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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: PORTE DE ARMA DE FUEGO / DEFINICIÓN LEGAL DEL DELITO / ANTIJURIDICIDAD / ES UNA CONDUCTA DE PELIGRO ABSTRACTO / ANÁLISIS PROBATORIO / SE CONFIRMA LA CONDENA.**

En este evento se procede por la conducta punible escrita en el artículo 365 del C.P., en los siguientes términos:

ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años. (…)

La juez de conocimiento fundamentó la sentencia condenatoria teniendo en cuenta los elementos del tipo penal, para lo cual concluyó que el comportamiento del señor JEEO… afectó el bien jurídico de la seguridad pública toda vez que sin tener autorización para ello portaba un arma de fuego apta para ser percutida en las circunstancias en que fue capturado, sin que pueda asegurarse que actuó bajo alguna causal de justificación. En cuanto a la culpabilidad, se consideró que estaba demostrada por el conocimiento que tenía el procesado de la ilicitud de su actuación, por razón de su oficio como guarda de seguridad, lo que indicaba que actuó de manera dolosa al portar el citado elemento. (…)

En atención a esas situaciones no cabe duda de que la conducta del acusado se puede subsumir en la norma de prohibición contenida en el artículo 365 del CP, ya que no se desconoce que JEEO portaba el revólver marca “Llama” calibre 38, que fue debidamente identificado…

En lo relativo a la antijuridicidad se ha considerado que existe una antijuridicidad formal, que viene a ser la simple contradicción entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico y la material que constituye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En ese orden de ideas y frente al caso en estudio, se tiene que la conducta atribuida al procesado, corresponde a aquellas que se han denominado como de peligro abstracto, en las cuales el bien jurídico tutelado se pone en riesgo por la simple actividad debido al potencial que tiene de producir un resultado perjudicial. (…)

En este evento el bien jurídicamente tutelado es la seguridad pública, por lo que el porte de un arma de fuego sin contar con el permiso correspondiente expedido por la autoridad competente, representa un riesgo abstracto que afecta de manera real y efectiva el interés protegido…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintisiete (27) de marzo de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 286

Hora: 2:00 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2014 01973 01 |
| Acusado | JEEO |
| Delitos | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira Risaralda |
| Asunto a decidir | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 2 de octubre de 2017 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira Risaralda, mediante la cual se condenó al señor JEEO por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“Tuvieron ocurrencia el día 04 de mayo de 2014, a las 09.45 horas, en la Cra. 3 Bis con Calle 13, vía pública de esta ciudad, Servidores de Policía Nacional, Patrulla Escorpio 3, integrada por PT. GORDON GIRALDO JULIO CÉSAR Y PT. GONZÁLEZ PÉREZ RUBÉN D. cuando se encontraban realizando labores de requisa y patrullaje observaron a un grupo de jóvenes, los cuales se encontraban en una fiesta en vía pública, solicitaron el apoyo de la Patrulla Cuadrante 10, integrada por los policiales PT. RINCÓN CORTEZ DIEGO Y PT. ORTIZ Agudelo Jorge, para realizar requisa y control en dicha fiesta, al llegar las patrulla al sitio de la fiesta, observaron a un joven que vestía camiseta roja, pantalón jean color azul y una gorra de color negro, el cual al notar la presencia de los policiales emprende la huida a una residencia reseñada con la nomenclatura 3-62, lográndolo interceptar antes de que entrara a dicha residencia; le practicaron una requisa y le fue hallada en la pretina de su pantalón un (01) arma de fuego tipo revólver, calibre 38 largo, marca Llama Scorpion, No. interno IM7652 Y No. Externo 36291, las cachas ortopédicas color negro, sin ningún tipo de munición. Dicha persona al verse capturada empieza a forcejear con los policías, logrando ingresar unos metros a la residencia mencionada anteriormente, los policiales lograron controlar esta situación sacándolo fuera de la residencia y procedieron a leerle sus derechos como persona capturada, trasladándolo inmediatamente a la Unidad de Reacción Inmediata para su judicialización. Al capturado le fueron solicitados los documentos del arma, a lo cual manifestó no tenerlos.*

*En Informe de Investigador de Laboratorio FPJ 13 suscrito por SANDRA MILENA VELÁSQUEZ T., Perito en Balística adscrito al CTI., se concluye: Arma de Fuego clase Revólver, marca Llama, ubicada en el lado derecho del cuerpo del arma de fuego, Modelo Martial, localizado en el lado izquierdo de su cañón. Calibre 38 Special (.38 Largo). Número de Serie: Presenta número externo IM7652Q, localizado en la base metálica de la empuñadura, Interno No. 35291, localizado en el brazo que sirve de soporte del tambor. Funcionamiento: Por repetición: Longitud del Cañón: 54.33 mm (2.1) pulgadas. Fabricación: Industrial, con marca registrada se encuentra APTO para producir disparos y no presenta accesorios ni dispositivos especiales. (…)”*

2.2 El día 5 de mayo de 2014 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (fl. 5). En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor JEEO por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, verbo rector “portar” previsto en el artículo 365 del CP. El procesado no aceptó los cargos imputados.

2.3 El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la causa. El 15 de julio de 2015 se celebró la audiencia de formulación de acusación (fl. 12). La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 4 de diciembre de 2015 (fls. 17-18). El juicio oral tuvo lugar el 14 de febrero de 2017 (fl. 25), continuó el 26 de abril de 2017 (fl. 38), y culminó el 11 de agosto de 2017 (fl. 42) al cabo del cual se determinó el sentido del fallo de carácter condenatorio. La sentencia fue proferida el 2 de octubre de 2017 (fls. 48 a 56).

