacientes eran de propiedad de los trabajadores de la finca, lo que le consta porque Ella sabe que un empleado de nombre *“FREDDY”* consume ese tipo de sustancias*.*

Como se podrá concluir, tanto el *A quo* como el recurrente pusieron en boca de la testigo palabras que Ella nunca dijo, incurriendo de esa forma en un típico error de hecho por falso juicio de identidad, en el cual se tergiversa la declaración del testigo para de esa forma hacer ver que dijo cosas que en verdad nunca dijo, como bien aconteció en el presente asunto, porque se reitera la testigo MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ, en su narración, en momento alguno, ya sea de manera directa o indirecta, hizo alusión o mención respecto a que el Procesado era la única persona que tenía acceso a la habitación en la cual se encontraron los 50 gramos de marihuana, porque la esencia su testimonio giraba en torno al hallazgo de las armas de fuego y el estado en el que las mismas se encontraban, siendo el relato que Ella dio sobre el tema del narcotráfico algo eminentemente coyuntural y tangencial.

Ahora bien, para llegar a la conclusión de que en la habitación utilizada como especie de bodega o depósito para guardar café, maíz y abono era el sitio en donde se encontraba la sustancia estupefaciente, solo basta con acudir a los testimonios de los Policiales que intervinieron en la diligencia de allanamiento y registro, quienes son coincidentes en establecer que en esa pieza, además del hallazgo de las dos escopetas, también se encontró en el interior de una caja plástica transparente la aludida sustancia estupefaciente. Pero en momento alguno del contenido de dichas pruebas se atisba o infiere que el procesado sea la única persona que tenga exclusivo acceso a dicha habitación o depósito, como de manera errada afirmaron tanto el Juez de primer nivel como el recurrente.

Por lo tanto, a pesar de ser un hecho cierto que en una especie de depósito o bodega habida en la finca administrada por el Procesado se encontraron 50 gramos de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, ello no quiere decir que de manera automática se le deba endilgar responsabilidad criminal al encausado por la conservación de dichos narcóticos, ya que en contra de esa inferencia se contraponen lo aludido por varias de las personas que testificaron en el juicio, vg. ORLANDO DE JESÚS ECHEVERRI MONCADA; MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ Y LUDIVIA MORALES MARTÍNEZ, de cuyos dichos se desprende que el Procesado no se dedica al narcotráfico, por lo que posiblemente esos estupefacientes son de propiedad de alguno de los empleados que laboran en ese fundo rural.

Lo antes expuesto le hace a la Sala colegir que en la presente actuación, el *A quo* al momento de apreciar el acervo probatorio no tuvo en cuenta la existencia de dudas razonables que afectaban o ponían en tela de juicio la acreditación, en absoluto grado de certeza, del compromiso penal endilgado en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, por lo siguiente:

* Se incurrieron en errores de hecho por falso juicio de identidad respecto del testimonio de la Sra. MARÍA HELENA MORALES MARTÍNEZ, quien en ningún momento dijo lo que le sirvió de fundamento al *A quo* para pregonar la responsabilidad criminal del proceso.
* Si bien es cierto que en contra del procesado, por su condición de administrador del predio allanado en el que se encontraron los narcóticos, por tal condición se podría inferir algún tipo de participación criminal, en contra de ese juicio de inferencia existen pruebas testimoniales las cuales de manera plausible demuestran la ajenidad del procesado debido a que probablemente la marihuana encontrada podía ser de propiedad de alguno de los trabajadores de la finca.
* No se logró demostrar que el procesado sea la única persona que tenía acceso al sitio en el que se encontraron los estupefacientes.

Siendo así las cosas, al existir dudas razones que de una u otra forma hacían mella en la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, la Sala es de la opinión que en favor del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA operaba el *in dubio pro reo,* lo que impedía que en su contra se pudiera dictar una sentencia condenatoria en lo que atañe a los cargos relacionados con la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

Por lo tanto, la Sala modificará el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad criminal endilgada en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, cargos de los cuales será absuelto en este estadio procesal, lo que conllevaría que se deban redosificar las penas que por dicho reato le fueron impuestas al procesado de marras, las que por corresponder a un delito concursante, según se expuso en el fallo confutado, implicó un incremento punitivo de un año sobre la pena impuesta por el delito base: tráfico de armas de fuego, del que el *A quo* partió del mínimo: nueve años, por lo que al sustraerse el delito de tráfico de estupefacientes como delito concursante, dicha pena de nueve años de prisión vendría siendo la pena que le tocaría purgar el procesado, la que también correspondería con la pena accesoria para la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

