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 ARMAS / TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD / CONDICIÓN DE MARGINALIDAD COMO DIMINUENTE DE LA PENA / REQUISITOS Y CARGA PROBATORIA.**

Para la Sala es de tener en cuenta que el punible de porte de armas de fuego sin permiso de autoridad es un tipo penal de simple actividad y de peligro abstracto, por lo que es necesario analizar el único testimonio recaudado en el juicio oral para determinar los pormenores de la conducta desplegada por el encartado. (…)

En razón de la alzada y los argumentos esbozados por el recurrente debe recordar la Sala de Decisión 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 tipicidad en tanto el artículo 365 del CP., contiene expresamente los elementos estructurales del tipo penal de porte de armas de fuego sin permiso de la autoridad competente.

Por demás la antijuridicidad se divide en la formal que es la contradicción entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico y la material que constituye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Así, para el caso bajo estudio se destaca que la conducta enrostrada al enjuiciado es de aquellas denominadas de peligro abstracto, según la cual el bien jurídico tutela se pone en riesgo por la simple actividad debido al potencial que tiene de producir un resultado perjudicial. (…)

Respecto de la culpabilidad que se encuentra definida en el artículo 12 del CP… “Ha sido entendida tradicionalmente como: “la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente”. (…)

Frente al tema propuesto por el recurrente, relacionado con su disenso frente a la no concesión a su representado de la circunstancia diminuente de pena prevista en el artículo 56 del C.P., resulta procedente hacer las siguientes consideraciones:

El reconocimiento de esta atenuante punitiva no está condicionado simplemente a que se establezca la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, 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.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

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

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 296 del veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:34 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2016 04809 01 |
| Acusado | FJMB |
| Delitos | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira Risaralda |
| Asunto a decidir | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira Risaralda, mediante la cual se condenó al señor FJMB 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:

*“Con informe de la policía de vigilancia en caso de captura en flagrancia de diciembre 18 de 2016, suscrito por el patrullero de la Policía Nacional John Faber Echeverry Escalante, fue dejado a disposición de la Fiscalía el señor FJMB identificado con la cédula de ciudadanía número 6482667 expedida en Toro Valle, capturado ese día a las 12:00 horas, en la calle 13 número 8-44 de Pereira Risaralda, refiriendo el policial que ese día aproximadamente 11:50 horas, llegó al CAI Libertad la señora Marly Johana Beltrán identificada con la cédula de ciudadanía número 41146033 expedida en Ibagué Tolima, quien le manifestó que momentos antes en la residencia antes señalada le había cobrado el alquiler de la habitación al señor FJMB, quien se tornó agresivo y le apuntó con un arma de fuego. Al llegar al lugar en una habitación que se encontraba abierta estaba el antes mencionado sujetando en su mano derecha un arma de fuego tipo escopeta, de fabricación artesanal, de cacha y empuñadura, sin que contara con el permiso respectivo.*

*En Informe de Investigador de Laboratorio -FPJ-13- de diciembre 18 de 2016 suscrito por el perito en balística de la Policía Nacional IT. Luis Daniel Torres Ortiz, se estableció que se trata de un ARMA DE FUEGO tipo escopeta, calibre 16 Gauge, sin marca, modelo ni número, fabricación hechiza. APTA PARA REALIZAR DISPAROS y los dos (2) cartuchos calibre 16 Gauge, marca Indumil, se encuentran en buen estado de conservación, son APTOS Y COMPATIBLES para ser utilizados con el arma descrita.*

*El día 19 de diciembre de 2016 ante el juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira Risaralda, luego de declarada legal la captura del ciudadano FJMB identificado con la cédula de ciudadanía número 6482667 expedida en Toro Valle. La Fiscalía le formuló Imputación por la conducta punible de FABRICACIÓN TRAFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO ACCESORIOS PARTES O MUNICIONES, verbo rector “PORTAR”, en calidad de Autor, conducta punible contenida en el Art. 365 del Código Penal, inciso primero, modificada por la Ley 1453 de 2011 en su art. 19, imputación que NO ACEPTO. Se dispuso su libertad ante el retiro de la medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía.*

