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 – 22 de junio de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma parcial

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2015 02552 01

Procesado: KEVIN ANDRÉS RINCÓN LEÓN

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: PORTE ILEGAL DE ARMAS / HABITANTE DE CALLE / CONDICIÓN DE MARGINALIDAD / DEBE DEMOSTRARSE LA RELACIÓN CON LA COMISIÓN DEL DELITO / SE ACREDITÓ / RECONOCE DIMINUENTE / MODIFICA CONDENA /** Del análisis de las pruebas practicadas en el proceso se puede deducir que los agentes que intervinieron en la captura del procesado, fueron claros al exponer que el señor Rincón Leal daba muestras de tener la condición de “habitante de la calle”, y posiblemente de consumidor de estupefacientes, situaciones que fueron advertidas al revisar los objetos que llevaba en un costal que correspondían a papel, cartón y prendas de vestir inservibles, lo que daba a entender que provenían de labores de reciclaje. Esta situación aparece confirmada con el testimonio del investigador Jorge Eduardo Jiménez Vélez, quien expuso que según las actividades de actos urgentes que se adelantaron en la URI, el ciudadano Rincón tenía esa condición de trashumante urbano y que además no pudo obtener noticia sobre su familia al hacer indagaciones en el barrio Bello Horizonte de la “Ciudadela Cuba” de esta ciudad.

(…)

Para resolver el asunto hay que manifestar que el que el reconocimiento de esta atenuante punitiva no está condicionado simplemente a que se establezca la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas del procesado, sino que es necesario que estas situaciones “hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible”, y no posean la entidad suficiente como para configurar una causal de exención de responsabilidad de las previstas en el artículo 32 del C.P.

(…)

En atención a lo expuesto anteriormente, la Sala se inclina por la primera hipótesis que es la que más se puede asimilar al contexto fáctico del caso, ya que en ausencia de prueba en contrario, lo que se puede inferir es que el procesado (sobre cuyo estado de trashumancia y marginación social no queda duda), hubiera hallado el arma como consecuencia del ejercicio de la labor de reciclador que desempeñaba para subsistir, y que la hubiera guardado en el fardo donde además portaba los otros objetos que fueron relacionados por los agentes que lo detuvieron, lo que indica que el porte de la escopeta artesanal, que por su estado externo daba a entender que se encontraba en mal estado, si guardó relación con el estado de marginalidad del señor Rincón, que vendría a ser el presupuesto de su dedicación a ese oficio de recolección de desechos como medio de vida, lo cual haría procedente la aplicación del artículo 56 del C.P. en su favor.

(…)

En consecuencia, para dar solución al problema jurídico propuesto, esta Sala le reconocerá al procesado el aludido estado de marginalidad, con injerencia en la conducta por la que fue sentenciado, decisión que conduce a redosificar la pena que se le impuso, de acuerdo a la detracción prevista en el artículo 56 del CP, el cual establece que cuando se dan las situaciones que regula esa norma, la pena a imponer no pueda ser menor de la 1/6 parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo contemplado en la norma de mandato o de prohibición vulnerada, por lo cual, al tener en cuenta la sanción prevista para la conducta descrita en el artículo 365 del C.P., la pena oscilaría entre 18 y 72 meses de prisión.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 491 del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 2:12 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66001 60 00 035 2015 02552 01** |
| **Procesado** | **Kevin Andrés Rincón León** |
| **Delito** | **Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones** |
| **Juzgado de conocimiento** | **Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira** |
| **Asunto** | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 8 de septiembre de 2017** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Kevin Andrés Rincón León contra la sentencia del 8 de septiembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira condenó al señor Rincón León a la pena de 9 años de prisión por el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**2. ACTUACIÓN PROCESAL Y HECHOS**

2.1 El 24 de julio de 2015 se celebraron en el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, las siguientes audiencias preliminares:

2.2 Se declaró legal la captura de Kevin Andrés Rincón León por haberse realizado en flagrancia.

2.3 .Se le formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, verbo rector "portar". El Imputado guardó silencio.

