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 esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 23 de marzo de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 660456000061201400110-01

Procesado: JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO / AUSENCIA DE DEFENSA TÉCNICA - NO SE CONFIGURÓ / REGISTRO DE VEHÍCULOS POR PARTE DE LA POLICÍA NACIONAL NO REQUIERE ORDEN JUDICIAL - FUNCIÓN PREVENTIVA / EL VERBO PORTAR ES DIFERENTE A TRANSPORTAR FRENTE AL DELITO DE PORTE ILEGAL / DECRETO 2535 DE 1993 /CONFIRMA CONDENA.** Al aplicar lo antes expuesto al caso subexamine, de una simple revisión de la carpeta y del contenido de los registros en los cuales están consignadas las diferentes audiencias que fueron practicadas en el presente proceso, de manera diamantina se desprende que el acriminado siempre estuvo asistido por una Profesional del Derecho que nunca estuvo inactiva ni cruzada de brazos, ni mucho menos abandonó al Procesado a su suerte, puesto que cumplió, dentro de sus posibilidades, las funciones que le correspondían a su rol, debido a que estuvo vigilante, asistió a las audiencias, presentó objeciones a la actuación de la Fiscalía y contrainterrogó a los testigos de cargos.

(…)

Frente a lo anterior, la Sala dirá que si bien es un hecho cierto el consistente en que en efecto de lo atestado por los Policiales JAVIER HERNÁN CAMPO y MANUEL ALBERTO ACEVEDO, se desprende que al parecer el Procesado JEOJ fue un tanto reticente y reacio para dar su consentimiento para que los agentes del orden pudieran requisar el baúl de la motocicleta en donde se encontró el arma de fuego, tal situación en momento alguno quiere decir que ante la negativa o resistencia del Procesado, los Policiales debieron solicitar una orden judicial que les permitiera requisar la motocicleta, por la sencilla razón a que ello no era necesario si tenemos en cuenta que los agentes del orden estaban llevando a cabo un procedimiento policial preventivo o de control, propio de sus funciones , en virtud del cual podían efectuar a los ciudadanos actividades no invasivas de requisas o de cacheos, las que se podían hacer extensivas de manera superficial a las pertenencias o cosas que las personas lleven consigo, como a los vehículos en los cuales se movilicen.

(…)

Siendo así las cosas, acorde con lo antes expuesto, la Sala concluye que no era necesario que los Policiales solicitaran una orden de registro que les permitiera requisar la motocicleta en la cual se movilizaba el acusado, ya que se encontraban llevando a cabo un procedimiento policial de vigilancia y control, el que los avalaba para que registraran el vehículo en el que se movilizaba el Procesado así como sus pertenencias.

(…)

Lo antes expuesto, no estaría indicando que a pesar de las similitudes habidas entre las expresiones de portar y transportar, lo que las diferenciaría es que en el porte, el bien movilizado o trasladado de un lugar a otro, se encuentra al alcance o a disposición de quien lo lleva, lo cual no acontece con el transporte.

Al aplicar la anterior interpretación gramatical en el caso subexamine, la Sala es de la opinión que en el proceso no se incurrió en ningún tipo de yerro en la calificación jurídica dada a los hechos, como de manera equivocada lo alega el apelante, porque si bien es cierto que el arma de fuego no se encontró en poder del procesado, sino en el interior de una motocicleta en la que se movilizaba, también es verdad que dicho instrumento bélico, por el sitio en el que fue hallado: en una especie de cajuela, se encontraba al alcance o a la inmediata disposición del procesado, lo que hacía que su comportamiento se adecuara en una de las hipótesis reguladas en el verbo rector de portar.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 279 del 22 de marzo de 2018. H: 1:00 p.m.

Pereira, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 10:02 a.m.

Procesado: JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ

Radicado # 660456000061201400110-01

Delito: Tráfico de armas de fuego de defensa personal

Procede: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de Sentencia Condenatoria

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del quince (15) de diciembre del 2.014 por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ** por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Judicatura tuvieron ocurrencia en inmediaciones del parque principal del municipio de Apía a eso de las 16:30 horas del 8 de mayo del 2.014, y están relacionados con el hallazgo de un arma de fuego que fue encontrado por unos policiales, durante el desarrollo de unas labores de vigilancia y control, en poder del ciudadano JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ.

Según se desprende de los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, los agentes del orden, quienes se encontraban acantonados en la estación de policía, fueron alertados por una fuente anónima respecto a que el ciudadano JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ se encontraba en el interior de un billar denominado *“Champion”* portando un arma de fuego ceñida al cinto.