*De los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, considera la Fiscalía que se puede AFIRMAR, CON PROBABILIDAD DE VERDAD que el señor FJMB, PORTABA un arma de fuego, APTA PARA REALIZAR DISPAROS y dos (2) cartuchos en buen estado de conservación, lesionando SIN JUSTA CAUSA el bien jurídico de LA SEGURIDAD PUBLICA; que el mismo es persona mayor de edad y estaba en capacidad de entender la ¡licitud de su conducta y de actuar de manera distinta; por tal motivo la Fiscalía General de la Nación ACUSA La Fiscalía Acusa al ciudadano FJMB identificado con la cédula de ciudadanía número 6482667 expedida en Toro Valle, como AUTOR a título de DOLO, de la conducta punible de FABRICACIÓN TRAFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO ACCESORIOS PARTES O MUNICIONES, verbo rector “PORTAR”, conforme al artículo 365 del Código Penal, inciso primero, modificada por la Ley 1453 de 2011 en su artículo 19, en los mismos términos en que se formula la imputación.”*

2.2 El día 19 de diciembre de 2016 ante el Juzgado Segundo 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 (Folio 6). En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor FJMB 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 Tercero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la causa (folio 1). El 7 de abril de 2017 se celebró la audiencia de formulación de acusación (folio 8). La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 18 de octubre de 2017 (folio 15). El juicio oral tuvo lugar el 17 de julio de 2018 (folio 39). La sentencia de carácter condenatorio fue proferida el 17 de septiembre de 2018 (folios 40 a 43).

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

**3. IDENTIDAD DEL PROCESADO**

Se trata de FJMB, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 6.482.667 de Toro, Valle, nacido el 1 de junio de 1962 en el mismo municipio, hijo de Maibanea y Julio César, estado civil soltero, desempleado, sin más datos (folios 33 y 34).

**4. SOBRE LA DECISIÓN IMPUGNADA**

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

* Tal como se dio a conocer al momento de anunciar el sentido del fallo, la sentencia que se ha de proferir en este caso es de carácter condenatoria, conclusión a la que se llega al analizar de manera conjunta el material probatorio acopiado en el juicio oral, de donde se decanta que se cumplen a cabalidad los presupuestos sustanciales para determinar que los hechos efectivamente existieron y el actuar doloso del señor FJMB en la conducta punible cuya comisión le fuera endilgada.
* Para que se configure la conducta punible investigada se requiere de un ingrediente normativo del tipo penal relacionado con la falta del permiso de autoridad competente, elemento descriptivo que debe estar acreditado, de lo contrario estaríamos ante una ausencia de tipicidad objetiva. Además de la idoneidad del arma y de los cartuchos incautados.
* En la audiencia de Juicio oral quedó demostrado con las estipulaciones probatorias no solo la idoneidad del arma y los cartuchos que resultaron ser aptos para ser percutidos, sino la carencia de permiso del señor FJMB para portar armas de fuego.
* Con el testimonio del Policía Jhon Fáber Echeverry Escalante, se demostró que este uniformado acudió ante el llamado que hizo la señora Johana Beltrán, administradora del Hotel, quien informó que en la residencia donde ella labora había un hombre con un arma de fuego, indicando qué al acudir al lugar encontró a una persona sentada en una esquina de la cama, con un arma de fuego en la mano derecha y que según lo manifestado por la administradora, él la había amenazado con el arma porque le había cobrado.
* Tuvo en cuenta la captura del señor FJMB en situación de flagrancia, al ser observado por el PT en la habitación que se encontraba con la puerta abierta, sentado en una esquina de la cama, portando el arma de fuego con la mano derecha, procediendo, ante la situación de apremio a ingresar a la habitación, para darle captura.
* Toda vez que el arma y cartuchos incautados se encontraban en perfecto estado de funcionamiento y ante la falta de permiso para su porte, se configura la tipicidad de la conducta. Igualmente se tiene que estamos frente a un comportamiento antijurídico ya que con la conducta desplegada por el señor FJMB, se afectó el bien jurídico a la seguridad pública, sin que exista prueba que indique que se obró bajo una causal de justificación.
* La culpabilidad está demostrada porque el acusado obró con conciencia de que su actuar era delictivo y aun así dispuso su voluntad hacia la materialización de la infracción, pues se trata de una persona mayor de 18 años, que goza de todas de todas sus facultades mentales, por lo que se concluye que obró con dolo, conocía la ilicitud de la conducta y quiso su realización
* No accedió al reconocimiento de condición de marginalidad del procesado porque no existe prueba alguna que indique que el acusado se encontraba en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP, y que las mismas incidieron en la comisión del delito.
* Condenó al procesado por encontrarlo responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

6.1 Defensor (Recurrente)

* El dolo se prueba por indicios dado su carácter subjetivo, indicios que pongan en claro que la persona sí conocía que dicho porte era ilegal y que se encontraba cometiendo un delito, pero en la sentencia esto se despacha muy fácilmente, acudiendo a meras abstracciones como la mayoría de edad del encartado y estar el acusado en pleno uso de sus facultades mentales.