2.4 La FGN no solicitó imposición de medida de aseguramiento, por tanto el imputado fue dejado en libertad.

2.4 El escrito de acusación correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira. Su contexto fáctico es el siguiente:

*"El día 23 de julio del año en curso (2015), aproximadamente a las 12:25 horas, los patrulleros BRAIDY ORTÍZ ROA y ANDRÉS DUQUE GALLEGO, se encontraban realizando labores de registro y control en el centro de Pereira, carrera 10 con calle* *16, observaron a un joven que tenía en su poder un costal de fibra a quien se le solicitó una requisa a la cual accedió voluntariamente, en el costal se encontró un arma de fuego de fabricación artesanal con dos (02) cartuchos calibre 28. El ciudadano se identificó con KEVIN ANDRÉS RINCÓN LEON fue dejado a disposición de la URI para ser judicializado. Se estableció a través de informe de balística que el arma encontrada en poder de esta persona corresponde a una escopeta sin modelo, sin marca, sin número de serie, calibre 28, de fabricación artesanal o hechizas, APTA para producir disparos, sin accesorios ni dispositivos especiales. Los dos cartuchos calibre 28 son de fabricación industrial con marca registrada, buen estado de conservación, APTOS para su uso, sin presentar adaptaciones especiales."*

2.6 La FGN formuló acusación contra el procesado como autor de la conducta punible descrita en el artículo 365 del C.P, en la modalidad de “portar”.

2.7 Luego de la audiencia preparatoria, se practicó el juicio oral el día 28 de junio y 8 de agosto de 2017.

2.8 El 8 de septiembre de 2017 se profirió sentencia de condena contra el procesado.

Su defensora apeló el fallo exclusivamente en lo relativo al no reconocimiento de la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del CP.

**3. IDENTIFICACION DEL PROCESADO.**

Se trata de Kevin Andrés Rincón León, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.343.681 de Pereira, nacido el 16 de marzo de 1996, es hijo de María Damaris y Rubiel, de ocupación reciclador.

**4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.**

En atención a la argumentación de la recurrente y el principio de limitación de la segunda instancia, solamente se hará referencia a ese acápite de la decisión de primer grado, relacionado con la negativa de reconocimiento de la diminuente punitiva establecida en el artículo 56 del C.P., en favor del procesado, el cual se sintetiza de la siguiente manera:

* En atención al contexto fáctico del caso, corroborado con los EMP llegados al proceso, y la declaración de los agentes que hicieron la captura del procesado, se podría pensar en aplicación del principio de buena fe, que el señor Rincón debe ser tenido como un “habitante de calle”, por tener esa apariencia; no habérsele encontrado una residencia fija y no presentar antecedentes penales
* Sin embargo, esas situaciones no conducen por sí solas a reconocerle el estado de marginalidad, frente a la comisión de la conducta punible descrita en el artículo 365 del C.P., que es de carácter “peligrosista”; ya que fue establecida con el fin de velar por la protección de la seguridad pública.
* No existe relación entre la conducta ejecutada por el procesado y sus condiciones sociales, económicas, culturales o modo de vivir para concluir que estas fueron determinantes para que infringiera la norma en cita, ya que el señor Rincón León fue “habilidoso” para camuflar el arma de fuego y su munición, y con su presentación personal quiso evadir la acción policiva, queriendo pasar desapercibido y, posteriormente trató de que se le dieran las garantías que tiene un menor de edad, sabiendo que no tenía esa condición.
* Aunque no se existen antecedentes en su contra, en el caso del procesado existen indicios de responsabilidad que permiten concluir que su conducta delictiva no fue determinada por un estado de marginalidad, sino que su voluntad de transgredir la norma estaba orientada a lograr el objeto de la conducta, con pleno conocimiento de su actuación ilegal y haciendo acopio de cualquier circunstancia para evadir la acción de la autoridad.
* Por el contrario, se debe considerar que la presentación personal del acusado, al pasarse notoriamente como persona habitante de la calle, le hace más peligroso frente al despliegue de la conducta ilícita por la que fue enjuiciado.
* En consecuencia consideró que no procedía el reconocimiento de la condición de marginalidad en favor de acusado.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