2.4 La decisión fue apelada por el defensor (folios 46 a 48).

**3. IDENTIDAD DEL PROCESADO**

Se trata de JEEO, identificado con cédula de ciudadanía Nro…, ciudad donde nació el 18 de agosto de 1987, hijo de María Stella y Alberto de Jesús, ocupación operario, grado de instrucción bachiller (fls. 29-30)

**4. SOBRE LA DECISIÓN IMPUGNADA**

4.1 Los fundamentos del fallo de primer grado se pueden sintetizar así:

* No se discute que el arma de fuego fue hallada en poder del acusado, ni que este no tuviera autorización para su porte. Lo que la defensa ha cuestionado es: i) el procedimiento policivo en el cual se le incautó el arma al procesado; ii) la mismidad del revólver que portaba el procesado; y iii) la razón por la cual el acusado lo tenía en su poder.
* Sobre el primer aspecto discutido por la defensa y que tiene que ver con el ingreso que hicieron los uniformados al inmueble habitado por la señora María Libia Osorno Álvarez, se tiene que si bien es cierto no existe constancia que ellos hubieran pedido autorización para penetrar a ese inmueble, ello obedeció al hecho que JEEO una vez fue descubierto con el arma en su poder y aprovechando que la puerta estaba abierta, entró a ese predio para evitar que lo capturaran, fuera de que los agentes no sabían en ese momento si se trataba de su propio domicilio o el de una señora que estaba en la puerta haciendo arepas, como lo explicó el SI Gordon. De manera que en ese momento, ante lo apremiante de la situación y descubierta la comisión de una conducta delictiva, no tenían ellos la información suficiente para determinar cuál actitud debían asumir, pero la misma señora expuso que había dejado la puerta abierta de su casa abierta; que entró a preparar un desayuno y que fue cuando salía de la cocina cuando vio a JEEO dentro de la casa quien era seguido por unos policías que accedieron al inmueble porque no había a quien pedirle permiso, sin que estos hubieran tocado algún objeto de la vivienda, y solo llegaron hasta la sala de esa residencia, lo que no afectó el derecho a la intimidad de sus moradores, máxime si ese hecho permitió el ingreso al sitio de otras personas que trataron de oponerse al dispositivo policial. En consecuencia y por tratarse de una situación de flagrancia se puede considerar como válida la actuación policial. Sobre el particular cito una decisión de esta Sala del 28 de febrero de 2011 M.P. Jorge Arturo Castaño Duque.

* No existen contradicciones de fondo en las versiones entregadas por los uniformados Rubén Darío González Pérez y Julio César Gordon Giraldo sobre las circunstancias en que se produjo la captura del señor Espinosa, ni existen situaciones que afecten la veracidad de las actas levantadas durante el procedimiento policivo.
* Aunque la defensora cuestiona que no se haya acreditado la mismidad del arma incautada por inconsistencias del informe rendido por la persona que hizo el examen de balística y su falta de conocimiento sobre el tema al no poder explicar de manera clara las diferencias entre un revólver corto y uno largo, lo real es que la funcionaria Sandra Milena Velásquez Tapasco explicó durante el juicio que tenía experiencia de 8 años en ese tema, que sobre el arma que examinó se cumplieron los protocolos de cadena de custodia y que la misma fue debidamente identificada. Además, pese a que el procesado dijo que la habían decomisado un revólver calibre 38 corto y no largo como se definió, por encima de su criterio debe primar el de la perito, que coincide con el acta de incautación de la cual se deduce claramente que se trataba de un revólver 38 largo, explicando la perito que para probar el arma se usó munición de ese calibre, por lo cual no quedan dudas de que el arma examinada, fue la misma que se le requisó al procesado.
* Sobre el argumento de la ausencia de antijuridicidad de la conducta del acusado, basado en el hecho de que este tenía en su poder el revólver porque se lo había quitado a una persona que estaba embriagada en el lugar de los hechos, para proteger a los presentes, el juez de primer grado desestimó esa argumentación del procesado, según la cual, cuando se encontraba en la fiesta que se prolongó hasta el día siguiente, había llegado al lugar un individuo que no conocía, quien empezó a importunar a una joven que participaba del festejo, por lo cual le quitó un arma que este portaba y que luego a eso de las 8.00 horas, le dio hambre y se fue a desayunar donde una persona que vendía arepas en un inmueble contiguo, y que al observar a los agentes decidió ingresar a esa casa a guardar el arma que no era suya, luego de lo cual se presentó el forcejeo con los agentes que no atendieron sus explicaciones y le quitaron el revólver.
* El testimonio de la señora María Libia Osorno Álvarez no resulto ser de mayor utilidad, ya que no presenció el momento en que fue capturado el procesado. Lo mismo sucedió con lo dicho por el señor Hernán Gómez Mesa, propietario del arma quien no tuvo ningún conocimiento sobre los hechos, ya que para esa fecha se la habían sustraído.
* Se refirió a lo dicho por el testigo de la defensa Mateo Jaramillo Chica quien declaró sobre lo sucedido en los momentos previos a la llegada de los Policías a la casa, y, para lo que interesa a la tesis de la representante del acusado, sobre el tema puntual de la asistencia a la fiesta de un hombre que portaba un arma de fuego, lo que dijo el señor Jaramillo, fue que la policía intentaba despojar a JEEO de un arma que le habían quitado a un “cucho” porque esta persona estaba “morboseando” una muchacha que se hallaba en la celebración, lo que ocurrió a esa de las 6.00 horas, señalando que creía que ese señor estaba molestando a la novia de “Felipe” que el arma se la quitaron entre dos o tres personas, que la había guardado el procesado, quien fue capturado cerca de las 8.30 horas y no recordaba o no sabía si le explicaron a la policía lo que pasó con el “cucho” que llego al lugar portando el revólver, por lo cual consideró que el procesado introdujo una nueva versión de los hechos, ya que el acusado no habló de la intervención de otras personas, cuando le quitaron el arma a la persona a la cual se refirieron como “el cucho”.
* De todos modos, de aceptarse que el arma estaba en poder del acusado por causa de las circunstancias referidas, lo cierto es que transcurrió una fracción de tiempo significativa en que la tuvo en su poder, que fue superior a una hora, por lo cual el acusado si puso en riesgo el bien jurídico objeto de tutela legal, sobre lo cual expuso que había actuado porque conocía sobre armas y estaba más sobrio que los demás, y que si dejaba el arma se podrían haber presentado otros problemas.
* El *A quo* no compartió las explicaciones del incriminado, sobre las cuales expuso que en virtud de sus labores como guarda de seguridad, tenía conocimiento sobre la prohibición de portar armas y que por eso trató de evadir el procedimiento policivo y presentó repulsa a la requisa y a su posterior captura al refugiarse en un inmueble contiguo. Por el contrario, el fallador consideró que en razón de ese conocimiento previo del procesado, - de ser cierta su versión sobre las circunstancias por las cuales portaba el arma- debió enterar a las autoridades sobre esa situación y no conservarla por un tiempo largo, con lo cual puso en riesgo el bien jurídico de la seguridad pública, porque la tuvo en su poder durante un rato prolongado, mientras consumía alcohol y sin tomar ninguna previsión para asegurar el bienestar de la colectividad, máxime si se encontraba en medio de un grupo superior a veinte personas, que ingerían licor en la vía pública, lo que puso en riesgo la seguridad común.
* Existían inconsistencias en las versiones sobre el suceso, ya que :i) el acusado dijo que se había retirado del grupo antes de que llegaran los policías porque tenía hambre, por lo cual permaneció cerca de 20 minutos esperando al lado de la casa de la señora que vendía arepas, lo cual fue desvirtuado por la señora Osorno, quien dijo que ese día no le iba a preparar ningún desayuno al acusado y también desmintió lo expuesto por Mateo Jaramillo sobre el número de personas que ingresaron a su casa, por lo cual se deduce que estos testigos en realidad procuraron avalar los dichos del procesado, aduciendo una presunta actuación irregular de los agentes de policía y que el arma en realidad le pertenecía a otra persona, por lo cual no se entiende la versión según la cual, el individuo que estaba embriagado ya no se encontraba en el sitio cuando se produjo la requisa en la cual se le encontró el arma al señor Espinosa,
* Por lo tanto consideró que estaban demostrados los requisitos del artículo 381 del CPP, para dictar una sentencia condenatoria contra el procesado como responsable de la violación del artículo 365 del CP, a quien se le impuso la pena principal de 108 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término similar. No se le otorgó la condena de ejecución condicional, ni la prisión domiciliaria.