* De esa manera la juzgadora omite ahondar en el tema tratado y se limita en la sentencia a discernir acerca del tipo objetivo concluyendo que la mera tenencia del arma y la ausencia de permiso legal son suficientes para condenar a una persona.
* En el procedimiento de captura el ciudadano no utilizó el arma de fuego para amedrantar al policía y evitar su captura, simplemente estaba allí con el arma en la mano, sentado en una esquina de la cama. Tampoco intentó evadirse del lugar o esconder la escopeta con los cartuchos, pudiendo hacerlo. Y mucho menos resultó probado que hubiera utilizado el arma para amenazar a la dependiente del inquilinato ya que la dama no fue testigo en el juicio ni se incorporó su declaración como prueba de referencia.
* El lugar donde se encuentra el inquilinato, es de notorio conocimiento público, corresponde a una de las zonas más deprimidas de la ciudad y son allí frecuentes los atracos y los hechos de sangre, lo que significa que el señor FJMB portaba un arma en la creencia de que en esa zona no era delito. Además, no se trata de un delincuente ya que carece de antecedentes judiciales y de todo tipo, así que el arma la poseía en el entendido que era válido tenerla para defensa personal, por lo cual encaja su conducta en un error de tipo ya que no la poseía para vulnerar el bien jurídico de la seguridad pública.
* La FGN no probó el dolo en la conducta, ni probó la antijuridicidad del hecho. No basta con tener un arma, esto se llama tipicidad objetiva. Es necesario probar el dolo. Del único testimonio recibido se puede concluir la existencia de una ausencia de responsabilidad por error de tipo debido a que el dolo no se probó, es decir, que el acusado tenía el arma para infringir la ley o para cometer delitos, cosas que no se suponen ya que sobre ellas existe la carga de probarlas. En consecuencia, tampoco se probó la antijuridicidad del comportamiento, esto es, que el arma estaba siendo utilizada para vulnerar la seguridad pública, pues el acusado se encontraba en su habitación y obedeció de manera pacífica el requerimiento del agente policial.
* De manera subsidiaria solicitó que en caso de confirmarse la condena se debe reconocer el estado de marginalidad del procesado puesto que aparece probada en el juicio oral, tras la declaración del PT Jhon Faber Echeverry Escalante, quien en su testimonio hace un vivo relato del entorno en el que se ha producido la captura del penado y dijo que en la citada residencia habían unos cuartos de muy mala reputación, paredes sucias y un entorno físico deprimente, edificación que al momento de su ingreso se encontraba en mal estado. A la defensa le manifestó que era una residencia en muy mal estado, donde no se cobra mucho por la noche, lo que demuestra que el señor FJMB vivía en precarias condiciones, además solo y sin dinero ya que el policía aclara que no le incautó nada.
* En estos entornos, dado el peligro que encierran esos entornos de manera constante para la vida y la integridad personal, un ciudadano puede hacerse a un arma para su defensa. Son lugares deprimidos donde la vida tiene poco valor y las mentalidades son propias de aquel mundo, lo que incidió en la comisión de la conducta.
* Solicitó sentencia absolutoria para el señor FJMB y en caso de no atender la anterior solicitud, pidió reformar la sentencia en cuanto reconocerle el estado de marginalidad, redosificando la pena mediante la rebaja que por ley corresponde.

**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 la materialidad de la conducta y de la responsabilidad del acusado en la comisión del hecho que se le imputa, a partir de las pruebas recaudadas en el juicio por el funcionario de primer grado y en caso de confirmar la sentencia condenatoria analizará la posible condición de marginalidad del penado.