Tal situación motivó para que los agentes de la Fuerza Pública procedieran a desplegar el operativo del caso a fin de verificar la información suministrada por la fuente anónima, y fue así como se percataron de la presencia del ciudadano JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ en el momento en el que se movilizaba en una motocicleta Yamaha de placas AQQ93A, a quien procedieron a practicarle una requisa, en la cual se encontró en el interior del baúl de dicho rodante un arma de fuego tipo revolver, marca *Smith & Wesson*, calibre .38, la cual en su tambor presentaba 5 cartuchos de igual calibre.

Como quiera que el Sr. OSPINA JIMÉNEZ carecía de los permisos que avalaran el porte o la tenencia del arma de fuego encontrada en su poder, se procedió a su inmediata captura.

De igual forma, con posterioridad, pericialmente se pudo establecer que el arma incautada se encontraba en buen estado de funcionamiento y que era idónea para producir disparos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 9 de Mayo del 2.014 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Santuario, con funciones de control de garantías, en las cuales se le imprimió legalidad a la captura en flagrancia del entonces indiciado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ, e igualmente se legalizó el procedimiento de incautación del arma de fuego encontrada por los efectivos de la Fuerza Pública; posteriormente a JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ le fueron enrostrado cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P. y al momento de la definición de la situación jurídica, no se le impuso ningún tipo de medida de aseguramiento, en atención a que la Fiscalía declinó de impetrar una petición en tal sentido, razón por la que fue puesto en inmediata libertad.
2. El 5 de agosto del 2.014, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, ante el cual el 17 de septiembre del 2.014, se llevó a cabo la audiencia de acusación, en la que la Fiscalía acusó al Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ de incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P.
3. El 16 de octubre del 2.014 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se efectuó el 29 de noviembre de esa anualidad. Luego de haber sido anunciado el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, razón por la que en contra del Procesado se libró una orden de captura, el 15 de diciembre del 2.014, se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el apoderado de la Defensa.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía en las calendas del 15 de diciembre del 2.014, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ por incurrir en la comisión del delito de porte de ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ, fue condenado a purgar una pena de nueve años de prisión. Asimismo, por no cumplirse con los presupuestos legales, al declarado penalmente responsable no se le concedió el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la sustitución de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria.

Los argumentos invocados en el fallo de primer nivel para poder proferir la sentencia condenatoria, se fundamentaron en establecer que de los medios de conocimiento habidos en el proceso se acreditaba sin dubitación alguna el juicio de responsabilidad criminal endilgado en contra del Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ, acorde con lo siguiente:

* La absoluta credibilidad que merecían los testimonios rendidos por los policiales MANUEL ALBERTO ACEVEDO y JAVIER HERNÁNDEZ OCAMPO, sobre las circunstancias de tiempo, modo y respecto de cómo se dio la captura del Procesado y el hallazgo del arma de fuego de defensa personal en la motocicleta en el cual se movilizaba.
* Lo dicho por los policiales MANUEL ALBERTO ACEVEDO y JAVIER HERNÁNDEZ, en muchos de sus aspectos esenciales, coincidía con el testimonio absuelto por la Sra. LILIANA QUINTERO CANO, quien adveró haberse dado cuenta del procedimiento de requisa al cual era sometido el Procesado por parte de efectivos de la Policía Nacional.
* El buen estado del arma de fuego incautada en poder del Procesado, así como su idoneidad y aptitud para producir disparos, como se desprende de lo atestado por parte del perito JUAN CARLOS LÓPEZ.
* Lo certificado en el documento expedido por el *SIAEM* sobre la carencia de permisos o autorizaciones otorgados al Procesado para que pudiera portar armas de fuego.

Finalmente, en el fallo confutado se rechazó la tesis propuesta por la Defensa sobre la ajenidad del Procesado en la comisión del delito enrostrado en su contra, porque las pruebas habidas en el proceso demostraban todo lo contrario, o sea que Él sabía de la existencia del arma de fuego en el interior de la motocicleta, por lo siguiente: a) Lo que catalizó el operativo fue la alerta dada a los Policías por una persona, quien adujo haber visto al Procesado portando un arma de fuego en un billar; b) La actitud de nerviosismo asumida por el Procesado en el momento en el que los Policiales iban a requisar el compartimiento de la motocicleta en donde fue encontrada el arma de fuego.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad con el fallo opugnado, el apelante propuso como tesis de su discrepancia las siguientes:

