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.

Procesado: DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO

Radicado # 66001 60 00 035 2016 02872-01

Delito: Porte ilegal de armas de fuego

Procede: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión de reconocerle la marginalidad al Procesado

Decisión: Modifica parcialmente fallo

**TEMAS: PORTE ILEGAL DE ARMAS / ESTADO DE MARGINALIDAD COMO CAUSAL DE ATENUACIÓN PUNITIVA / CARACTERÍSTICAS / RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ESTADO DE MARGINALIDAD Y LA COMISIÓN DEL DELITO / ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE EXISTENCIA POR INVENCIÓN.**

¿Se cumplían o no con los presupuestos legales y probatorios necesarios para considerar que el procesado… al momento de la comisión del delito… lo hizo bajo el influjo de un estado de marginalidad que ameritaba que se le reconocieran los descuentos punitivos del artículo 56 C.P.? (…)

De tal suerte y teniendo en cuenta que el tema esencial de la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, se torna imperioso para la Sala hacer un breve y somero estudio sobre las características que son necesarias para la procedencia de dicha causal de atenuación punitiva.

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. (…)

… 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. (…)

En definitiva, aquí muy probablemente lo que ocurrió es que la Jueza A quo incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por invención, el cual se presenta cuando el Juzgador de instancia al momento de apreciar el caudal probatorio distorsiona la prueba existente o la tergiversa para así suponer que en la actuación procesal existe una prueba que nunca ha llegado al proceso…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 931 Hora: 01:00 p.m.

Pereira, diecinueve (19) Octubre de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 09:47 a.m.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia condenatoria proferida por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 23 de abril de los corrientes, en la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado **DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO,** por incurrir en la presunta comisión del delito de Fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**ANTECEDENTES:**

Según lo aducido por la Fiscalía en el escrito de acusación, los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en la vivienda # 655, sector Azufral, corregimiento de Caimalito de esta ciudad, y están relacionados con una diligencia de allanamiento y registro que efectivos de la Policía Nacional llevaron a cabo en el aludido inmueble a eso de las 06:10 horas del 06 de agosto del 2016.

Como consecuencia de la práctica de la diligencia de allanamiento y registro, los Policiales encontraron en la habitación No. 1 del inmueble allanado, una bolsa plástica de color blanco, la cual contenía 6 cartuchos calibre .32, así mismo debajo de los colchones de la cama de esa misma habitación se encontraron 4 cartuchos calibre .16 y un arma de fuego tipo revólver marca SMITH & WESSON con número externo 72355 y número interno 74465 con 6 cartuchos en su tambor calibre .32.

Por el hallazgo de lo antes enunciado, los Agentes del Orden procedieron a darle captura inmediata al ciudadano identificado como DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO, por ser la persona que dormía en esa habitación y quien manifestó a los Policiales que no tenía permiso para la tenencia del arma y las municiones.

Dichos elementos, después de su incautación, fueron sometidos a un dictamen pericial en el que se determinó que se encontraban en buen estado y que el arma era apta para realizar disparos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 7 de agosto del 2016, ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta localidad, con Funciones de Control de Garantías, en las cuales se le impartió legalidad al procedimiento de allanamiento y registro, a los elementos incautados y a la captura del ciudadano DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO, a quien se le imputaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, bajo el verbo rector “*Tenencia”,* cargos que no fueron aceptados por el Procesado. De igual forma al Procesado fue puesto en inmediata libertad, toda vez que la Fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento.
2. El 03 de noviembre del 2016, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el día 27 de febrero del 2017 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le endilgó cargos al aludido Procesado por incurrir en la comisión del delito de Fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de *tenencia*, tipificado en el artículo 365 del C.P.
3. El 10 de mayo del 2017 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral, después de varios aplazamientos solicitados por la Defensa, se llevó a cabo el 23 de abril del presente año. Agotadas las fases del juicio, se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio. En esa misma diligencia se realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia en donde se indicaron las condiciones personales, civiles y sociales del Procesado, y se culminó el acto con la lectura de la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó oportunamente la Fiscalía.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del 23 de abril de los corrientes, en la cual se condenó al procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO por incurrir en el delito de Fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, bajo el verbo rector *TENENCIA*.