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

Defensor (Recurrente)

* Se refirió al principio de antijuridicidad material sobre el cual citó la sentencia CSJ SP con radicado 20665 de la CSJ SP proferida en el año 2005, en la cual se realizó un análisis del componente de antijuridicidad de la conducta descrita en el artículo 365 del CP., y su relación con el contenido del artículo 11 del CP, lo que implicaba una valoración de la lesividad del comportamiento en el momento en que este se presenta, ya que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que invocó , la tenencia de un arma por sí sola, no genera lesión o muerte para la persona agredida y debe existir un “riesgo mediato” para el bien jurídico protegido por la norma.

El juez de primer grado incurrió en un razonamiento equivocado sobre la aplicación de los principios de lesividad y de antijuridicidad material, pues para valorar la antijuridicidad de la conducta se debe considerar: *"si se trata de un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma*" y que *“si un arma de defensa no fuera susceptible de herir o matar a otra persona dejaría de ser un arma”.*

* En lo referente a los delitos de peligro común, como el porte de armas de defensa personal, se debe tener en cuenta el criterio del ámbito de protección de la norma, para determinar si en cada caso concreto se puso en riesgo el bien jurídicamente protegido.
* El juez de primer grado adoptó una actitud “conservadora” al deducir que por el simple hecho de que el procesado portara el arma de fuego por mucho rato con la ingesta de alcohol, lo cual no fue probado, se puso en riesgo la seguridad pública.
* No se discute la tenencia del objeto por parte del procesado, pero lo real es que ese hecho por sí solo no representa un peligro para la sociedad, pues requiere necesariamente de otros elementos como que el arma tuviera su munición, la que no fue encontrada en poder del acusado, ni en la propia arma, por lo cual difícilmente se podría generar un riesgo para la seguridad pública, con lo cual faltaría el componente de antijuridicidad de la conducta punible, ya que en el proceso se estableció que el artefacto incautado no tenía su munición.
* Citó una decisión de esta Sala del 19 de agosto de 2016, con ponencia del MP Manuel Yarzagaray Bandera, aprobado mediante acta # 730, donde se confirmó la sentencia proferida el 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, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, con base en el l principio de la lesividad y su incidencia en los delitos de peligro abstracto.
* Como la presunción de lesividad en los delitos de peligro abstracto admite prueba en contrario, pese a haberse demostrado que el arma que portaba el acusado era apta para ser percutida, lo real es que cuando fue hallada en poder del señor Jaramillo, quien no tenía permiso para su porte, ésta no se hallaba cargada por lo cual su posesión no generaba ningún riesgo para el bien objeto de tutela legal y por eso la conducta del incriminado se podría considerar como irrelevante, frente al bien jurídico protegido y tampoco se estructuraría el tipo penal del artículo 365 del CP, porque se requiere de serias y fundadas sospechas de que el sujeto agente le va a dar a esa arma de fuego una destinación diferente que la de la mera y simple tenencia, como lo dijo esta Sala en la decisión antes referida.
* La conducta atribuida a su representado, se suscribe (sic) a un mero porte del arma, sin que existan inferencias serias de que su representado le fuera a dar un destino distinto, ya que tan solo se presentó un pequeño forcejeo, causado por el temor que le provocó al incriminado la incautación del elemento en su poder, lo que originó su reacción para tratar de ocultar el artefacto, lo cual de acuerdo a lo expuesto por esta Sala, no puede ser considerado como un acto indicativo sobre su intención de atentar contra el interés jurídico de la seguridad pública.
* El procesado no tenía ninguna intención de portar el arma y mucho menos de utilizarla, lo que equivale a decir que no quería la realización del delito, por lo cual no actuó con dolo y por ello no se le puede atribuir ninguna responsabilidad por su comportamiento, lo que debe conducir a su absolución en la decisión de segunda instancia.
* Igualmente repara la manera como fue valorado el elemento material probatorio objeto de incautación, ya que este no correspondía a los elementos recibidos para el estudio balístico según informe de investigador de laboratorio -FPJ-13 del 04/05/14 suscrito por la supuesta perito Sandra Milena Velásquez T., quien no ostentaba tal título, ysegún lo dicho en su informe recibió el revólver con su respectiva cadena de custodia, que fue identificada como un revólver “Llama”, modelo “Scorpio”, serie IM7652Q, interno 35291, calibre 38 special (sin que la defensa hubiera tenido acceso a esa cadena de custodia) donde se dice que el número externo del arma es IM7652Q60, fuera de que el informe de la supuesto perito ofrece serias dudas, porque el arma que se aprecia en las fotografías corresponde a una de cañón corto y según su concepto el elemento analizado es de cañón largo.
* El mencionado informe balístico, dista mucho de ofrecer certeza sobre la responsabilidad del acusado y como sirvió de base para la sentencia dictada contra en su contra, solicita que la misma sea revocada, en aplicación del principio de presunción de inocencia.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES**

6.1 Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Consideración inicial

6.2.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el tema correspondiente a la responsabilidad del acusado por la comisión del hecho que se le imputa, a partir de las pruebas recaudadas en el juicio.