* El proceso se encontraba viciado de nulidad debido a que el Procesado careció de una debida defensa técnica, como consecuencia de la actitud pasiva y displicente asumida por parte del Letrado a quien se le encomendó esa misión, el cual en su estrategia defensiva no hizo nada para traer al proceso pruebas que permitieran confrontar la tesis propuesta por la Fiscalía, tanto es así que cuando en la audiencia preparatoria tuvo la oportunidad de proceder en tal sentido, prácticamente no descubrió ningún testigo, siendo lo único que hizo fue presentar unos argumentos genéricos e imprecisos sobre las labores que estaba adelantando para la ubicación de testigos.
* En el fallo se incurrió en una errónea calificación jurídica dada a los hechos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal enrostrada al Procesado, si se tiene en cuenta que las circunstancias fácticas de lo acontecido se amoldaban a la hipótesis delictiva de trasportar y no a la de portar.
* A pesar de ser un hecho cierto que el arma de fuego incautada fue encontrada en el baúl de la motocicleta en la cual se desplazaba el Procesado, de igual forma se tiene que las pruebas habidas en el proceso demostraban que los Policiales requisarán la motocicleta sin la anuencia del entonces indiciado, quien no les dio su consentimiento para que procedieran en tal sentido. Por lo tanto, ante la negativa del Procesado, los agentes del orden debieron pedir una orden para poder requisar la motocicleta.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y que en consecuencia se absuelvan a lo Procesado JESÚS EDGAR OSPINA JIMÉNEZ de los cargos endilgados en su contra y por los cuales fue llamado a juicio.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora macula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿El proceso se encuentra viciado de nulidad porque el acusado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ no tuvo una debida defensa técnica?

¿Se incurrieron en el fallo opugnado en una vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos por los cuales el Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ fue llamado a juicio?

¿El juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ se cimentó en pruebas ilícitas que debieron haber sido excluidas proceso acorde con lo reglado en el inciso final del artículo 29 de la Carta?

**- Solución:**

**1) Los cargos de nulidad procesal por violación del derecho a la Defensa.**

Para determinar si en el presente asunto ha tenido ocurrencia la mácula denunciada por el apelante como causal de nulidad del proceso, se hace necesario tener en cuenta que el Derecho a la Defensa es una de las garantías fundamentales que hacen parte de ese cumulo de principios conocido como Debido Proceso consagrado tanto en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta así como en el inciso 2º del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el inciso 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , y el artículo 8º del C.P.P.

Pero es de anotar que la parte o interviniente que pretenda aludir la violación del Derecho de Defensa con base en el argumento consistente en que durante el devenir de la actuación procesal el Procesado estuvo huérfano de defensa técnica, le asiste la obligación de demostrar que efectivamente el encausado careció de la representación de un Profesional del Derecho durante el devenir de la actuación procesal o que fue abandonado a su suerte por parte de su apoderado judicial. Asimismo, a fin de evitar que cualquier omisión defensiva sea utilizada como excusa para invocar la nulidad del proceso, quien pregona la declaratoria de nulidad le asiste el deber de acreditar la trascendencia que hayan tenido los actos omisivos o de incuria de la Defensa para poder socavar o afectar el núcleo esencial del derecho a la defensa, porque de lo contrario se estaría en presencia de una simple y mera disparidad de criterios respecto de la opinión que tendría un nuevo Letrado sobre la estrategia asumida por el profesional del derecho que lo antecedió en la Defensa.

Frente a lo anterior, a lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“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……”[[1]](#footnote-1).

Al aplicar lo antes expuesto al caso *subexamine*, de una simple revisión de la carpeta y del contenido de los registros en los cuales están consignadas las diferentes audiencias que fueron practicadas en el presente proceso, de manera diamantina se desprende que el acriminado siempre estuvo asistido por una Profesional del Derecho que nunca estuvo inactiva ni cruzada de brazos, ni mucho menos abandonó al Procesado a su suerte, puesto que cumplió, dentro de sus posibilidades, las funciones que le correspondían a su rol, debido a que estuvo vigilante, asistió a las audiencias, presentó objeciones a la actuación de la Fiscalía y contrainterrogó a los testigos de cargos. Es más, en lo que tiene que ver con lo acontecido en la audiencia preparatoria, lo cual ha sido objeto de censura por parte del apelante, vemos que la actitud asumida por la Defensora de otrora en ningún momento fue de apatía o de displicencia, si se tiene en cuenta que Ella fue clara en informarle al Juez de la Causa que estaba a la espera de los resultados de unas pesquisas adelantadas por un investigador de la Defensoría Pública, para así determinar cuáles serían las pruebas a pedir en el juicio, en el cual posteriormente allegó el testimonio de la Sra. CLAUDIA LILIANA QUINTERO CANO, quien, como se sabe, declaró en favor de los intereses del Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA.