**5.1 Defensora del procesado (recurrente)**

* La decisión del *A quo,* se basó en simples suposiciones, al considerar que el señor Rincón tuvo la intención de camuflar de manera habilidosa el arma que le fue requisada, cuando esto no se demostró en ningún medio de prueba practicado en el juicio.
* Tampoco se probó que el acusado hubiera tratado de evadir la acción policial con su presentación personal para pasar desapercibido, o que hizo uso de cualquier circunstancia para hacerse pasar como “habitante de la calle” con el fin de evadir la acción de las autoridades.
* De las declaraciones entregadas por el agente Andrés Fernando Duque Gallego y su compañero, se deduce que el acusado no solamente era un trashumante urbano, sino que era consumidor de sustancias estupefacientes y ninguno de ellos manifestó haber observado actuaciones habilidosas de camuflaje que se le pudieran atribuir a su representado, o actos dirigidos a evadir la acción policiva.
* La situación de su representado que fue observada por los agentes captores coincide con otras situaciones que se probaron en el juicio oral y que menciona el juez de primer grado en su sentencia y que son propias de una persona marginada del grupo social, ya que el *A quo* reconoció que el señor Rincón León tenía apariencia de “habitante de la calle” y que no se le encontró una residencia fija.
* En todas las sociedades se excluyen a los colectivos que usualmente son los débiles frente a la participación social, como sucede con los consumidores o adictos a los estupefacientes, quienes pierden su calidad de vida, son discriminados socialmente y se les tiene desconfianza porque se cree que pueden llegar a ser peligrosos, por causa del uso de esas sustancias, lo que se asemeja a la situación del acusado, quien no tiene un núcleo familiar que lo acoja, ni trabaja por causa de su condición, lo que lo convierte en “habitante de la calle”.
* Esa situación obligó al procesado a dedicarse a labores de reciclaje de desechos. Además un arma de fuego puede ser un objeto que fácilmente se pueda encontrar en la basura, por la necesidad de alguien de deshacerse de ella y por ello es posible que un reciclador la encuentre y trate de venderla o darla en pago para adquirir estupefacientes y saciar su adicción.
* También es muy posible encontrar prendas de vestir en compartimientos de basura, siendo esa la razón por la cual al señor Rincón le fueron halladas en el costal que llevaba, ropas en mal estado. Por ello tanto el arma como las prendas de vestir son objetos susceptibles de ser encontrados en un compartimento de desechos, lo cual hace posible que al momento de ser requisado, en el fardo que portaba el incriminado se le encontraran los elementos que los agentes captores mencionaron en sus declaraciones.
* De acuerdo con lo expuesto se observa que su representado pertenece a ese grupo de la sociedad de adictos rechazados y vulnerables. Por esa razón solicita que se revoque la sentencia protestada y se le reconozca al señor Rincón León el estado de marginalidad previsto en el artículo 56 del CP.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**4.1 Competencia**

Esta Colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34 del CPP.

**4.2 Solución al caso concreto**

En atención a lo manifestado por la impugnante, debe manifestarse inicialmente que su argumentación se basa esencialmente en las manifestaciones efectuadas por los agentes que intervinieron en la captura del procesado, ya que no se cuenta con estudios socioeconómicos dirigidos a establecer la condición de marginalidad del incriminado, a excepción de los informes sobre su identificación, concretamente su tarjeta decadactilar donde se expresa que es “habitante de la calle”[[1]](#footnote-1).