Respecto de las razones por las cuales la Jueza de primer nivel decidió condenar al encausado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO de los cargos por los que resultó llamado a juicio, la *A quo* adujo las siguientes:

* El comportamiento efectuado por el Procesado fue doloso ya que al tener los elementos incautados dentro de sus bienes personales, demuestra la inclinación de su voluntad para la configuración del delito.
* Si bien es cierto, la Defensa presentó diferentes peticiones en busca de un eximente punitivo por inexistencia de antijuridicidad material y un estado de necesidad por el sitio en donde estaba ubicada la vivienda, consideró la *A quo* que dichos argumentos no fueron corroborados por el Defensor, sin embargo, aunque se aclaró que no existía una eximente punitiva, por los dichos allegados por este mismo, se indicó que si existía un diminuente punitivo en la punibilidad de la conducta por existir circunstancias de marginalidad o ignorancia.
* Para reconocer la existencia de la circunstancia de marginalidad, la *A quo* tuvo en cuenta expuso lo siguiente: (i) el grado de instrucción del Procesado que correspondía a 5º de primaria, (ii) su ocupación de agricultor, (iii) vivir en un lugar deprimido e invadido por personas que encuentran desvalidas y desprotegidas por parte del Estado.
* Mediante el material probatorio debatido en juicio se logró establecer que el señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO, no tenía permiso alguno para el porte de armas; ello quedó verificado mediante el Sistema Nacional de Control de Comercio de Armas de Fuegos, Municiones y Explosivos, en donde el mismo, no se encuentra registrado.
* Según informe pericial se determinó que tanto el arma incautada, como los cartuchos que se encontraron en la vivienda allanada, eran aptos para su uso y funcionamiento, sumado a ello, se tuvo en cuenta la captura en flagrancia del procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO, quien era la persona que habitaba el inmueble objeto de la diligencia de allanamiento y registro, el cual carecía de los permisos pertinentes para la tenencia de esos elementos.

Con base en lo anterior, la Jueza de primer nivel adujo que en la actuación quedó debidamente probado que el Procesado cometió una conducta con conocimiento y voluntad de dirigir la misma, en tanto a que no existe ninguna justificación para la tenencia de armas sin los permisos respectivos, aun así, se indicó que él se veía inmerso en una circunstancia de marginalidad que influyó directamente en la ejecución de la conducta.

Siendo así las cosas, la *A quo* en la dosificación respectiva dispuso la diminuente de la pena establecida en el artículo 56 del C.P referente al reconocimiento de un estado de marginalidad. Igualmente teniendo en cuenta que no se encontraban frente a una circunstancia de mayor ni de menor punibilidad, y sumado a ello la inexistencia de antecedentes penales, consideró el despacho que la pena a imponer seria intermedia entre los cuartos mínimos, quedando así una pena definitiva de 25 meses de prisión.

Por último, y como quiera que se cumplían con los requisitos establecidos en la norma para la concesión de un subrogado penal, se le se le concedió la suspensión condicional de la ejecución pena por un periodo de prueba igual al de la pena impuesta.

**LA ALZADA:**

Una vez conocida la decisión de la Jueza de primer nivel, la Fiscalía decidió alzarse contra la misma, ya que en su opinión, la *A quo* incurrió en yerros de apreciación probatoria al momento se reconocer la diminuente punitiva del artículo 56 del C.P. esto por lo siguiente:

* Ni la Fiscalía ni la Defensa presentaron elementos de prueba que demostraran que el Procesado estaba inmerso en una situación de marginalidad, la determinación de la *A quo* estuvo fundamentada únicamente en el grado de escolaridad, en su profesión y el lugar de su residencia del acusado.
* Para el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad se tuvo en cuenta que esta persona vivía en un barrio en donde las personas tienen dificultades económicas para atender sus requerimientos de carácter individual, pero dichas inferencias no tuvieron ningún respaldo probatorio.
* La Defensa no solicitó ninguna prueba, tampoco logró la comparecencia del Procesado, y si bien el arma y la munición hallada estaban debajo de su propia cama, considera el recurrente que aunque el grado de escolaridad no es muy alto, sí es suficiente para que esta persona entendiera la gravedad de la conducta.
* Reprocha la determinación de la falladora al señalar que el sitio de residencia del procesado es un lugar deprimido por tratarse de un sector suburbano, ya que durante el juico nunca se allegaron pruebas que demostraran, como ella lo afirmó, que se trata de una invasión donde reina la desprotección del Estado, siendo lo único claro en torno a eso es que en se sitio viven personas humildes y de baja condición económica.
* La circunstancia de marginalidad nunca fue alegada por las partes, por tanto considera que la concesión del atemperante que efectuó la *A quo*, se hizo sin contar con elementos de juicio para hacerlo.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó la modificación del fallo opugnado en lo referente al reconocimiento de la diminuente punitiva del artículo 56 del C.P que fue concedido por la *A quo*, para que se revoque dicho reconocimiento, y en consecuencia se tase de nuevo la pena de acuerdo a la responsabilidad penal endilgada al señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO acorde con los cargos pregonados en su contra.