Tal situación nos indicaría, contrario a lo reclamado por el recurrente, que el Procesado nunca estuvo huérfano de defensa técnica, ya que siempre fue asistido por una profesional del derecho quien de manera proactiva hizo todo lo que estuvo a su alcance para hacer valer el derecho de defensa técnica que le asistía al encausado; razón por la cual la Sala considera que todo lo manifestado por el recurrente sobre este tópico constituye una simple crítica de su parte respecto de la estrategia defensiva asumida por quien lo antecedió en el rol de Defensor, criticas estas que solo reflejan la opinión particularísima del recurrente respecto de lo que se debió haber hecho y no se hizo, pero que en ningún momento constituye violación alguna del Derecho a la Defensa.

A modo de corolario de todo lo antes expuesto, la Colegiatura es de la opinión que en el proceso no tuvieron ocurrencia las irregularidades denunciadas por el apelante como causal de nulidad procesal, y por ende en el presente asunto no es procedente decretar la nulidad del proceso.

**2) La ilicitud de las evidencias físicas encontrados por la Policía en la motocicleta en la cual se movilizaba el Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ.**

Mediante el presente cargo, el apelante cuestiona la legalidad del procedimiento de requisa adelantada por los efectivos de la Policía Nacional en la motocicleta en la que se encontró el arma de fuego, el cual, en opinión del recurrente, debió haber sido precedido de una orden de allanamiento y registro como consecuencia de la negativa del Procesado, quien no les dio su consentimiento a los agentes del orden para que procedieran en tal sentido.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que si bien es un hecho cierto el consistente en que en efecto de lo atestado por los Policiales JAVIER HERNÁN CAMPO y MANUEL ALBERTO ACEVEDO, se desprende que al parecer el Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ fue un tanto reticente y reacio para dar su consentimiento para que los agentes del orden pudieran requisar el baúl de la motocicleta en donde se encontró el arma de fuego, tal situación en momento alguno quiere decir que ante la negativa o resistencia del Procesado, los Policiales debieron solicitar una orden judicial que les permitiera requisar la motocicleta, por la sencilla razón a que ello no era necesario si tenemos en cuenta que los agentes del orden estaban llevando a cabo un procedimiento policial preventivo o de control, propio de sus funciones[[2]](#footnote-2), en virtud del cual podían efectuar a los ciudadanos actividades no invasivas de requisas o de cacheos, las que se podían hacer extensivas de manera superficial a las pertenencias o cosas que las personas lleven consigo, como a los vehículos en los cuales se movilicen.

A fin de ofrecer mayor claridad y precisión a lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala considera de utilidad traer a colación lo que sobre esos tópicos la Corte Constitucional ha expresado de la siguiente manera:

“De lo anterior se observa que son elementos distintivos de esta figura los siguientes:

En cuanto a la definición de lo que es el registro personal, la norma bajo estudio no precisa expresamente en qué consiste esta figura. No obstante, tal como se señaló en la sección 5.2.1. el texto del artículo 248 permite inferir que se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones “*registro*”, y “*persona.*”

El término “*registrar*”, se emplea generalmente como sinónimo de “*tantear*”, “*cachear*”, “*auscultar*”, “*palpar*” lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión “*persona*”, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. **Este registro puede comprende además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.**

El artículo 248 menciona tres figuras distintas (i) el registro realizado como parte de procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional; (ii) el registro incidental a la captura y (iii), el registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal. **Las dos primeras figuras, según lo que prevé el artículo 248 bajo estudio, no requieren autorización judicial previa**. La tercera figura, que es la regulada expresamente en el artículo 248, y que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado o imputada, o de un tercero relacionado con la investigación.

(::::)

Dada la referencia que se hace el artículo 248 a los registros realizados como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional y a los registros incidentales a la captura, es necesario hacer algunas precisiones.

**En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.**

Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión “*Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional,”* contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexequible.

Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno en esta sentencia. Por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexequibilidad de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes.

En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma…..”[[3]](#footnote-3).