4.3 Por lo tanto se debe hacer mención de las pruebas practicadas en el juicio oral, así:

4.3.1 El PT. Braidy Edgard Ortiz Roa, quien intervino en la aprehensión del procesado, expuso en lo esencial lo siguiente: i) el 23 de julio de 2015, cuando estaba acompañado del urbano Carlos Fernando Duque patrullando por la carrera 10 de esta ciudad, vieron a un joven que se encontraba en una esquina y tenía un costal a su lado; ii) esta persona trató de irse del lugar al advertir su presencia; iii) al requisar el fardo que tenía esa persona encontraron diversos objetos que eran producto de reciclaje como zapatos viejos, camisetas, papeles y botellas; iv) entre esas cosas y dentro de unos buzos había un arma de fuego de confección artesanal con dos cartuchos calibre 28 ,lo que pudo saber por su actividad como policía, sin que el joven Rincón hubiera exhibido algún permiso para el porte de esa arma; v) esa persona dijo que era menor de edad, lo que se desvirtuó posteriormente; vi) Kevin Andrés Rincón tenía aspecto de “habitante de la calle”, se encontraba en una zona de expendio de estupefacientes y daba la apariencia de ser consumidor de drogas; vii) el arma incautada presentaba oxidación en la parte externa del cañón y en el gatillo, la munición estaba buena y la que se le presentó en el juicio fue la misma que se encontró dentro de los elementos que portaba el procesado; viii) ese artefacto tiene rótulo diligenciado y cadena de custodia firmada por su compañero Andrés Fernando Duque y se le hizo fijación fotográfica; y ix) las prendas de vestir que estaban en el costal y los zapatos estaban rotos y no eran aptas para ser usadas.

4.3.2 La declaración del PT. Andrés Fernando Duque Gallego fue similar en lo esencial, ya que solo agregó: i) que el joven Rincón expuso que no tenía permiso para el porte de esa arma; ii) reconoció el acta de incautación que correspondía al arma artesanal requisada y dos cartuchos [[2]](#footnote-2); iii) la persona a la que intimaron para la requisa era un joven “peludo”, con aspecto de habitante de la calle ya que usaba ropa sucia y de usuario de drogas, aunque no podía afirmar si estaba bajo su influjo en el momento del operativo.

4.3.3 A su vez, con el perito en balística Jairo Muñetón Muñeton se introdujo el informe técnico sobre el arma incautada.[[3]](#footnote-3) El citado perito reconoció el dictamen que elaboró donde conceptuó que el arma en mención, sobre la cual se cumplieron los procedimientos de cadena de custodia, era apta para producir disparos, y no presentaba accesorios ni dispositivos especiales. Además dijo que había recibido dos cartuchos calibre 28 que fueron usados para comprobar su estado de conservación y la aptitud del arma de fuego, que no tenía marca, ni modelo, era de carga múltiple, de fabricación artesanal y se podía definir como de defensa personal.

4.3.4 Por su parte con el testigo Jorge Eduardo Jiménez Vélez se acreditaron diversos hechos así:

* Solicitó el informe del SIAEM, en el cual se indicó que el imputado no tenía permiso para porte de arma de fuego, que fue admitido como prueba.[[4]](#footnote-4)
* El señor Rincón no presentaba antecedentes o registros penales en las bases de datos de la FGN.
* Se logró establecer la plena identidad de Kevin Andrés Rincón.[[5]](#footnote-5)
* En el barrio “Bello Horizonte “de la ciudadela Cuba” no se encontró la dirección aportada. Con las labores de vecindario no se pudo localizar a la familia Rincón León, Se obtuvo información en el sentido de que el procesado era habitante de la calle, según los actos urgentes que se adelantaron en la URI.

4.4 Del análisis de las pruebas practicadas en el proceso se puede deducir que los agentes que intervinieron en la captura del procesado, fueron claros al exponer que el señor Rincón Leal daba muestras de tener la condición de “habitante de la calle”, y posiblemente de consumidor de estupefacientes, situaciones que fueron advertidas al revisar los objetos que llevaba en un costal que correspondían a papel, cartón y prendas de vestir inservibles, lo que daba a entender que provenían de labores de reciclaje. Esta situación aparece confirmada con el testimonio del investigador Jorge Eduardo Jiménez Vélez, quien expuso que según las actividades de actos urgentes que se adelantaron en la URI, el ciudadano Rincón tenía esa condición de trashumante urbano y que además no pudo obtener noticia sobre su familia al hacer indagaciones en el barrio Bello Horizonte de la “Ciudadela Cuba” de esta ciudad.