6.3 Problema jurídico a resolver

6.3.1 En consecuencia se debe examinar el grado de acierto de la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación por parte del recurrente, quien considera en lo esencial que el comportamiento del acusado no generó riesgo para la seguridad pública, con lo cual desaparece el componente de antijuridicidad de la conducta investigada, por lo cual debió será absuelto por el tipo penal de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

6.4 Solución al caso concreto

6.4.1 En este evento se procede por la conducta punible escrita en el artículo 365 del C.P., en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.*

*En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.*

*La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:*

*1. Utilizando medios motorizados.*

*2. Cuando el arma provenga de un delito.*

*3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.*

*4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.*

*5. Obrar en coparticipación criminal.*

*6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad.*

*7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado.”*

6.4.2 La juez de conocimiento fundamentó la sentencia condenatoria teniendo en cuenta los elementos del tipo penal, para lo cual concluyó que el comportamiento del señor JEEO… afectó el bien jurídico de la seguridad pública toda vez que sin tener autorización para ello portaba un arma de fuego apta para ser percutida en las circunstancias en que fue capturado, sin que pueda asegurarse que actuó bajo alguna causal de justificación. En cuanto a la culpabilidad, se consideró que estaba demostrada por el conocimiento que tenía el procesado de la ilicitud de su actuación, por razón de su oficio como guarda de seguridad, lo que indicaba que actuó de manera dolosa al portar el citado elemento.

6.4.3 En atención al principio de necesidad de prueba que se deduce de los artículos 372 y 381 del CPP, debe decirse que la acusación presentada por la FGN contra el procesado, por la violación del artículo 365 del CP, se sustentó en las siguientes pruebas:

6.5 Del testimonio del PT. Rubén Darío González Pérez se extrae en lo esencial lo siguiente: i) el día de los hechos adelantaba labores de vigilancia con su compañero Julio César Gordon; ii) intervino en el procedimiento del 4 de mayo de 2014, ya que ese día patrullaban por el sector de la calle 13 con 3bis cuando observaron una fiesta en vía pública en la que habían unas 10 personas: iii) pidieron el apoyo del cuadrante para requisar a las personas que estaban ahí; iv) al ingresar al lugar, había una persona de camisa roja, jean azul y gorra negra, el cual se fue retirando del grupo y buscaba ingresar a una residencia, lo cual les pareció sospechoso; v) en ese instante y luego de un forcejeo con ese individuo que se resistió al registro, lo requisaron en la vía pública y le encontraron un revólver calibre 38 sin estuche en la pretina del pantalón; vi) su compañero Julio César Gordon fue el que detectó el arma; vii) al sentirse descubierto ese individuo empezó a resistirse y alcanzó a penetrar a una vivienda contigua, que era de una señora que vendía arepas; viii) al presentarse una situación de flagrancia, entraron por la parte trasera de la casa y lo retuvieron; ix) en el lugar había unas 10 personas afuera. Algunas trataron de hacer una asonada, los otros se dispersaron del lugar, pero no pasó nada porque llegó la patrulla; xi) la señora que vendía las arepas en ningún momento se opuso al ingreso al inmueble, la puerta estaba abierta y eso lo aprovechó el acusado para entrar a su casa; xii) el procesado no hizo ninguna manifestación sobre el arma que fue embalada, rotulada y llevada en cadena de custodia hasta la URI; y xiii) en medio de su declaración señaló al procesado JEEO, como la persona que fue capturada en el procedimiento.

6.5. 1 La versión del SI Julio César Gordon fue similar a la de su compañero Gonzáles en lo relativo a las circunstancias en que se produjo la captura del acusado y el decomiso del arma. De su testimonio se extrae la siguiente información complementaria relevante: i) el arma que le encontraron al procesado en la pretina de su pantalón era un revólver 38, niquelado con cacha ortopédica de color negro, que no tenían su munición; ii) la persona que estaba en el recinto donde se celebrar el juicio, fue la misma que retuvieron ese día; iii) el capturado tenía aliento alcohólico, pero caminaba y hablaba bien y fue requisado afuera de la residencia de la señora que vendía las arepas, porque entre un grupo de 10 a 20 personas fue el que trató de evadir la requisa; y iv) el señor JEEO se resistió al procedimiento y luego expuso que no tenía salvoconducto para transitar con el arma .

6.5.2 La funcionaria del CTI Sandra Milena Velásquez Tapasco expuso en el juicio: i) realizó el estudio técnico del caso, que versó sobre un revólver Llama modelo Scorpion y elaboró el informe respectivo; ii) recibió el arma en cadena de custodia y la solicitud del investigador. El informe que reconoció en medio de su declaración, se hizo con una cámara, “pie de rey”, testigos métricos, tanque recuperador de proyectiles, conforme a todos los protocolos técnicos; iii) el arma era un revólver IM 7652Q calibre 38 Scorpion; iv) dio lectura a las características técnicas de cada una de las fotos del informe, explicando que hubo un error de transcripción donde se indica que es un arma “Martial”, pero en las imágenes se ve que es Scorpion; v) los números de identificación de las armas son propios, únicos; vi ) verificó que el arma que le entregaron en cadena de custodia fue la misma que analizó y de la cual realizó fijación fotográfica; vii ) llevaba 16 años trabajando en el CTI y en balística 8 años, ha hecho cursos y no es profesional sino técnica en balística: viii ) el arma examinada era un revólver calibre 38, según la foto es largo, pero era un arma corta; ix) la munición utilizada para establecer la funcionalidad del arma fue 38 largo, seguramente porque llegó sin munición se utilizó un proyectil calibre 38 largo; x) el calibre se establece por el diámetro del cañón, esta era largo, para ello se utiliza un pie de rey y se determina el diámetro de la longitud de los cañones del arma de fuego; xi ) para esa arma en particular era calibre 38, 38 Special y ese es el largo; xi) pese a que un arma parece ser corta, se refiere al calibre largo o corto, respecto del cañón del arma; xiii) en el tambor del arma perfectamente se nota si la munición que usa es larga o corta, puede parecer corta, pero el tambor determina si usa munición largo o corta; xiv) no puede suceder lo contrario, es decir que un arma que parezca larga sea corta, porque de una se ve el tambor que usa munición larga, donde se introducen los cartuchos; xv) si introduce en el tambor de 38 largo un cartucho 38 corto no alcanzaría a percutir el fulminante y en este caso sí estalló; xvi) no verificó el calibre usado para el análisis, tampoco quedó consignado, solo se verificó la del revólver para producir disparos que fue efectiva; xvii) si bien en la foto se dice “corto”, ello hace referencia al cañón del arma y no a su calibre; xviii) por lo tanto no utilizó ningún cartucho 38 corto para la prueba porque el arma era 38 largo; ixx) aclaró que un arma calibre 38 largo solo puede dispararse con munición 38 largo y si bien no quedó plasmado en el informe utilizó un proyectil de ese calibre 38 largo para la prueba ; xx) para diferenciar ambos calibres se debe verificar el diámetro del cañón; y xxi) el arma llegó embalada, esa fotografía no se anexó al informe pero está en el laboratorio y en el informe consta en el punto 3 que la recibió de esa manera y fue la misma arma que analizó.