**LA RÉPLICA:**

Durante el término del traslado para alegar como no recurrente, el apoderado del Procesado presentó sus correspondientes alegatos, en los cuales se opuso a la alzada deprecada por el Fiscal Delegado y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo confutado, con base en los siguientes argumentos:

* En el juicio se logró demostrar mediante los dichos de los Policiales que el señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO nunca se opuso al procedimiento de allanamiento y registro, y dieron fe de que no conocían al Procesado, y que no tenían información alguna de que esa persona se dedicara a actividades ilícitas. Así mismo señaló que el barrio en donde realizaron la diligencia, era peligroso y era un sector deprimido de la sociedad.
* El enjuiciado es una persona con estudios básicos, dedicado a las labores del campo y quien responde económicamente por su familia, no tiene antecedentes ni anotaciones penales, pues ello quedo demostrado en el arraigo presentado por la misma Fiscalía.
* No cuestiona que existió la tipicidad en el actuar desplegado por el procesado, pero aduce que le asiste razón al Juzgado de primer nivel cuando reconoció la diminuente punitiva de marginalidad y pobreza, ya que sin duda alguna, la tenencia del arma era para la protección de su familia, por encontrase en un sector invadido por la violencia.
* El arma fue encontrada debajo de su cama, no se estaba portando en vía pública, ni tampoco se estaban ejerciendo amenazas en contra de la personas, únicamente la conservaba para su defensa personal y la de su familia.
* El sector Azufral, sí es un lugar conocido por el comercio de estupefacientes, y dicha situación irrumpe violentamente en la residencia de ese sector, y el hecho de que la vivienda esté cerca de la zona franca, no indica que no carezcan de necesidades como lo afirma la Fiscalía.
* Por último, aduce que no existió elemento alguno que indicara que el señor DAGOBERTO ARIAS estaba poniendo en peligro la Seguridad Pública, diferente a ello, son más las circunstancias que demuestran su estado de marginalidad.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

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

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

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la alzada y acorde con lo argüido por los no recurrentes, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían o no con los presupuestos legales y probatorios necesarios para considerar que el procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO al momento de la comisión del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, lo hizo bajo el influjo de un estado de marginalidad que ameritaba que se le reconocieran los descuentos punitivos del artículo 56 C.P.?

**- Solución:**

Antes de solucionar el problema jurídico acá propuesto, se debe indicar por parte de esta Corporación que acorde con las pruebas habidas en el proceso, en la actuación está plenamente acreditado el hallazgo por parte de efectivos de la Policía Nacional de un arma de fuego tipo revólver y diferentes cartuchos en el interior de un inmueble habitado por el ahora procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO, persona que residía allí con su esposa y sus 3 hijos, y quien manifestó que dormía en la cama en donde fueron encontrados los elementos incautados en la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo en la vivienda en la cual se efectuó dicho operativo.

De igual forma en el proceso está demostrado, mediante prueba pericial, que tanto el arma como la munición incautada, se encontraban aptos para su uso y funcionamiento, así quedó plasmado en el informe de laboratorio[[1]](#footnote-1) del perito balística el C.T.I. de la Fiscalía.

Asimismo, acorde con certificación expedida por parte del sistema único nacional de control y comercio de armas, municiones y explosivo (SIAEM), se demostró que el procesado no se encontraba registrado en los archivos de dicha Entidad Estatal como persona autorizada para la tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

De lo antes expuesto, se desprende que en la actuación procesal estaba acreditada la ilícita tenencia por parte del procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO de un arma de fuego, tipo revolver, y de diferentes cartuchos para su uso, pues ello se corroboró según los atestado por uno de los Policiales que participaron en la diligencia de allanamiento y registro, PEDRO AGUILLÓN MARTÍNEZ, quien encontró los elementos en la habitación de esta persona, debajo de los colchones de su cama, a lo que se debe aunar que el Procesado reconoció habitar en el inmueble objeto de la diligencia de allanamiento y registro, y que era la persona que dormía en esa habitación y en la cama en donde se encontró el arma.