Siendo así las cosas, acorde con lo antes expuesto, la Sala concluye que no era necesario que los Policiales solicitaran una orden de registro que les permitiera requisar la motocicleta en la cual se movilizaba el acusado, ya que se encontraban llevando a cabo un procedimiento policial de vigilancia y control, el que los avalaba para que registraran el vehículo en el que se movilizaba el Procesado así como sus pertenencias.

Tal situación, dejaría sin piso los cuestionamientos formulados por el apelante sobre las máculas de ilicitud que aquejarían el procedimiento de registro policial y del hallazgo de las evidencias físicas encontradas como consecuencia de dicho operativo, las que en consecuencia no podrían ser objeto de la sanción procesal de la exclusión probatoria reglada en el inciso final del artículo 29 de la Carta y en los artículos 23 y 232 C.P.P.

**3) La errónea calificación jurídica dada a los hechos por los cuales el Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ fue llamado a juicio.**

El recurrente reprocha la calificación jurídica dada a los hechos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ, la cual considera errada, porque en su sentir dichos hechos no se adecuaban en la conducta de porte ilegal de armas de fuego, sino en la transportar, si se tenía en cuenta que las pruebas habidas en el proceso demostraban que el arma de fuego incautada fue encontrada en una motocicleta en la que se movilizaba el procesado, lo que daba a entender que la misma era trasportada.

A fin de determinar si le asiste o no la razón al apelante, inicialmente se debe tener en cuenta que el delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P. es un tipo penal de aquellos que han sido denominados como compuestos debido a que presenta varias conductas descritas mediante diferentes verbos rectores. Entre dichas diferentes conductas, se encuentran las de *“trasportar”* y *“portar”,* las cuales, según el diccionario de la lengua española, tendrían los siguientes significados[[4]](#footnote-4):

Transportar: Llevar a alguien o algo de un lugar a otro.

Portar: Tener algo consigo o sobre sí. / Llevar, conducir algo de una parte a otra.

Pero es de anotar que en materia de armas de fuego, el término *portar* tiene una definición específica, como bien se desprende del contenido del Decreto # 2535 de 1993, en cual es del siguiente tenor:

“Artículo 17. PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES. Se entiende por porte de armas y municiones la acción de llevarlas consigo, ***o a su alcance*** para defensa personal con el respectivo permiso expedido por autoridad competente…..”[[5]](#footnote-5).

Lo antes expuesto, no estaría indicando que a pesar de las similitudes habidas entre las expresiones de portar y transportar, lo que las diferenciaría es que en el porte, *el bien movilizado o trasladado de un lugar a otro, se encuentra al alcance o a disposición de quien lo lleva*, lo cual no acontece con el transporte.

Al aplicar la anterior interpretación gramatical en el caso *subexamine,* la Sala es de la opinión que en el proceso no se incurrió en ningún tipo de yerro en la calificación jurídica dada a los hechos, como de manera equivocada lo alega el apelante, porque si bien es cierto que el arma de fuego no se encontró en poder del procesado, sino en el interior de una motocicleta en la que se movilizaba, también es verdad que dicho instrumento bélico, por el sitio en el que fue hallado: en una especie de cajuela, se encontraba al alcance o a la inmediata disposición del procesado, lo que hacía que su comportamiento se adecuara en una de las hipótesis reguladas en el verbo rector de *portar*.

Por lo tanto, es válido concluir que es correcta la calificación jurídica dada a los hechos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JESÚS EDGARDO OSPINA, la cual se acompasa con la realidad factual de lo acontecido.

En suma, acorde con todo lo expuesto en los párrafos precedentes, la Sala es de la opinión que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra del fallo opugnado, y en consecuencia la sentencia opugnada deber ser confirmada en todo aquello que fue objeto de impugnación.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, en las calendas del quince (15) de diciembre del 2014, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **JESÚS EDGARDO OSPINA JIMÉNEZ** por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra del presente fallo 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

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 3 de julio de 2.013. Rad. 41544. [↑](#footnote-ref-1)
2. Las que para ese entonces estaban reglamentadas por el Decreto # 1355 de 1970, el que fue derogado por la Ley 1.901 de 2.016 o Código Nacional de Policía. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional: Sentencia # C-822 del 10 de agosto de 2005. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-3)
4. Según consulta efectuada a la página web <http://www.rae.es/>. el 20 de marzo hogaño a las 08:00 horas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Negrillas en cursiva fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-5)