6.5.3 El testimonio del señor Hernán Gómez Mesa no resultó de importancia para esclarecer los hechos, ya que se limitó a manifestar que: i) era el propietario de un revólver “Scorpión 38” , el cualhabía adquirido legalmente en el año 1995, arma que le había sido hurtada unos cinco años antes de que rindiera su declaración y que luego le fue devuelta por la FGN; y ii) reconoció el arma en una fotografía, dijo que el número es 765 y que era un revólver “Llama” Scorpion 38 largo de color plateado o gris.

6.6 La defensa presentó el testimonio del acusado JEEO quien manifestó en el juicio lo siguiente: i) el día de los hechos estaba en la 3 bis con 13 con unos amigos en una fiesta desde la noche anterior, acompañado de aproximadamente 20 personas; ii) más o menos a las 06.00 horas llego al sitio un desconocido, que estaba muy embriagado y empezó a importunar a unas jóvenes que se hallaban en el festejo; iii) cuando intervino para pedirle que respetara el sujeto saco un revólver; iv) le quitaron el arma a esa persona; iv) a eso de las 8.00 horas le dio hambre y le pidió un desayuno a una señora que hacia arepas, conocida como “chicha”; vi) al advertir la llegada de unos agentes se metió a la casa de esa señora a esconder esa arma que no era suya, y portaba al lado derecho de su pretina, lugar donde fue interceptado por los patrulleros en la cocina de esa casa, por lo que se presentó un forcejeo, luego de que les reclamara por entrar a una propiedad privada, siendo detenido sin escuchar sus explicaciones, al tiempo que maltrataban a la citada señora; vii ) le dijo a los uniformados que el arma no era suya sino de un tercero que ya no estaba en el lugar, pero no escucharon sus razones; viii) sus amigos entraron a esa vivienda detrás de los agentes y les dijeron que el arma no era de ellos; ix) el arma que le quito al mencionado individuo era un revólver 38 corto, de cacha negra, color plateado; ix) despojo del arma a ese individuo, porque era la persona que estaba menos embriagada y con el fin de proveer a la seguridad de los presentes en la fiesta, ya que tenía conocimientos sobre armas. Además sabia de la necesidad de contar con un salvoconducto para portar armas x) pese a lo consignado en el informe policivo, lo real fue que el revólver se lo quitaron fuera de la casa y fue capturado dentro de esa residencia; xi) tenía conocimiento sobre armas de fuego y por eso sabe que el revólver que le incautaron era un “38” corto, aunque no conocía su calibre; xii) fue obligado a firmar el acta de incautación donde se consignó de manera inexacta lo relativo a su procedimiento de captura; xiv) cuando llegaron los agentes, llevaba más o menos una hora y cuarenta minutos en posesión del revólver; xv) sabía que no podía portar ese elemento, pero decidieron que cuando se fuera el señor que llegó con el arma se la iban a devolver, lo cual no había hecho porque esa persona continuaba en el lugar ; y xvi) le informó a los agentes lo que había pasado con esa persona y sus compañeros buscaron al dueño del revólver, pero ya no se encontraba en ese sitio.

6.6.1 La declaración de la señora María Libia Osorno no aportó mayores elementos de juicio, ya que no presenció lo narrado por el procesado sobre las circunstancias en que el arma llegó a manos del procesado, ya que en lo esencial se limitó a manifestar que: i) conocía a JEEO, porque era vecino suyo y a veces desayunaba en su casa; ii) el día de los hechos hubo un cumpleaños enseguida de su casa, había un poco de gente bebiendo: iii) cuando llegaron unos agentes JEEO quien estaba parado afuera ingresó a su casa, donde lo detuvieron; iv) no supo qué sucedió porque su casa es muy larga y los hechos ocurrieron al fondo, en la cocina, solo vio cuando salieron con el acusado, quien le había pedido que le prestara el baño; v) los uniformados no solicitaron permiso para entrar a su casa y la maltrataron; vi) no supo nada acerca de la persona que presuntamente estaba embriagada y portaba un arma; vi) no presenció la requisa que le hicieron a JEEO, porque eso ocurrió en la cocina; y vii) no es cierto que estuviera preparando un desayuno por encargo de JEEO y la puerta de su casa generalmente permanecía abierta.

6.5.2 Por último, Mateo Jaramillo Chica, quien dijo ser amigo del procesado y haber estado presente el día de su captura, manifestó: i) conocía a JEEO hacia 7 años, quien se desempeñaba como guarda de seguridad; ii) estaban en la casa de una señora que vendía arepas a eso de las 7.00 horas escuchando música por el cumpleaños de un amigo; iii) había cerca de 30 personas en el andén, y luego empezaron a llegar más amigos de ellos; iv) posteriormente aparecieron unos agentes que “se le tiraron” a su amigo JEEO, quien estaba en la puerta de la casa de una señora llamada “chicha”, que vendía arepas; v) los agentes ingresaron a la casa de esa señora ; vi) se presentó un forcejeo en la cocina de esa vivienda, donde alegaban por un arma que le habían quitado a un “cucho” que llegó allá porque estaba “morboseando” a alguien; vi) entre tres de los presentes le quitaron el arma a esa persona y JEEO se quedó con ella porque conocía de armas y todos estaban muy tomados; vii) luego vio que el PT Gordon trató de esposar a JEEO, quien estaba muy asustado, lo que ocurrió en la cocina de la casa; viii) los agentes no requisaron a nadie más; ix) no estaba acompañando al acusado, cuando se produjo su captura de JEEO; x) la persona a quien se refirió como “el cucho” estaba en la casa cuando llegaron los agentes; xi) el problema con el “cucho” fue como a las seis de la mañana y el de la policía con JEEO fue como a las ocho y media; y xii) no sabe si a los policías le informaron lo que pasó con el “cucho”, quien se encontraba muy embriagado y se portó de manera grosera cuando le quitaron el arma.

6.7 Con base en el anterior recuento probatorio se hacen las siguientes consideraciones:

6.7.1 No existe duda de que el día 4 de mayo de 2014 al acusado JEEO se le decomisó un arma de fuego apta para ser percutida, mientras se encontraba participando de una fiesta que se prolongó hasta altas horas de la mañana de ese día, lo cual ocurrió en la vía pública, en el sector de la carrera 3 bis con calle 13 de esta ciudad, a eso de las 09.45 horas según el escrito de acusación. Este hecho se encuentra demostrado con el testimonio de los oficiales Rubén Darío González Pérez y Julio César Gordon, y además fue reconocido por el procesado, quien expuso que tenía ese revólver en su poder porque se lo habían quitado a una persona desconocida quien llegó al lugar de la celebración, donde empezó a perturbar a unas jóvenes que se hallaban en ese sitio, explicando el señor JEEO que había guardado esa arma para precaver la seguridad de los asistentes a la fiesta y que fue capturado cuando ingresó a una vivienda para tratar de eludir la acción de unos agentes que llegaron al sitio solicitando una requisa .