Ahora bien, toda vez que no queda duda alguna sobre la responsabilidad penal en la que incurrió el señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS por incurrir en la comisión del reato de porte ilegal de armas de fuego, procederá la Sala a resolver el problema jurídico que se planteó al inicio de este proveído. De esa manera, se hace necesario empezar por analizar qué elementos fueron debatidos en el juicio, respecto de circunstancias que llevaron a la falladora de primera instancia a inferir esa circunstancia de marginalidad que le reconociera al Procesado.

Para ello, obsérvese que en el desarrollo del juicio la Defensa no presentó teoría del caso, tampoco solicitó la práctica de algún elemento de prueba, por ende lo único de donde se logra extraer algo respecto de ese tema, es de su intervención en los alegatos finales, los cuales estuvieron encaminados a alegar que en este asunto no existió antijuridicidad material en el actuar de su prohijado, planteando para ello diferentes circunstancias que posiblemente llevaron al señor DAGOBERTO ARIAS a que guardara en el lugar de su habitación el arma y las municiones incautadas en el registro de allanamiento. Es así como indicó que el sector del “Azufral ”es un zona deprimida y abandonada por el Estado, en donde frecuentemente se presentan alteraciones de orden público, y dicha inferencia la intentó corroborar con el Agente Policial que rindió testimonio, ya que este en su declaración indicó tener conocimiento de la crítica situación socioeconómica del lugar de los hechos. Igualmente resaltó que su defendido carecía de antecedentes penales y no era una persona conocida en el sector como delincuente, circunstancias que a su parecer, demostraban la no afectación del bien jurídico de la Seguridad Pública.

Y fue de esa argumentación sobre la ausencia de antijuridicidad material en el actuar del encausado, de la que echó mano la *A quo* para basar el reconocimiento del atemperante punitivo consagrado en el art. 56 del C.P. por encontrase el Procesado inmerso en una circunstancia de marginalidad, especialmente a causa de la ignorancia.

De tal suerte y teniendo en cuenta que el tema esencial de la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, se torna imperioso para la Sala hacer un breve y somero estudio sobre las características que son necesarias para la procedencia de dicha causal de atenuación punitiva.

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.

Al descender lo anterior al caso sub júdice, y teniendo en cuenta lo obrante dentro de este proceso, encuentra la Sala que:

* No existió petición alguna por parte de la Defensa o de la Fiscalía, de un reconocimiento en favor del procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO de los descuentos punitivos del artículo 56 C.P. durante toda la actuación procesal.
* La Jueza *A quo* infirió la existencia de circunstancias de marginalidad que llevaron al acriminado a actuar de forma antirreglamentaria, de los dichos de la Defensa en sus alegatos de conclusión, puesto que no obra prueba alguna que las demostrara.
* El señor DAGOBERTO DE JESÚS en ningún momento se hizo presente al proceso para tratar de explicar las razones por las cuáles guardaba en su casa el arma de fuego y 16 proyectiles para la misma.
* La Jueza tuvo en cuenta 3 razones para su determinación, esto es: i) grado de escolaridad del Procesado, ii) su ocupación de agricultor y iii) la ubicación del inmueble en donde habitaba el procesado y donde fuera encontrada el arma.

Compaginando todo lo que se ha dicho hasta el momento, no se entiende de dónde sacó la falladora de 1ª instancia los elementos suficientes para entender como cumplidos los requisitos para el reconocimiento de la diminuente punitiva tantas veces mencionada, especialmente atendiendo a la inexistencia de evidencias que acreditan que el Procesado detenta la condición de un estado de ignorancia, marginalidad o pobreza extrema, ello por cuanto:

