**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

 ACTA DE APROBACIÓN No 556

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Junio 28 de 2016, 9:37 a.m. |
| Imputada:  | Sandra Milena Rodríguez Gil |
| Cédula de ciudadanía: | 42.139.259 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Víctima: | La Salud Pública |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatoria de fecha mayo 07 de 2014. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros que en octubre 8 de 2013, siendo las 11:15 horas, en la carrera 10 bis con calle 10 vía pública de esta capital fue capturada la señora SANDRA MILENA RODRÍGUEZ GIL quien luego de ser registrada hizo entrega voluntaria de dos bolsas plásticas transparentes, cada una de las cuales contenía 30 papeletas con sustancia pulverulenta color beige, para un total de 60 papeletas. Al efectuar el examen preliminar de PIPH, se logró establecer que se trataba de cocaína y sus derivados, con un peso neto de 6.6 gramos.

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad (octubre 9 de 2013), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión; (ii) se imputó autoría en el punible de tráfico de estupefacientes, verbo rector “llevar consigo”, de conformidad con lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 376 C.P.; cargo que la indiciada ACEPTÓ; y (iii) se ordenó la libertad inmediata de la procesada debido a que no se solicitó medida de aseguramiento.

1.3.- En virtud al allanamiento unilateral a los cargos imputados, la actuación pasó al conocimiento del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad que convocó para la correspondiente audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia (mayo 7 de 2014) por medio de la cual: (i) se declaró penalmente responsable a la imputada en congruencia con los cargos formulados y admitidos; (ii) se le impuso como sanción privativa de la libertad la de 56 meses de prisión y multa de 1.75 salarios mínimos legales mensuales, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal; y (iii) se le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, a consecuencia de lo cual se dispuso su captura inmediata.

1.4.- Inconforme con la decisión adoptada, la defensa impugnó tal determinación e indicó que la sustentación la efectuaría por escrito.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -como recurrente*-*

No acepta los planteamientos del despacho, por cuanto el sistema acusatorio debe ser garantista y por ende se deben privilegiar derechos y garantías fundamentales como la dignidad humana y libertad, pero los procesados no se ven favorecidos con una interpretación amplia y suficiente con amparo en la Constitución, leyes y tratados internacionales debidamente aprobados por Colombia y que integran el bloque de constitucionalidad. Y aunque en el presente caso **SANDRA MILENA** aceptó cargos con lo que colaboró a la Administración de Justicia de la cual esperaba una retribución justa, como lo sería la rebaja de pena y obtención de algunos beneficios o subrogados, ello no se dio en cuanto la falladora desestimó la prueba documental aportada por la defensa con argumentos pobres y respaldados en suposiciones o creencias de índole subjetivas.

Aduce que se probó el grado de marginalidad, la condición de madre cabeza de hogar de su defendida y por medios científicos su adicción al consumo de estupefacientes, los que obran en el caso y que no fueron desvirtuados por algún procedimiento legal. Agrega que la marginalidad no se mide por la cantidad de dinero que haya podido tener la procesada para adquirir estupefacientes y consumirlos como lo interpreta la juez, sino por diversos aspectos como lugar de residencia, estrato socioeconómico, grado de instrucción, educación, escolaridad, etc.; e igualmente la calidad de madre cabeza de familia no se puede desechar por vivir en una casa habitada por otras personas -un hijo y la ascendiente de la encartada-, porque el hecho de que la menor esté acompañada no es suficiente para predicar que no está desamparada, toda vez que **SANDRA MILENA** veía por la obligación de todos los parientes y no es lo mismo el afecto de la progenitora que el de un hermano o la abuela.

El tener una sentencia condenatoria que data del año 2005 no quiere decir que por eso se le haga más gravosa su situación, antes por el contrario, ello debe ser interpretado con beneficio de inventario, porque lo que prueba es su adicción de la cual no ha podido desligarse por sus propios medios, máxime que el Estado no ha hecho nada para curar su enfermedad y las cárceles no solucionaran dicho problema toda vez que éstas no regeneran o resocializan a nadie, por lo que la pena no cumpliría los fines que se pretenden.