6.7.2 En atención a esas situaciones no cabe duda de que la conducta del acusado se puede subsumir en la norma de prohibición contenida en el artículo 365 del CP, ya que no se desconoce que JEEO portaba el revólver marca “Llama” calibre 38, que fue debidamente identificado con el informe que se introdujo al juicio con la técnico Sandra Milena Velásquez Tapasco, donde se concluyó que el arma que le correspondió examinar era apta para realizar disparos, dictamen que no fue controvertido por la defensa del señor JEEO.[[2]](#footnote-2)

6.7.3 Como en este caso específico el recurrente considera que la conducta atribuida al procesado no reúne el componente de antijuridicidad material, es necesario manifestar que para que una conducta sea punible se requiere que la misma sea típica, antijurídica y realizada con culpabilidad (Art. 9 CP), para lo cual, como ya se anticipó, en el presente asunto no existe ninguna contradicción respecto de la subsunción de la conducta del incriminado en la norma de prohibición descrita en el artículo 365 del CP., que contiene expresamente los elementos estructurales del tipo penal de porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, sin permiso de la autoridad competente.

6.7.4 En lo relativo a la antijuridicidad se ha considerado que existe una antijuridicidad formal, que viene a ser la simple contradicción entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico y la material que constituye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

6.7.5 En ese orden de ideas y frente al caso en estudio, se tiene que la conducta atribuida al procesado, corresponde a aquellas que se han denominado como de peligro abstracto, en las cuales el bien jurídico tutelado se pone en riesgo por la simple actividad debido al potencial que tiene de producir un resultado perjudicial.

6.7.6 En relación con este elemento de la conducta punible esta Colegiatura se pronunció en sentencia del 31 de marzo de 2017, radicado No. 66400 60 00 000 64 2012 00492 02, MP. Manuel Yarzagaray Bandera, en el cual se dijo lo siguiente:

*“En lo que tiene que ver con los demás reproches formulados por la apelante, quien propuso la tesis consistente en que la conducta punible enrostrada al procesado EUDORO VELÁSQUEZ PATIÑO no podía ser considerada como punible por ausencia de antijuridicidad material, porque en sentir de la apelante no se demostró que el procesado con su proceder haya logrado afectar el interés jurídicamente protegido, considera la Sala que la recurrente en sus alegaciones parte de una premisa equivocada, al pretender sacar provecho de algo que no demostró, ya que acorde con los postulados del principio de la incumbencia probatoria era a la Defensa a quien le asistía la carga probatoria de demostrar que la conducta endilgada al procesado no era lesiva, desde el ámbito de la antijuridicidad material, para la seguridad pública, si partimos de la base consistente en que en el delito de porte ilegal de armas de fuego se presume la afectación o puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido.*

*Para demostrar lo anterior, se hace necesario tener en cuenta que en lo que tiene que ver con el grado de afectación del interés jurídicamente protegido, tenemos que el delito de Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal hace parte de la clasificación de los denominados Tipos Penales de Peligro[[3]](#footnote-3), en la modalidad conocida como “Delitos de Peligro Abstracto o Presunto”, los cuales se caracterizan porque:*

*“Los llamados tipos de peligro presunto a diferencia de los anteriores[[4]](#footnote-4), no exigen la prueba del peligro; basta en ellos que la conducta se realice y en consecuencia el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado en cabeza del sujeto pasivo; en otras palabras, el peligro se presume juris et de jure. (...)*

*Así, la asociación para delinquir (art. 186) constituye un tipo de peligro presunto porque basta que varias personas se reúnan con el propósito de cometer delitos – sin que sea menester probar que determinados individuos estuvieron en peligro de experimentar alguna ofensa concreta en sus intereses particulares como consecuencia de tal hecho – para que sea susceptible de incriminación…”[[5]](#footnote-5).*

*Lo antes expuesto nos indica que en esta clase de delitos no se requiere una alteración, modificación o destrucción del bien jurídico, puesto que basta con el simple hecho que el sujeto agente lleve consigo o tenga en su residencia un arma de fuego para que se presuma que se ha incurrido en una amenaza o puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido. Pero es de anotar que tal presunción no es de derecho sino de aquellas que admiten pruebas en contrario, como bien lo ha reconocido la Corte de la siguiente manera:*

*“Esto significa, que si bien en el momento de creación legislativa de los delitos de peligro se deja implícita una presunción de peligro, tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como juris et de jure, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.*

*Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela…”[[6]](#footnote-6).*

*Como corolario, de todo lo dicho en los párrafos anteriores, la Sala es de la opinión que la tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente no puede ser de recibo, debido a que para la prosperidad de la misma tenía la obligación de desvirtuar la presunción de amenaza o puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido que por su naturaleza emanaba del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, lo cual no aconteció en atención a que la Defensa no hizo ningún tipo de esfuerzo tendiente a desvirtuar dicha presunción legal.*

*En conclusión, considera la Sala que no le asiste la razón a los reproches que la recurrente ha formulado en contra del fallo confutado ya que en momento alguno se incurrió en error en lo que tiene que ver con la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, aunado que por parte de la Defensa no se desplegó ningún tipo de esfuerzo probatorio para desvirtuar la presunción legal de puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido que dimanaba del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.”* (Subrayas ex texto).

6.7.7 En este evento el bien jurídicamente tutelado es la seguridad pública, por lo que el porte de un arma de fuego sin contar con el permiso correspondiente expedido por la autoridad competente, representa un riesgo abstracto que afecta de manera real y efectiva el interés protegido, como ocurre en el caso *sub examen,* donde la posesión de un revólver, apto para ser disparado puede generar un peligro, especialmente si el acusado JEEO quien aceptó que lo tenía en su poder y manifestó haber estado consumiendo licor durante el período en que portó el arma.