**6.3 Problemas jurídicos a resolver:**

6.3.1 En atención a lo manifestado en precedencia, se debe examinar el grado de acierto de la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación, esto es: i) la antijuridicidad de la conducta y culpabilidad del procesado respecto del tipo penal de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; y, ii) la negativa del reconocimiento de la diminuente punitiva prevista en el artículo 56 del CP, según la cual: *“El que realice la conducta punible bajo la infuencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la suficiente entidad para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo señalado en la respectiva disposición”* (Subrayas ex – texto)

**6.4 Primer problema jurídico (antijuridicidad y culpabilidad)**

6.4.1 En esta oportunidad se procede por la conducta punible descrita 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 En el caso *sub examen* el juez de conocimiento fundamentó la sentencia condenatoria teniendo en cuenta los elementos del tipo penal para lo cual concluyó que el comportamiento del señor FJMB afectó el bien jurídico de la seguridad pública toda vez que en su poder y sin autorización para ello portaba un arma de fuego apta para ser percutida y dos cartuchos, sin que obre información de que actuó bajo alguna causal de justificación. En cuanto a la culpabilidad se demuestra por la conciencia del actuar delictivo y la materialización de la infracción, además de tratarse de una persona en uso de sus facultades mentales, razón para concluir que actuó con dolo.

6.4.3 Para la Sala es de tener en cuenta que el punible de porte de armas de fuego sin permiso de autoridad es un tipo penal de simple actividad y de peligro abstracto, por lo que es necesario analizar el único testimonio recaudado en el juicio oral para determinar los pormenores de la conducta desplegada por el encartado.

6.4.3.1 En tal sentido se tiene que del testimonio que aportó la FGN proveniente del PT JHon Faber Echeverry Escalante, funcionario que llevó a cabo el procedimiento de captura y manifestó durante el juicio: i) para el 18 de diciembre de 2016 estaba en segundo turno de vigilancia como auxiliar de información en el CAI La Libertad; ii) participó en la captura del acusado porque a esas instalaciones policiales llegó una mujer solicitando auxilio ya que en la residencia donde ella trabajaba se encontraba un señor que la amenazaba con arma de fuego; iii) se trasladó inmediatamente al lugar que quedaba a escasos 200 metros del CAI, y solicitó permiso escrito a la señora para ingresar a la residencia; iv) la ciudadana le señaló la habitación donde se encontraba una persona a quien le vio un arma de fuego calibre 16 tipo artesanal que tenía en el brazo derecho por lo que procedió a la captura del señor FJMB para su judicialización; v) los hechos sucedieron aproximadamente entre las 11:00 y 12:00 del día, del 18 de diciembre de 2016; vi) el procedimiento de captura se efectuó en la calle 13 No.8-44 de Pereira, en unas residencias; vii) el sitio se encontraba en regular estado; viii) quien permitió el ingreso a la residencia, fue la señora Marly Beltrán, administradora del hotel; ix) al llegar al sitio de los hechos la ciudadana señaló al hombre que la había amenazado con el arma de fuego, lo pudo observar porque la puerta de la habitación estaba abierta, entonces procedió a quitarle el arma y leerle los derechos del capturado; x) cumplió con las previsiones de la cadena de custodia sobre los bienes incautados que fueron un arma de fuego y dos cartuchos para la misma; xi) no pudo establecer la ocupación del capturado porque la manifestación del ciudadano fue que se ocupaba en oficios varios. Su presentación personal era de un ciudadano común y corriente de estrato 1 o 2. CONTRAINTERROGATORIO: xii) estando en el CAI llegó una ciudadana a informar que un señor en la residencia donde ella trabajaba no le había pagado la noche y la amenazó con un arma de fuego cuando pretendía cobrarle; xiii) la residencia es algo como un inquilinato, una especie de hotel, de precarias condiciones; xiv) el acusado tenía un arma empuñada con la mano derecha y no opuso resistencia; xv) el ciudadano manifestó que estaba de paso en ese sitio. PREGUNTAS DEL MINISTERIO PÚBLICO: xvi) la casa de alquiler era oscura, sucia, con paredes rayadas, de dos plantas, los hechos sucedieron en el primer piso; xvii) las habitaciones tenían puertas pero la del ciudadano señalado estaba abierta; xviii) al llegar al lugar el señor estaba sentado en la cama con el arma de fuego en la mano, no percibió ninguna reacción del ciudadano; xix) desde afuera de la habitación se ve la cama y el hombre sentado a los pies; xx) por protocolo desenfundó su arma de dotación atendiendo que el ciudadano tenía un arma de fuego; xxi) el ciudadano ya tenía el arma de fuego en la mano desde antes que él desenfundara su arma de dotación.