Hace alusión al canon 13 Superior para pregonar que su defendida vive en un barrio humilde de la ciudad, es totalmente analfabeta al no saber leer ni escribir, es trabajadora sexual, tiene dos descendientes -uno de los cuales es una niña de 16 años que cursa grado noveno de bachillerato-, es adicta a las sustancias prohibidas, y no cuenta con el apoyo de un esposo o compañero ni de alguna otra persona, lo que la convierte en madre cabeza de familia. Estima que dichas circunstancias son suficientes para otorgarle una rebaja de pena por marginalidad y la suspensión condicional de la pena o la prisión domiciliaria con permiso para trabajar.

Pide en consecuencia se revoque el fallo adoptado en lo que es desfavorable para su prohijada y en su lugar se reemplace por uno en justicia y no en derecho.

**2.2.-** Los demás sujetos procesales no recurrentes no se pronunciaron dentro del término concedido.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, la juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si en el caso concreto hay lugar al reconocimiento de la circunstancia de atenuación específica contenida en el artículo 56 C.P. -situación de marginalidad-, y además si la sentenciada **SANDRA MILENA RODRÍGUEZ GIL** se hace merecedora de la prisión domiciliaria por su condición de madre cabeza de familia, como lo predica el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la temprana admisión de los cargos por parte de la procesada en forma libre, voluntaria, consciente, debidamente asistida, y profusamente ilustrada acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento unilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad existen elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió y que la hoy involucrada tuvo participación activa en la misma.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

En el trámite del proceso y en desarrollo de la audiencia a que alude el canon 447 C.P.P., la defensa deprecó de la juez de instancia que antes de proferirse el fallo tuviera en consideración al momento de dosificar la pena y conceder los beneficios de ley, que se estaba en presencia de una persona que se hacía acreedora a la atenuante contenida en el artículo 56 C.P. e igualmente que la justiciable ostenta la condición de madre cabeza de familia para ser favorecida con la prisión domiciliaria, posición ésta última que apoyó la representante del Ministerio Público, mismos que al no ser tenidos en cuenta por la falladora fueron el fundamento para acudir en alzada.

Como se aprecia, son dos contextos por los cuales el recurrente muestra su inconformidad con el fallo adoptado, uno el referido a la situación de marginalidad de **SANDRA MILENA RODRÍGUEZ GIL,** y el otro el de su calidad de madre cabeza de familia; por tanto, se procederá a su estudio de manera independiente, así:

*- De la situación de marginalidad.*

La titular del despacho negó la concesión de la diminuente contenida en el canon 56 C.P., toda vez que no obstante observar que desde las primeras informaciones de la Fiscalía se supo que la procesada es persona analfabeta que vive en condición de pobreza, tal realidad no determinaba *per se* que ostentara la calidad de marginal, como quiera que de lo arrimado avizoró que: (i) tiene su residencia en una vivienda familiar; (ii) es vendedora ambulante de velas en el centro y de ello obtiene sus ingresos para su sustento diario; y (iii) un ciudadano en ambientes de extrema carencia no tiene manera de hacerse a 60 papeletas con sustancia estupefaciente, ya que si tiene forma de adquirirla también puede obtener lo mínimo para su sustento.

Al respecto debe apreciarse que además de los datos que sobre el particular esgrimió el apoderado de la condenada, no se acreditó con ningún otro medio de convicción que efectivamente la inculpada **SANDRA MILENA** se encontrara inmersa en la circunstancia de marginalidad, ni que haya sido ese entorno la que la llevó a delinquir, porque si bien es una persona de escasos recursos y que por ende vive en un sector de estrato socioeconómico bajo -barrio Las Brisas del sector de Villasantana-, no tiene impedimento alguno para trabajar tal como se soporta no solo con la información que se obtuvo al momento de verificar su arraigo donde se indicó que labora como vendedora ambulante en la venta de velas, sino que igualmente del testimonio entregado por quienes rindieron declaración extraproceso ante la Notaría Tercera del Círculo de Pereira se evidencia que la misma igualmente ha trabajado en oficios varios desde hace más de 21 años. Además, cuenta con una familia y con una residencia estable en la que convive con sus dos hijos, una hermana y su señora madre.