* El Procesado es una persona con arraigo, puesto que se dejó claro que vive con su esposa y sus tres hijos en la residencia que fue objeto del allanamiento y registro.
* No es alguien que se encuentra apartado de la sociedad, pues a pesar de vivir en un corregimiento de la ciudad de Pereira, no está en una zona que por su dispersión geográfica le impidiera conocer las mínimas reglas de convivencia, lo que es indicativo que el encausado se encuentra integrado a la comunidad y a los preceptos sociales que rigen en la misma.
* A pesar de que el encausado al momento de su captura manifestó dedicarse a las labores agrícolas, eso no se puede tomar como indicativo de que es una persona que se encuentra en la inopia, mucho menos, se puede deducir ello, del hecho de que él viva en una zona reconocida por las problemáticas socioeconómicas de sus habitantes, pues tales situaciones dan a entender que efectivamente estamos ante una persona de bajos ingresos económicos, pero no ante alguien que vive en la miseria absoluta.
* El grado de escolaridad del encausado, no debe entenderse como un supuesto para hablar de ignorancia de la Ley, menos aun cuando estamos en la era de los *mass media*, o medio de comunicaciones de masas, en donde todos los días se informa a la ciudadanía sobre temas relacionados con distintas conductas penales, especialmente aquellas que afectan en gran medida a la comunidad, como lo es la tenencia de armas de fuego sin permiso de autoridad competente para ello.

En definitiva, aquí muy probablemente lo que ocurrió es que la Jueza *A quo* incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por invención, el cual se presenta cuando el Juzgador de instancia al momento de apreciar el caudal probatorio distorsiona la prueba existente o la tergiversa para así suponer que en la actuación procesal existe una prueba que nunca ha llegado al proceso, hipótesis última, que fue en lo que se observa ocurrió en el presente caso con la Jueza de primer nivel, quien no contaba con elementos materiales probatorios o evidencias físicas que acreditaran el estado de marginalidad del hoy Procesado, pues como ya se explicó anteriormente no basta con que se den a conocer circunstancias que posiblemente infirieran en el actuar del procesado, si no que las mismas se deben acreditar mínimamente en aras de buscar el reconocimiento de un diminuente punitivo como lo es del artículo 56 del C.P.

En conclusión, compartiendo la tesis de la discrepancia propuesta por la Fiscalía, encuentra la Colegiatura que en el expediente brilla por su ausencia cualquier medio probatorio que en el más remoto de los eventos pueda dar pie para pensar que efectivamente el señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO al momento de los hechos se encontraba dentro de una de las hipótesis del artículo 56 del C.P., en especial la de la marginalidad e ignorancia.

Así las cosas, concluye esta Colegiatura que le asiste la razón al reparo formulado por el recurrente en la alzada, en lo atinente al yerro en que incurrió la Jueza *A quo* al efectuar el reconocimiento en favor del Procesado de los descuentos punitivos consagrados en el artículo 56 del C.P. por las circunstancias de marginalidad e ignorancia que erradamente le fueran reconocidas en la proferida sentencia.

Ante tal situación, no le queda a la Sala otra alternativa que modificar la sentencia opugnada en lo referente al *quantum* punitivo de la pena final a imponer al Procesado dada la declaratoria de su responsabilidad penal en el delito endilgado, por ende se hace necesario proceder a redosificar las penas impuestas al Procesado, para lo cual se determinará lo siguiente:

* El ámbito de punibilidad de la modalidad del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones tipificado en el artículo 365 del. C.P. modificado por el artículo 19 de la ley 1453 del 24 de junio de 2011, oscila de 9 a 12 años de prisión, lo que es lo mismo decir de 108 a 144 meses. Ahora, dándole aplicación al artículo 61 del C.P., tendríamos que:

El cuarto mínimo va de 108 y 117 meses.

El primer cuarto medio va de 117 a 126 meses.

El segundo cuarto medio va de 126 a 135 meses.

El cuarto máximo oscila entre 135 a 144 meses.

* Teniendo como norte lo expuesto y al no concurrir en el señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO ninguna circunstancia de mayor punibilidad, además de que no existen antecedentes penales en su contra, considera la Sala que lo lógico es movernos dentro del cuarto mínimo.
* Determinado lo anterior, y a fin de establecer la pena definitiva a imponer, encuentra la Colegiatura que en el presente asunto el daño causado al bien jurídico de la seguridad pública no fue realmente significativo, ya que el arma se halló dentro de una vivienda y debajo de un colchón y no en vía pública, que no se tiene conocimiento de que fuese utilizada para cometer algún otro tipo de injusto penal, y que el señor ARIAS GIRALDO en ningún momento trató de evadir el actuar de las autoridades, lo que hace que la pena a imponer sea la establecida en el extremo inferior del cuarto mínimo, esto es, que se impondrá como pena definitiva la de 108 meses o sea 9 años de prisión.
* Como penas accesorias, en aplicación de lo establecido en el inciso 3º del art. 52 del C.P., se modificará lo dicho por la A quo, razón por la cual tanto la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como aquella prohibición para portar armas y solicitar permiso para tal fin, deberán ser por el mismo tiempo de la pena de prisión aquí establecida.