6.4.3.2 En cuanto a las estipulaciones probatorias se debe tener en cuenta que las partes estimaron probado: i) el informe de balística suscrito por el IT Luis Daniel Torres Ortiz (folios 28 y 29) del cual se extrae que el arma de fuego y las municiones eran aptas para disparar y ser percutidos; ii) oficio No. 0226 del 18 de enero de 2017 expedido por el MY Javier Hernández Pinto, ejecutivo 2º comandante del Batallón de Artillería Nº8 “Batalla de San Mateo” (E), en el cual se consigna que el ciudadano FJMB no está registrado en el sistema nacional de control de comercio de armas, municiones y explosivos a nivel nacional (folio 26).

6.4.4 Lo anterior permite dilucidar que para la fecha de su captura el investigado incurrió en una acción delictiva que puso en riesgo la seguridad pública al portar un arma de fuego y munición aptos para ser utilizados y, contrario al planteamiento del recurrente, se probó que el llamado de auxilio de una ciudadana fue la que alertó a la policía para que acudiera a la habitación del penado, porque allí había sido amenazada con el arma de fuego que minutos después le fue observada mientras la empuñaba con su mano derecha sentando en la cama.

6.4.5 En razón de la alzada y los argumentos esbozados por el recurrente debe recordar la Sala de Decisión 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 tipicidad en tanto el artículo 365 del CP., contiene expresamente los elementos estructurales del tipo penal de porte de armas de fuego sin permiso de la autoridad competente.

6.4.6 Por demás la antijuridicidad se divide en la formal que es la contradicción entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico y la material que constituye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Así, para el caso bajo estudio se destaca que la conducta enrostrada al enjuiciado es de aquellas denominadas de peligro abstracto, según la cual el bien jurídico tutela se pone en riesgo por la simple actividad debido al potencial que tiene de producir un resultado perjudicial.

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 definió:

*“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[[2]](#footnote-2), 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[[3]](#footnote-3), 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…”[[4]](#footnote-4).*

*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…” [[5]](#footnote-5).*

*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.”*

En esta oportunidad el bien jurídicamente tutelado es la seguridad pública, por lo que el porte de un arma de fuego y munición para la misma 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 en tanto la escopeta y cartuchos incautados al ciudadano generan un peligro aun cuando se tenga al interior de un inmueble. Además, se trata de una presunción legal que si bien admite prueba en contrario[[6]](#footnote-6) no fue controvertida en tal sentido.

6.4.7 Respecto de la culpabilidad que se encuentra definida en el artículo 12 del CP, vale la pena citar 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, en el cual se analizó

*“Ha sido entendida tradicionalmente como: “la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente”* ***[[7]](#footnote-7)****; sin embargo, a la luz de la actual doctrina: “no basta con decir que la culpabilidad es un juicio de reproche, sino que es indispensable indagar por los presupuestos de los que depende esa reprochabilidad”****[[8]](#footnote-8)****, entre los que se encuentra la “falta de fidelidad al derecho” (G.Jakobs) y la “posibilidad de decisión para realizar un comportamiento orientado hacia la norma” (C.Roxin). Hay lugar por tanto a hacer un juicio ex ante y no ex post para tener en consideración las circunstancias sociales particulares en las cuales se encontraba el agente para el momento en que se asegura incurrió en la infracción a la ley penal.*

*Se debe distinguir igualmente, que una cosa es el animus nocendi (intención de causar daño) y otra el dolo; es decir, que para que se configure el punible no se debe probar que la persona quiso hacer daño, basta con probar que sabía de la ilicitud de su conducta y quiso su realización. Sobre el particular tuvo ocasión de pronunciarse la Corte, en los siguientes términos:*