Se afirma que la señora **SANDRA MILENA RODRÍGUEZ** es adicta al consumo de sustancias, ya que de ello obra la manifestación de quienes rindieron declaración extraproceso donde expresan que ella inhala basuco desde hace 16 años, y un documento que aportó la defensa durante la audiencia de individualización de pena y sentencia suscrito por una bacterióloga, el cual no arroja claridad en relación con el examen presuntamente efectuado a la procesada, ya que de su contenido lo único que se extrae es que al parecer existió para la profesional en bacteriología un resultado que arrojó positivo para cocaína, pero ocurre que no es la referida profesional la directa encargada de emitir un dictamen relativo a si una persona es adicta o no a sustancias tóxicas, en tanto de conformidad con la guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses sobre adicción de sustancias[[1]](#footnote-1), los responsables de atender los lineamientos allí establecidos son: “[…] los peritos psiquiatras o psicólogos forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o cualquier psiquiatra o psicólogo debidamente entrenado y capacitado, que deban realizar una experticia forense sobre adicción a sustancias, en los casos señalados por la ley y rendir el respectivo informe pericial, en todo el territorio nacional”.

Así las cosas, en consonancia con lo concluido por la funcionaria a quo, los medios probatorios puestos de presente durante la audiencia del artículo 447 C.P.P. y reiterados en la argumentación contenida en el recurso, no acreditan el instituto de la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema con incidencia en el punible atribuido, por varias razones, a saber: (ii) si bien es posible que se trate de una persona adicta, esa circunstancia no le ha impedido vincularse laboralmente, como consta de las informaciones allegadas a la actuación y con ello procurar su sustento; (ii) no obstante y de considerarse su condición de consumidora de estupefacientes no es precisamente un acontecimiento del que pueda inferirse necesariamente su marginalidad, antes por el contrario, como así lo consideró la a quo, el precio de la sustancia que le fue incautada es bastante oneroso y no estaría en capacidad de adquirirla fácilmente; (iii) la cantidad de droga hallada en su poder es considerable, como quiera que se trataba en total de 60 papeletas de cocaína con un peso neto de 6.6 gramos, es decir, casi 7 veces la dosis personal, y la misma fue capturada en poder de dicha sustancia en un sector cercano a zonas que han sido reconocidas como de expendio de alucinógenos, por lo que su actividad como vendedora ambulante de velas podría facilitarle el transporte de dichos elementos y burlar con ello la actividad de las autoridades; y (iv) el que la procesada sea analfabeta, se dedique a la prostitución o resida en un sector deprimido de la ciudad, no son reflexiones suficientes para predicar *per se* su grado de marginalidad, ya que las reglas de la experiencia enseñan que no todos los individuos que se encuentran en igualdad de situaciones han incurrido en similar conducta, y muy a pesar de esas limitantes han tratado de salir adelante sin verse inmersas en actividades delictivas.

Todo lo anterior indica, que no nos encontramos frente a una persona que hubiese ostentado la categoría de marginal para el momento de la comisión del ilícito que se juzga; y, por tanto, no puede hablarse de que esa circunstancia haya tenido incidencia en la realización del comportamiento atribuido.

*- De la condición de madre cabeza de familia.*

Se analizará si es viable otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria negado por la funcionaria a quo a la sentenciada, con fundamento en que según lo depreca la defensa su representada ostenta la condición de madre cabeza de hogar.

En principio debe indicarse, como así lo expresó la funcionaria de primer nivel, que no procede la prisión domiciliaria conforme lo previsto por el canon 38 C.P. -sin la modificación introducida por la Ley 1709/14- al no cumplirse con el requisito de índole objetivo allí dispuesto, esto es, que la pena mínima que tiene el delito investigado no exceda de cinco años de prisión; ello, en cuanto de conformidad con lo reglado en el inciso 2º del artículo 376 C.P. que le fue imputado a la señora **SANDRA MILENA,** se resalta que la pena a imponer por la referida conducta oscila entre 64 a 108 meses de prisión, luego entonces, el tope inferior supera el exigido para que se viabilice el sustituto. De otra parte, analizada su situación a la luz de los nuevos dispositivos, tampoco se acreedora al beneficio con fundamento en la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014, ya que para su concesión se requiere que se trate de un delito distinto a los referidos en el inciso 2º. del artículo 68A C.P., dispositivo en el cual quedó claramente establecido que comportamientos como el que se juzga referidos al tráfico, fabricación o portes de estupefacientes, quedaron excluidos de su otorgamiento.