A su vez, las manifestaciones del procesado sobre las circunstancias por las cuales portaba el revólver, en el sentido de que esa arma no era suya, sino que se la habían quitado a un ignoto individuo que llego a la fiesta que se adelantaba en la vía pública porque este se encontraba embriagado y estaba perturbando a algunas de las asistentes al festejo, solamente aparecen avaladas de manera parcial por el testigo Mateo Jaramillo Chica, cuyo testimonio no coincide con el del señor JEEO, ya que el señor Jaramillo manifestó que “el cucho”, o sea la persona que presuntamente era la dueña del arma, se encontraba presente en el sitio de los hechos cuando llegaron los agentes que le practicaron la requisa al acusado, al tiempo que este manifestó que esta persona ya no estaba presente cuando fue abordado por los agentes, lo cual conduce a no tener por cierta la explicación entregada por el señor JEEO sobre ese tema que resulta crucial, pues tal como lo dijo el juez de primer grado, no resulta consistente esa explicación, ya que de haberse producido el hecho en las circunstancias narradas por el procesado, no se entiende por qué este optó por conservar el arma en su poder durante tanto tiempo, pese a que se encontraba en la vía pública, donde podía ser requerido fácilmente por las autoridades para practicarle un registro personal, lo que además explica su conducta posterior de tratar de eludir la acción de los patrulleros que lo intimaron para someterlo a una requisa.

A su vez las manifestaciones del procesado, en el sentido de que se había dirigido a la casa de la señora María Libia Osorno para que esta le vendiera un desayuno y que en ese momento fue que lo interceptaron los agentes, fueron desvirtuadas con el testimonio de esta dama quien expuso ante una pregunta de la juez de conocimiento que estaba preparando esas viandas por encargo de una persona distinta al acusado.

6.7.8 En ese sentido para la Sala queda claro que por las razones expuestas no se puede dar crédito a la versión del procesado, ya que todo indica que realmente JEEO fue el único portador del arma que le fue requisada en el operativo policial, y que su versión sobre la presencia del fantasmagórico personaje que irrumpió en la celebración, al cual presuntamente despojo del revólver para que no le fuera a causar daño a los demás asistentes al festejo callejero, puede entenderse como un ejercicio del derecho a la defensa material, que resulta insuficiente para descartar su responsabilidad, máxime si de acuerdo a sus manifestaciones, por tratarse de un guarda de seguridad, tenía un conocimiento potencial de la antijuridicidad de su comportamiento, consistente en portar el citado revólver en plena vía publica mientras estaba ingiriendo licor con otras personas, por lo cual la presunción *iuris tantum,* sobre el riesgo de esa conducta, que admite prueba en contrario[[7]](#footnote-7) no fue controvertida, puesto que los esfuerzos de la defensa se concentraron en exponer que la captura del acusado se present al interior del inmueble de la señora Osorno, que el revólver requisado no fue el mismo elemento examinado por la técnico en balística y si JEEO lo portaba era porque se lo había quitado a otro ciudadano para garantizar la seguridad de sus compañeros de juerga.

6.7.9 En tal virtud se considera que existían suficientes elementos de juicio para considerar que el procesado actuó de manera dolosa en lo relativo al porte del arma en mención, y en torno al tercer componente de la triada de la conducta punible, se cita lo manifestado en el precedente horizontal contenido en el fallo proferido por esta Corporación el 19 de febrero de 2008, en el radicado 6600160 00035 2006 00400-01, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, donde se dijo lo siguiente sobre la culpabilidad :

*“… Precisamente para impedir atribuciones ilimitadas en la responsabilidad, el elemento culpabilidad tiene como presupuestos indispensables: la conciencia de la antijuridicidad, pero adicionalmente, la exigibilidad de otra conducta, figura ésta última que al decir de la doctrina nacional constituye una verdadera “causal extralegal de inculpabilidad” [[8]](#footnote-8)*

6.7.10 Por lo tanto, analizado ese elemento de la conducta resulta válida la conclusión de la *A quo* por cuanto el procesado era quien portaba el arma de fuego a sabiendas de la exigencia de contar con permiso de la autoridad competente para tenerla en su poder, lo cual lleva a descartar sus explicaciones sobre el hecho de que le había quitado el arma a otra persona, ya que la evidencia presentada por la defensa al respecto es dudosa, tal como se analizó en el apartado 6.7.7 de esta decisión, lo que indica que el señor JEEO conocía perfectamente lo ilícito de su actuar, por lo cual intentó evadir la actuación de los agentes, para tratar, como el mismo acusado lo dijo, de esconder el arma al interior de un inmueble contiguo, frente a lo cual resulta inexplicable la contradicción en que incurrieron el procesado y el señor Mateo Jaramillo, sobre la presencia en el lugar del presunto dueño del revólver mientras se le practicaba la requisa al acusado, ya que de atenerse a lo dicho por el señor Jaramillo lo precedente habría sido que los amigos de JEEO, le hubieran informado a los agentes de esa situación, lo cual no hicieron, sin que el señor JEEO hubiera dejado alguna constancia en ese sentido al suscribir el acta de derechos como capturado.

6.7.11 Adicionalmente debe decirse que la antijuricidad material de la conducta descrita en el artículo 365 del CP, no está condicionada a que el arma lleve su munición, pues el tipo penal sanciona la fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por lo cual el elemento de la falta de letalidad del artefacto por no contar con su carga, no resulta consistente en el caso *sub examen,* porque en ese orden de ideas habría que decir que nunca se presentaría el componente de lesividad de la conducta en casos tales como el hallazgo de municiones en poder de una persona o de unas armas que vinieran desarmadas valga la expresión, ya que en ultimas lo que resulta relevante frente a la afectación del bien jurídico protegido es la idoneidad del elemento, que en este caso fue plenamente demostrada con la prueba pericial ingresada al juicio, asunto que fue examinado en CSJ SP del 8 de julio de 2011, radicado 36326 donde se dijo lo siguiente :

*“De otra parte, en lo que tiene que ver con el razonamiento que desarrolla la censura, resulta notorio que el impugnante deja sin sustento su petición buscando que la Sala proceda a admitir la demanda para desarrollar la jurisprudencia, pues olvida que la Corte se ha pronunciado sobre la lesividad que acarrea el porte de armas que no están cargadas.*

*En efecto, en providencia de la cual el recurrente no se ocupa, la Corporación estableció la antijuridicidad material en casos como el que aquí fue objeto de juzgamiento, en los siguientes términos:*

*“La conducta referida por la sentencia en cita, esto es, la de portar un arma que carece de mecanismos para disparar o que se encuentre averiada o en estado de deterioro y que por lo mismo se reporta con alcances de inocuidad, valga decir, carente de lesividad por su imposibilidad de producir un daño o peligro efectivo al bien jurídico, no es dable equipararla a los eventos en que la misma no aparece “cargada”.*

*Plantear que en los casos de llevar consigo un revólver o una pistola pero sin munición es viable la valoración de ausencia de antijuridicidad y la correlativa absolución, como es el planteamiento que formula el casacionista en éste cargo, no deja de ser una ingenuidad dogmática que de acogerse por vía de la jurisprudencia, de una parte, sería contrario al principio de reserva o de estricta legalidad, y de otra, implicaría desconocer que los comportamientos así dados generan un riesgo de perjuicio no abstracto sino efectivo y por ende son punibles.*