*“En vigencia del Código Penal de 1936, no existía mucha claridad acerca de la naturaleza jurídica del dolo, por falta de una definición normativa: Algunos autores lo consideraban como la simple intencionalidad que es inherente al comportamiento humano, otros exigían (…) una voluntad libre, y otros la referían a un animus nocendi. Pero con la expedición del Código Penal de 1980 ya no son posibles estas interpretaciones, pues el art. 36 dice que ‘la conducta es dolosa cuando el agente conoce del hecho punible y quiere su realización’. Estableció así como elementos del dolo el conocimiento de la conducta que se está realizando (...) es decir que no existan factores que constriñan o alteren su capacidad volitiva.****[[9]](#footnote-9)***

*Pero si de seguir el sistema de interpretación lógica se trata, buscando indagar por la ratio legis o propósito perseguido por el legislador, como por la occasio legis o circunstancias particulares que determinaron la dictación de la norma, y más que eso, la voluntad referida aplicada al momento actual con espíritu teleológico y realista del Derecho, tenemos que concluir que la interpretación auténtica del precepto prohibitivo debe ir más allá del simple contacto material con el artefacto de fuego utilizado en las condiciones ya referidas. Se requiere la atribución de responsabilidad por la omisión en la obtención del permiso de la autoridad competente para su porte, en otros términos, debe existir la posibilidad de un reproche a su tenedor por el hecho de no tramitar la autorización que legitimara su posesión en vía pública.*

*Es que, recordemos, el fundamento de la ilicitud del punible de PORTE DE ARMAS y MUNICIONES, tiene su razón de ser en el riesgo creado, concretamente por la ausencia de control en el manejo de instrumentos peligrosos, ante la no expedición del permiso para porte o tenencia por las autoridades competentes, que vendría a constituir una lesión indirecta al bien jurídico de la Seguridad Pública cuyo deber de protección se encuentra en cabeza del Estado.*

*(…)*

*De todas formas, una determinación desvinculante por este específico aspecto, no conlleva a la impunidad, ni a que se patrocinen grupos de poder armados de índole privados y generadores de violencia, como es el temor del ente acusador, puesto que éstos poseen unas características bien particulares por todos conocidas. De lo que se trata aquí, es de no hacer recaer la culpabilidad en quien no la tiene y que el Estado dirija su acción frente al directo responsable.*

*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”****[[10]](#footnote-10)****. Y para el presente caso, si se llegare a admitir que el comportamiento era per se antijurídico y él era sabedor de esa contrariedad con la norma, definitivamente no es posible achacarle culpabilidad por el hecho de no haber realizado una conducta diferente, al no estar dentro de su órbita de competencia la obtención del amparo del artefacto que le fue asignado para el cumplimiento de una labor lícita.”* (Subrayado fuera del texto original).

6.4.8 De contera que al analizar este elemento de la conducta resulta válida la conclusión de la *a quo* por cuanto era el encartado quien portaba el arma de fuego a sabiendas de su prohibición, misma que no admite excepción diferente al permiso de la autoridad competente, por tanto aunque se encontraba en un sector deprimido de la ciudad no quiere esto decir que estaba amparado por una causal de exoneración de responsabilidad.

Aunado a ello la afectación del bien jurídico se vio reflejada precisamente en la conducta asumida por el procesado quien generó peligro para la vida e integridad personal de la ciudadana que administraba la residencia en el cual se alojaba, lo que conllevó a que ella buscara ayuda en el policial que efectuó la captura, quien fue claro en expresar que al llegar al sitio señalado, el ciudadano posteriormente capturado se encontraba sentando en la cama portando un arma de fuego en su mano.

6.4.9 Además, la defensa no aportó elemento probatorio alguno que permitiera argumentar en favor de su teoría del caso, contrario a ello, frente a la afectación al bien jurídico tutelado solo esbozó unos argumentos en contra del único testigo de la FGN, lo cuales difieren de lo que efectivamente el PT Echeverry Escalante manifestó en el juicio oral.

Por lo tanto se concluye que en el caso *sub examen* se reunían los requisitos del artículo 381 del estatuto procesal penal para dictar una sentencia condenatoria por violación del artículo 365 del C.P. lo que lleva a confirmar la sentencia proferida por la *a quo*.

6.5 Segundo problema jurídico (condición de marginalidad).

6.5.1 De conformidad con el registro de la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, celebrada el 17 de julio de 2017 luego de haber concluido el juicio oral, la defensa presentó la siguiente argumentación: el acusado actuó en circunstancias de marginalidad, lo que se manifiesta en las características de la residencia donde ocurrió el hecho, en una zona deprimida y peligrosa de la ciudad y ante una situación de pobreza del acusado frente a la comisión de la conducta de violación del artículo 365 del CP fuera de que el acusado no presentaba antecedentes penales.