El artículo 1º de la Ley 750 de 2002 que regula lo concerniente a la prisión domiciliaria cuando se trata de madre o padre[[2]](#footnote-2) cabeza de familia, dispone: “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente”. Y para el asunto que nos concita es preciso establecer si la señora **SANDRA MILENA** **RODRÍGUEZ** en realidad ostenta la condición de madre cabeza de familia, para cuyo efecto es indispensable la remisión al artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, que a su vez modificó la Ley 82 de 1993[[3]](#footnote-3), el cual prescribe: “[…] es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente **o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar**” -resaltado fuera del texto-

Aprecia la Sala en concordancia con lo expuesto por la señora juez, que si bien es cierto la sentenciada tenía para la fecha de los hechos una hija de 16 años –quien en la actualidad ya es mayor de edad[[4]](#footnote-4)- se destaca que ésta cuenta con el apoyo de sus familiares. Así es porque en la residencia donde vive la joven también lo hace otro hijo de la hoy sentenciada -de 21 años para la época de los hechos-, una hermana, y su señora madre, todo lo cual contraría el presupuesto de “abandono absoluto” en que debe encontrarse la descendiente, como predicado indispensable para la prosperidad del sustituto.

No obstante argumentarse que la señora **SANDRA MILENA** es la encargada de aportar lo necesario para el sostenimiento de sus hijos, de tal circunstancia solo hicieron alusión dos personas que rindieron una declaración extraproceso en una Notaría, pero allí no se deja esclarecido que uno de los hijos de la acusada -mayor de edad- realizara estudios para esas fechas o tuviera alguna imposibilidad para proveerse su propio sustento y cooperar para el de su consanguínea, e igual evento acontece en relación con la hermana y la madre de la acusada, de quienes nada se informó a ese respecto.

No están llamados por tanto a ser atendidos los argumentos que contiene el recurso, y en relación con los restantes cuestionamientos puntuales que se esbozan en la impugnación, se dirá lo siguiente:

- *Existencia de un antecedente*

Argumentó el defensor, que la sentencia condenatoria que data del año 2005 y por similar delito en contra de su defendida, no puede hacer más gravosa su condición y por el contrario debe interpretarse como prueba de su adicción.

La argumentación, en criterio de la Corporación, no puede ser de recibo, porque: (i) aunque el fiscal expresó que a la señora **SANDRA MILENA** le figura un fallo adverso, la realidad procesal enseña que el mismo no fue tenido en consideración por la funcionaria a quo para realizar la dosificación punitiva, ni para negarle los subrogados y sustitutos pedidos, en tanto si no se le concedieron lo fue por no cumplirse a cabalidad los presupuestos exigidos por el ordenamiento legal.; (ii) lo que ese antecedente indica realmente, es que estamos en presencia de una persona que ya sabía a cabalidad las consecuencia de un proceder de esa naturaleza, y no obstante ello se decidió a incursionar de nuevo en igual ilicitud; y (iii) el que la persona comprometida sea adicta o no a las sustancias prohibidas, tal situación tiene límites, porque obviamente eso no la autoriza a portar cantidades con un exceso considerable como es el asunto que aquí nos concita; lo cual traduce que a ella no se le está sancionando por el simple hecho de tener la condición de drogodependiente, sino por arriesgarse a llevar consigo una cantidad que supera en grado sumo la dosis permitida, y en circunstancias que indican que no la llevaba exclusivamente para saciar su personal dependencia.

- *Principio de igualdad*

De la misma manera, no es admisible lo reseñado por el togado quien observa vulnerado el principio de igualdad contenido en el canon 13 Superior al negarse los beneficios que demanda para su cliente. Así se afirma en cuanto con ocasión de la aceptación de cargos se le concedió una disminución de pena equivalente a un 12.5% a la que tenía derecho en su condición de capturada en flagrancia, y si bien se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria -por ser madre cabeza de familia-, y no se le otorgó la situación de marginalidad, ello obedece al incumplimiento de las exigencias objetivas de orden legal para acceder a los subrogados o sustitutos, al análisis del factor subjetivo, y al estudio de los elementos de información aducidos por la defensa.

Al evidenciarse por tanto que la decisión adoptada por la Juez Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) se encuentra ajustada a derecho, se dispondrá su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de recurso.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. http://www.medicinalegal.gov.co/documents/48758/78081/G2.pdf/d9254b7d-fc6a-99d-9577-54cc13b4d685 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional C-184 de 2003 [↑](#footnote-ref-2)
3. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. [↑](#footnote-ref-3)
4. De conformidad con el Registro Civil, la joven L.T.R.G. nació en septiembre 29 de 1997. [↑](#footnote-ref-4)