Igualmente quedó claro que dentro del fardo en mención se encontró un arma “hechiza” o de confección artesanal que presentaba oxidación en su parte exterior y su gatillo, que correspondía a una escopeta que fue definida por el perito que declaró en el juicio, como un arma de defensa personal, apta para ser percutida al igual que los dos cartuchos que le fueron requisados al incriminado.

4.5 En este caso no se discute lo relativo al porte del arma en mención; que esta fuera apta ser percutida y que el procesado careciera de licencia para transitar con ella (permiso que además era imposible de obtener por tratarse de un arma de fabricación no convencional).

4.6 En consecuencia se debe decidir entonces, si es posible a reconocer en favor del procesado, la existencia de la circunstancia diminuente de punibilidad que establece el artículo 56 del C.P.

4.6.1 En principio hay que manifestar que se deben atender las manifestaciones de los agentes que participaron en la captura del procesado, quienes dijeron que el señor Kevin Andrés Rincón daba muestras de ser un habitante de la calle e incluso de ser adicto al uso de estupefacientes, quien se dedicaba a labores de reciclaje, ya que en el costal que llevaba consigo se encontraron cartones, y prendas de vestir inservibles, fuera de que con el testimonio del investigador Jiménez Vélez se estableció que no se pudo obtener noticia sobre su arraigo ya que no fue posible ubicar a su familia en el sector del barrio “Bello Horizonte”.

4.6.2 Por esa razón y con base en las pruebas practicadas en el proceso debe asumirse que no queda duda del estado de trashumancia del señor Kevin Andrés Rincón y de su situación de indigencia, que lo obligaba a realizar oficios de reciclaje, que fueron comprobadas con las prendas y elementos que estaban guardados en el fardo que llevaba consigo, donde se encontró el arma “hechiza”, envuelta dentro de un saco.

4.6.3 A partir de estas situaciones que se desprenden de la evidencia allegada al juicio, en especial los testimonios de los agentes captores, se pueden formular dos hipótesis:

i) La primera puede apuntar a que el señor Rincón se encontró el arma y los dos cartuchos como consecuencia de sus actividades como habitante de la calle y recolector de basuras, que lo ubican en una situación de marginalidad y simplemente la guardó, al considerar que se trataba de un *“res nullius”* y no una *“res dereclictas”,* como los otros objetos que recogía, sin tener conocimiento de que era apta para ser percutida, lo que se puede deducir del testimonio del PT. Ortiz Roa, en el sentido de que el arma en mención presentaba oxidación en la parte externa de su cañón y en su gatillo. Sin embargo se puede deducir a la vez, que el acusado tenía conocimiento potencial de la antijuridicidad de esa conducta, el cual se deduce del hecho de que el arma estuviera camuflada dentro de unas prendas de vestir.

ii) La segunda es que el acusado portaba el arma de confección artesanal (sin conocerse el propósito que lo animaba), y que resulta era evidente que tenía conocimiento de la prohibición de ese acto, ya que intentó camuflarla dentro de unas prendas de vestir, lo que conduciría a plantear que la condición de marginalidad que se le reconoce no guardaba relación con la vulneración del artículo 365 del C.P.

4.6.4 Para resolver el asunto hay que manifestar que el que el reconocimiento de esta atenuante punitiva no está condicionado simplemente a que se establezca la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas del procesado, sino que es necesario que estas situaciones “hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible”, y no posean la entidad suficiente como para configurar una causal de exención de responsabilidad de las previstas en el artículo 32 del C.P.