6.5.2 Frente al tema propuesto por el recurrente, relacionado con su disenso frente a la no concesión a su representado de la circunstancia diminuente de pena prevista en el artículo 56 del C.P., resulta procedente hacer las siguientes consideraciones:

6.5.3 El reconocimiento de esta atenuante punitiva no está condicionado simplemente a que se establezca la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, 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.

6.5.4 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., con base en lo dispuesto por la SP de la CSJ del 27 de agosto de 2014, radicado 42203:

*“(…) 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)

6.5.6 Asimismo es necesario manifestar que quien alegue en su favor las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga probatoria de demostrar no solo que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, sino que esas situaciones incidieron directamente en la comisión del delito.

6.5.7 En el caso *sub examen,* la defensa se quedó corta en la demostración de este segundo componente que es necesario para el reconocimiento de la diminuente punitiva reclamada en favor del señor FJMB.

Al respecto se debe recordar que en eventos como el presente se activa la carga procesal de la defensa para demostrar los supuestos de hecho del artículo 56 del CP, lo que viene a ser una consecuencia del principio de la *“incumbencia probatoria”*, sobre el cual se ha expresado la SP de la CSJ de la siguiente manera:

*“Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. (…)*

*Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.*

*En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…”.*

6.5.8 Sobre este tema debe decirse que la pretensión del defensor se sustentó en la información vertida por el único testigo en el juicio quien relató cómo era el interior de la residencia en la que se produjo la captura del señor FJMB. Sin embargo, el Defensor del procesado no solicitó la práctica de ninguna prueba para acreditar la condición de marginalidad de su representado y el nexo causal entre ese hecho y la conducta que se le atribuyó.

6.5.5 Ahora bien, del testimonio del PT Echeverry Escalante se puede concluir: i) que la zona donde está ubicada la residencia donde se produjo la captura es un sector neurálgico de la ciudad; ii) que el interior de la residencia se encontraba en mal estado; iii) que el ciudadano FJMB se veía como un ciudadano corriente de estrato 1 o 2 y bien vestido; y, iv) que no se halló en su poder ninguna cantidad de dinero.

6.5.6 En ese orden de ideas se debe manifestar en aplicación del principio de necesidad de prueba que se deduce de los artículos 372 y 381 del CPP, que pese a haberse evidenciado que residía en una vivienda de condiciones precarias, no se estableció el nexo de causalidad o la injerencia de tal hecho en la conducta por la cual fue acusado, conclusión a la cual se llega siguiendo el criterio que ha tenido esta corporación sobre el tema de las condiciones de aplicación del artículo 56 del C.P.

6.5.7 Todas estas situaciones llevan a esta Corporación a concluir que en el caso *sub examen* no se demostró la relación entre el estado de marginalidad alegado por la defensa del señor FJMB y la conducta que se le atribuyó, consistente en portar un arma de fuego y dos cartuchos de munición para la misma, lo que lleva a inferir que el acusado estaba en capacidad de asumir el costo de su adquisición.

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

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 Tercero Penal del Circuito de Pereira el 17 de septiembre de 2018, mediante la cual se condenó al señor FJMB por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 2 al 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. “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-2)
3. El autor se refiere a los delitos de peligro concreto o efectivo. [↑](#footnote-ref-3)
4. REYES ECHANDIA, ALFONSO: La Tipicidad, página # 135, 5ª edición. 1.990. Editorial Temis. (subrayas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre de 2004, rad. 21064. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. [↑](#footnote-ref-6)
7. ANTOLISEI, Francesco. Manuale di diritto penale, Ed. Giuffré, Milano, 1960, pg. 234, acogida por la doctrina nacional. [↑](#footnote-ref-7)
8. VELÁSQUEZ V., Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición Temis, Bogotá, 2004, pg. 402. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Corte Suprema de Justicia.* Casación Penal, marzo 7 de 1989, en Nuevo Código Penal, Jairo López Morales, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, 2002. [↑](#footnote-ref-9)
10. VELÁSQUEZ V. Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición Temis, Bogotá, 2004, pg. 415. [↑](#footnote-ref-10)