*En ningún escenario y menos en el de la jurisprudencia penal, por ejemplo, se proyecta viable, racional ni jurídico llegar a disponer a través de la exclusión de la antijuridicidad material, que la importación, tráfico, fabricación, reparación, almacenamiento, conservación, adquisición o suministro o porte sin permiso de autoridad competente de un arma de uso privativo de las fuerzas militares pero que no se halle con su carga o sin municiones deje de ser conducta punible por ausencia de lesividad.*

*En los casos en que el instrumento al momento de la aprehensión de quien lo porta, no tiene funcionalidad por estar incompleto, desprovisto de piezas que lo hacen inútil o inservible, sin dificultades se comprende que se trata de una acción en un todo inocua, sobre la cual no se pueden derivar consecuencias punitivas, y que en caso de hacerlo traduciría aplicar criterios de responsabilidad objetiva la que se halla erradicada en los términos del artículo 12 de la Ley 599 de 2000.*

*En efecto, conforme a la ley de la causa y el efecto, para que algo pueda llegar a ser real y concretarse en el mundo de los fenómenos y los resultados primero tiene que ser posible, proceso de acción que no se cumple en los comportamientos inoperantes antes referidos, pero que sí se presenta tratándose de armas en perfecto estado independientemente de que se hallen sin proveedor o sin proyectiles, eventos en los que no es dable pregonar ausencia de lesividad, pues lo cierto es, que en esas condiciones traducen un peligro real y efectivo.”*

*En otra decisión también hizo la siguiente precisión:*

*“Con la modificación a las leyes 599, 600 de 2000 y 906 de 2004 contenida en la Ley 1142 de 2007, se ofrece indiscutible concluir que su finalidad estuvo inequívocamente dirigida a adoptar medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva ; de donde resulta de forzoso discernimiento precisar que no fue la intención del legislador –entre otras- despenalizar la conducta punible de porte de armas cuando aquella se lleve sin la respectiva munición; contrario sensu, estuvo guiada a aumentar la pena . He ahí la equivocación del censor.*

*jj) Ahora bien, en torno a la discusión que planteó el recurrente, menester igualmente es señalar que el nomen iuris con el que el legislador denominó la conducta no comporta disquisición alguna, como que se ofreció idéntico al nominado en el primigenio artículo 365 del Código Penal: fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.*

*A su turno la ley 1142 lo denominó: fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.*

*Tal cotejo pone de manifiesto cuán infundado se ofreció el reproche.*

*jjj) El yerro de la propuesta no termina ahí. De cara al sustento medular en que fincó el censor su reproche, esto es, la utilización de la “y” en la modificación del artículo 365 del estatuto sustantivo por virtud del artículo 38 de la Ley 1142 de 2007 al terminar de enlistar los verbos rectores y concretar la acción frente a las armas de fuego:*

*“… Artículo 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones: El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal y municiones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años…”. Resalte fuera del texto.*

*Ello, por sí solo no comporta la trascendencia sugerida como tampoco tiene la virtualidad de despenalizar la conducta como lo sugirió el casacionista, ni mucho menos conduce a proponer que el porte de un arma exige como condición sine qua nom para su penalización, llevar consigo las municiones, como que prohibido le es al intérprete, cuando el texto de la norma es clara, brindarle una finalidad distinta que la que su expreso tenor literal se ofrece .*

*Resáltese que si de conductas de peligro se trata, la simple utilización del artefacto, tenga o no munición, infunde temor a los asociados, esto es, que de manera real y efectiva afecta el bien jurídico.*

*Solamente, en los supuestos previstos por el artículo 6 del Decreto 2553 de 1993, puede admitirse la atipicidad de la conducta, esto es cuando el arma pierda ese carácter, cuando sea total y permanentemente inservible. En modo alguno se elimina la tipicidad porque de manera ocasional y transitoria no se lleve la munición.”*

*De lo anterior se colige, sin ninguna dificultad, que en la conducta de portar un arma sin munición persiste la violación al bien jurídico de la seguridad pública, mientras aquella se encuentre en funcionamiento, como sucede con el revólver incautado al procesado CALIXTO BAYUELO CUETO, por manera que la capacidad o potencialidad de afectar bienes jurídicos atenta contra la convivencia pacífica y tranquila de los coasociados, como condición para el desarrollo y ejercicio de todos los derechos que le asisten al ciudadano, noción que no tiene en cuenta el demandante y, de ahí, su persistencia en señalar que no hubo menoscabo al bien jurídico de la seguridad pública.”*

6.7.12 Por último, en lo que respecta al reproche del censor relacionado con la falta de certeza del informe pericial de balística, valga decir que fue el mismo procesado quien en el contrainterrogatorio manifestó una vez observado el citado informe que se le puso de presente, que el arma de fuego allí descrita y fotografiada correspondía a la misma que le fue incautada el día de los hechos, por lo cual se puede concluir que no existe la duda planteada por la defensa sobre la mismidad del artefacto que le fue decomisado al señor JEEO, máxime si tampoco se controvirtió por parte del censor, lo relativo al cumplimiento de las reglas de cadena de custodia del arma en mención.

6.8 En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará en su integridad la decisión de primera instancia en la cual se condenó al señor JEEO.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal 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 Cuarto Penal del Circuito de Pereira el 2 de octubre de 2017, mediante la cual se condenó al señor JEEO por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación.

TERCERO: DISPONER que en atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el que los interesados podrán interponer los correspondientes recursos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folio 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folios 33 a 36 [↑](#footnote-ref-2)
3. “son los que anticipándose a la protección del bien jurídico describen una conducta que crea un riego o peligro, más o menos intenso para el interés tutelado sin necesidad de lesión…..” (VALENCIA, JORGE ENRIQUE, en Dogmática y Criminología, pagina # 594. 1ª edición. 2.005. Legis Editores). [↑](#footnote-ref-3)
4. El autor se refiere a los delitos de peligro concreto o efectivo. [↑](#footnote-ref-4)
5. REYES ECHANDIA, ALFONSO: La Tipicidad, página # 135, 5ª edición. 1.990. Editorial Temis. (subrayas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sentencia del quince (15) de septiembre del 2.004. radicado # 21064. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre de 2004, rad. 21064. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. [↑](#footnote-ref-7)
8. VELÁSQUEZ V. Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición Temis, Bogotá, 2004, pg. 415. [↑](#footnote-ref-8)