4.6.5 Esa ha sido la posición asumida por esta Colegiatura, tal y como se expresó en providencia del 16 de agosto de 2016, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, donde se dijo lo siguiente sobre las condiciones de aplicabilidad del artículo 56 del C.P.:

“(…)

*Las circunstancias atemperantes consagradas en el artículo 56 C.P. operaban dentro de una doble condición: a) En el ámbito de la punibilidad, se constituyen como factores que modifican de manera genérica los límites punitivos de las sanciones penales; b) En el plano de la tipicidad, al fungir como una especie de dispositivo amplificador del tipo por consignar una serie de nuevas circunstancias modales que repercuten en la conducta descrita en el tipo penal.*

*En lo que tiene que ver con la primera de las aludidas duales condiciones, se podría decir que la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 C.P., regula una serie de hipótesis que repercuten drásticamente en la disminución del ámbito de la punibilidad de los delitos perpetrados bajo el influjo de las mismas. Entre dichas hipótesis* *se encuentra el estado de marginalidad extrema, el cual se caracteriza porque la persona a quien se le achaca la presunta comisión de un delito, lo haya perpetrado como consecuencia de cualquier tipo de circunstancias o de eventos que incidan para que se encuentre apartado o alejado de la Sociedad, o que no se encuentre integrado y por ende no haga parte de la misma, lo que de una u otra forma incide para que no pueda comprender o asimilar en debida forma el injusto penal.*

*Pero es de anotar que no basta con que estén demostradas las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema que aquejan al procesado, porque para la procedencia de la atemperante punitiva se requiere o exige la acreditación de una relación de causalidad entre la comisión del delito y la ocurrencia de dichas circunstancias, o sea que el delito sea perpetrado como consecuencia del influjo de esas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.*

*Frente a la procedencia de los anteriores requisitos, la Corte ha expuesto lo siguiente:*

*“Advierte la Sala que para la demandante es suficiente afirmar que la condición de drogadicto del acusado lo ha hecho una persona marginal y que por ello procede la atemperante. Lo primero que desapercibe es que la viabilidad de esta atenuante está condicionada en la hipótesis aducida a “profundas situaciones de marginalidad”, grado* *superlativo de los supuestos en que procedería, sobre los que no se detiene el libelo.*

*Por lo demás, el Tribunal, con minuciosidad y detenimiento, resaltó que los argumentos aducidos por la impugnante pretenden encontrar en la circunstancia de ser Vargas Rivas drogadicto, la marginalidad propia del precepto en cita, con lo cual descarta aplicar la rebaja de pena, observando que aquél vive con su progenitora y realiza trabajos de diversa índole, contexto que repudia los conceptos que para el legislador posibilitan la rebaja punitiva, con fundamento en un aspecto que entonces no concurre, como lo propuso la impugnante, por el sólo hecho de su drogadicción.*

*De ahí que la casacionista, salvo afirmarlo, no agrega argumentos que evidencien, más allá de las manifestaciones realizadas al momento de la captura, su absoluta y extrema falta de integración social, más aún, su exclusión del sistema social y la información con que se cuenta no es evidencia de ello.*

*Supuestos como los propios de este caso, imponen distinguir cuando hay circunstancias que pueden afectar en cierta medida el desempeño de un individuo en la sociedad, de aquellas que evidencian profundas situaciones de marginalidad determinantes o influyentes en forma directa en la ejecución de la conducta punible, distinción más que imperiosa en orden a aplicar positivamente dentro del marco legal la atenuante de pena, sin que quepan asimilaciones como la reclamada por la libelista, de que partiendo de unas manifestaciones plasmadas en un informe de policía al momento de la captura, se esté dentro de los parámetros de la norma 56 del C.P…” (Subrayas ex texto)*

4.6.6 En atención a lo expuesto anteriormente, la Sala se inclina por la primera hipótesis que es la que más se puede asimilar al contexto fáctico del caso, ya que en ausencia de prueba en contrario, lo que se puede inferir es que el procesado (sobre cuyo estado de trashumancia y marginación social no queda duda), hubiera hallado el arma como consecuencia del ejercicio de la labor de reciclador que desempeñaba para subsistir, y que la hubiera guardado en el fardo donde además portaba los otros objetos que fueron relacionados por los agentes que lo detuvieron, lo que indica que el porte de la escopeta artesanal, que por su estado externo daba a entender que se encontraba en mal estado, si guardó relación con el estado de marginalidad del señor Rincón, que vendría a ser el presupuesto de su dedicación a ese oficio de recolección de desechos como medio de vida, lo cual haría procedente la aplicación del artículo 56 del C.P. en su favor.