Dada la redosificación de la pena acá realizada, se tiene que el monto de la pena principal impuesta al Procesado excede de los 4 años de prisión, por ende él no puede hacerse merecedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo que implica entonces, que el subrogado que le fue concedido en tal sentido en la sentencia de primera instancia, será revocado; tampoco podrá ser favorecido con el beneficio de la prisión domiciliaria por cuanto no se cumple el requisito establecido en el numeral 1º del art. 38B del C.P.

Así las cosas, se dispondrá la expedición de la orden de captura en contra del acriminado, sin embargo en atención a lo resuelto en la sentencia C-342 del 2017, y toda vez que durante las audiencias preliminares celebradas el 7 de agosto de 2016, la Fiscalía retiró la solicitud de imposición de medida de aseguramiento preventiva en su contra, es deber de la Sala señalar que la mencionada orden solo podrá hacerse efectiva una vez quede en firme la presente decisión.

A modo de colofón, quiere la Sala hacer claridad frente al tema planteado por parte del defensor del acriminado, en lo que tiene que ver con el tema de que en el presente asunto se configuraría una atipicidad objetiva, frente a lo cual se dirá que si bien es innegable que en algún momento se consideró que la tenencia de un arma de fuego de defensa personal guardada dentro de una vivienda era una conducta no delictiva por ausencia de tipicidad, también es igual de cierto que a partir de la modificación introducida a esa norma por la Ley 1453 de 2011, se incluyó entre los verbos rectores del mencionado tipo penal la tenencia de armas de fuego de defensa personal, entendiendo por tenencia lo señalado en el artículo 16 del Decreto 2535 de 1993[[2]](#footnote-2). Aunado a ello, se debe tener en cuenta que el porte de armas es un delito de peligro abstracto, los cuales según la doctrina, se caracterizan porque *“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.…”[[3]](#footnote-3).*

Razón por la cual, para la Sala no pueden ser de recibo los argumentos propuestos por el apoderado de la Defensa.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, con funciones de conocimiento de esta localidad, el día 23 de abril de 2018, en todo aquello que tiene que ver con el indebido reconocimiento de la diminuente punitiva del artículo 56 del C.P que fuera efectuada en favor del señor **DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO** por haber incurrido en el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, de acuerdo a lo que se explicó en precedencia.

**SEGUNDO: REDOSIFICAR** la pena impuesta al procesado DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS MORENO, la cual será la equivalente a 9 años de prisión.

**TERCERO: MODIFICAR** lo relativo ala pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al Procesado, en el sentido de que la misma corresponderá al monto de la pena de prisión impuesta a él en este proveído; en igual sentido se modifica lo relativo a la prohibición para portar armas y solicitar permiso para tal fin.

**CUARTO: REVOCAR** la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que le fuera concedido al Procesado en la sentencia de Primer Nivel, y en consecuencia no se le concederá al procesado ningún tipo de sustitutos o de subrogados penales.

**QUINTO: ORDENAR** que por la Secretaría de esta Sala se expida la correspondiente orden de captura en contra del señor DAGOBERTO DE JESÚS ARIAS GIRALDO, la cual solo se podrá hacer efectiva una vez que la presente decisión de 2ª instancia quede en firme.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Informe investigador de laboratorio –FPJ-13-, fecha 2016-08-06, perito; Jairo Muñeton. [↑](#footnote-ref-1)
2. ARTICULO 16. TENENCIA DE ARMAS Y MUNICIONES. Se entiende por tenencia de armas su posesión, dentro del bien inmueble registrado en el correspondiente permiso, del arma y sus municiones para defensa personal. La tenencia sólo autoriza el uso de las armas dentro del inmueble. al titular del permiso vigente y a quienes siendo sus moradores permanentes o transitorios asuman dicha defensa. [↑](#footnote-ref-2)
3. REYES ECHANDIA, ALFONSO: La Tipicidad, pág. 135, 5ª edición. 1990, Ed. Temis. [↑](#footnote-ref-3)