De igual forma, en todo aquello que tiene que ver con la negativa para la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la pena, y la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, las mismas se mantendrán en firme porque no se cumplirían con los requisitos objetivos requeridos para el reconocimiento en favor del procesado de esos sustitutos y subrogados penales.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los reproches y demás críticas que el recurrente ha formulado en contra de las actuaciones desplegadas por el Letrado que lo antecedió en la defensa técnica, quien según el apelante en su debido momento omitió solicitar unas pruebas que en sentir del recurrente redundarían en favor de los intereses del procesado, la Sala es de la opinión que en el presente asunto nunca tuvo ocurrencia una vulneración del debido proceso por falta de defensa técnica, porque contrario a lo aseverado por el recurrente, quien acude a la odiosa estrategia del *“espejo retrovisor”,* para de esa forma exponer lo que en su sapiencia se debió haber hecho y no se hizo, la actuación que desplegó el Togado que en un principio defendió los intereses del procesado no fue la de fungir como un simple y mero convidado de piedra, pues por el contrario en momento alguno se quedó con las manos cruzadas, tanto es así que gracias a su intervención en las audiencias preliminares se logró conseguir que en contra del procesado no se le impusiera medida de aseguramiento alguna y en su debida oportunidad solicitó las prácticas de las pruebas que consideró que eran pertinentes, con las que se logró demostrar muchas de las cosas de las cuales el recurrente se duele en la alzada: la condición de empleado de la finca; el que no era el propietario de las armas incautadas, etc…..

Frente a lo anterior, o sea sobre cuando se presenta una violación del derecho a la defensa técnica, bien vale la pena traer a colación lo que ha expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte en los siguientes términos:

“Respecto del tema de la defensa técnica y los factores que conducen a declarar la nulidad por ausencia de la misma, bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Corte, enfatizando cómo a la definición de efectiva vulneración no puede llegarse por el camino de la simple disparidad de criterios con lo realizado por el profesional del derecho, ni es la crítica un asunto que derive consecuencia de la decisión adversa tomada por la judicatura en contra del acusado, pues, siempre será posible, en el plano de la simple especulación, decir que cualquier tipo de actividad distinta a la que se realizó pudo llevar a mejores consecuencias.

También se tiene establecido que la buena fortuna del reproche reposa no en advertir determinadas omisiones o inadecuada actuación del abogado, sino en establecer objetivamente que ese comportamiento generó en concreto efectos dañosos de tanto calado, que de no haberse materializado otra hubiese sido la suerte del procesado, o cuando menos, el resultado hubiese sido menos perjudicial para sus intereses judiciales…..”[[1]](#footnote-1).

En resumidas cuentas, acorde con todo lo expuesto, la Sala confirmará el fallo confutado en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de la responsabilidad penal endilgada en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA por incurrir en la comisión del delito de tráfico de armas de fuego, en la modalidad de tenencia, pero revocará la sentencia opugnada en lo que respecta con la declaratoria del compromiso penal aducido en contra del Procesado de marras por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

En consecuencia de lo anterior, se modificaran las penas impuestas al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, las cuales corresponderán a nueve (9) de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual.

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 el 10 de mayo del 2.014 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de la responsabilidad penal endilgada en contra del Procesado **FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de armas de fuego, en la modalidad de tenencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida el 10 de mayo del 2.014 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, en lo que atañe con la declaratoria de responsabilidad criminal efectuada en contra del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**TERCERO:** En consecuencia de lo anterior, se absolverá al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA respecto de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de delito de tráfico de estupefacientes.

**CUARTO:** Modificar las penas impuestas al Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA, como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal en la comisión del delito de tráfico de armas de fuego, las que corresponderán a nueve (9) de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual.

**QUINTO:** Dejar en firme el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con la negativa para la concesión en favor del Procesado FLOWER DE JESÚS MARTÍNEZ LOAIZA del subrogado penal de la suspensión condicional de la pena, y la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

**SEXTO:** Declarar que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en la oportunidad de Ley.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del tres (3) de julio de 2013. Rad. 41544. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-1)