4.6.7 Por ello y a diferencia de otras decisiones relacionados con actos de violación del artículo 376 del CP, donde se ha dicho por esta Sala que no basta con acreditar cualquiera de los eventos previstos en el artículo 56 del C.P., sino que se debe establecer su nexo de causalidad con la conducta investigada como se expuso en el aparatado 4.5.10 de esta decisión, se considera que en el caso *sub examen,* se presenta una situación diversa, pues la duda existente sobre las circunstancias en que el acusado se hizo con el arma en mención, que por ser de confección artesanal bien pudo ser considerada como un objeto inservible obtenida por su labor de reciclador (como los demás elementos que portaba en su fardo), debe redundar en favor del acusado, para efectos de reconocerle la diminuente punitiva prevista en el artículo 56 del CP, por la relación que se vislumbra entre su condición de marginalidad y la conducta que se le atribuye, frente a la cual incluso queda la inquietud sobre si en el presente caso el estado de deterioro o de oxidación que presentaba el arma que le fue requisada, pudo haber generado en el señor Rincón la creencia de que se trataba de un bien que no era apto para su uso, lo cual pudo haber generado en su caso un error de tipo sobre la expresión *“arma de fuego”* que se encuentra contenida en el artículo 365 del C.P., sobre el cual podría haberse argumentado la exención de responsabilidad del incriminado, situación que sin embargo no puede ser abordada por esta Colegiatura, en atención al principio de limitación de la segunda instancia, ya que la señora abogada recurrente no dirigió su argumentación en ese sentido.

4.7 En consecuencia, para dar solución al problema jurídico propuesto, esta Sala le reconocerá al procesado el aludido estado de marginalidad, con injerencia en la conducta por la que fue sentenciado, decisión que conduce a redosificar la pena que se le impuso, de acuerdo a la detracción prevista en el artículo 56 del CP, el cual establece que cuando se dan las situaciones que regula esa norma, la pena a imponer no pueda ser menor de la 1/6 parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo contemplado en la norma de mandato o de prohibición vulnerada, por lo cual, al tener en cuenta la sanción prevista para la conducta descrita en el artículo 365 del C.P., la pena oscilaría entre 18 y 72 meses de prisión.

**4.8 DETERMINACIÓN DE LA PENA:**

Al aplicarse las reducciones que prevé el artículo 56 del CP, los cuartos de pena se fijan así:

PRIMER CUARTO: De 18 meses a 31 meses y 15 días de prisión

CUARTOS MEDIOS: De 31 meses y 16 días a 58 meses y 15 días de prisión

ULTIMO CUARTO: De 58 meses y 16 días a 72 meses de prisión

Al no concurrir ninguna circunstancia de mayor punibilidad y actuando de conformidad con el inciso 2º i del artículo 61 del C.P. se partirá del mínimo del primer cuarto o sea que se fijará al procesado una sanción de 18 meses de prisión.

**4.9 SUBROGADOS PENALES**

Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 63 del C.P. se reconocerá al procesado el beneficio de la condena de ejecución condicional, bajo caución juratoria, sin necesidad de hacer mención a los requisitos de orden subjetivo que contiene esa norma, ya que el señor Rincón León no presenta antecedentes penales y el delito investigado no se encuentra dentro del listado del artículo 68 A del CP.

Con base en lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó al señor Kevin Andrés Rincón León por el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales 1º, 2º y 4º del fallo en comento y en consecuencia se fija al procesado Kevin Andrés Rincón León, una pena de 18 meses de prisión.

**TERCERO: CONCEDER** al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional de la pena. Por lo tanto se ordenará cancelar la orden de captura dictada contra el procesado, quien deberá suscribir la diligencia prevista en el artículo 65 del C.P.

**CUARTO:** En lo demás queda vigente la sentencia recurrida.

**QUINTO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folio 35 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 32 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 39 a 42 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 43 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 33 a 35 [↑](#footnote-ref-5)