REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PENAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Aprobado Acta # 572 del 14 de septiembre de 2015 H: 4:30 p.m.

Pereira, quince (15) de septiembre de dos mil quince (2015)

Hora: 9: 33 a.m.

Procesado:	JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ Y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ
Delito:	FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.
Radicación:	66045600061201500019-01
Asunto:	Recurso de apelación a auto que imprueba preacuerdo
Decisión:	Revoca auto confutado

V I S T O S:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y la Defensa del imputado en contra de la decisión proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apia, Risaralda, el diecinueve (19) de agosto de la presente anualidad, en el proceso seguido en contra de **JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ** , por la presunta comisión del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes en la modalidad de conservar, en virtud de la cual fue improbado el preacuerdo pactado entre la Fiscalía General de la Nación y la Defensa.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Da cuenta el escrito de acusación que el día 12 de febrero del año que avanza a eso de las 07:45 horas aproximadamente, personal adscrito al C.T.I en compañía del escuadrón móvil de carabineros de la Policía Nacional, se desplazaron con previa orden de allanamiento expedida el cuatro de febrero de esta misma anualidad, al inmueble ubicado en la Finca "La Estrella", vereda Itauri, del municipio de Pueblo Rico, Risaralda, donde fueron atendidos por los Sres. JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ Y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ, procediendo al registro del mismo encontrando un arma de fuego tipo escopeta, calibre 20 sin marca ni modelo, una pesa digital con capacidad para 500 gramos, una bolsa plástica de arroz en cuyo contenido estaban dos envolturas de color café y una en servilleta blanca que a su vez contenía la suma de $232.000 en moneda de diferentes denominaciones y una sustancia rocosa que al ser sometida a la prueba del P.I.P.H. resulto ser cocaína, arrojando un peso neto de 23.2 gramos.

En razón de lo anterior, se llevó a cabo la captura de JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ Y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ, realizándose el 13 de Septiembre las audiencias preliminares ante el Juez Promiscuo Municipal de Apia, Risaralda, donde se declaró legal la orden y la diligencia de allanamiento y registro así como la captura, siéndoles enrostrados por la Fiscalía cargos por la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente en la modalidad de conservar, a las voces del articulo 376 inc. 2 del C.P., cargos que no fueron aceptados por los procesados, retirando el Ente acusador la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El seis de abril de los corrientes se presenta por parte de la agencia Fiscal escrito de acusación ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apia, llevándose a cabo audiencia de formulación de acusación el diez de junio hogaño.

El diecisiete de julio del año que avanza se instala la audiencia preparatoria, donde se recibe por parte de la Fiscalía la solicitud de

aplazamiento de la diligencia, toda vez que las partes se encuentran adelantando diálogos con el fin de llegar a un preacuerdo, solicitud que es aceptada por el Juez de primer nivel, fijándose nueva fecha para el diecinueve de agosto, fecha en la que efectivamente la Fiscalía sustenta su solicitud de aprobación de preacuerdo, presentando evidencia física y los elementos materiales de prueba en los que sustenta su petito, exponiendo que a cambio de la aceptación de responsabilidad penal por parte de los procesados deberá serles reconocido el diminuente punitivo consagrado en el artículo 56 del C.P. por reconocimiento de la situación de marginalidad y pobreza extrema[1].

El Sr. Juez de instancia una vez escuchados los argumentos de las partes y los testimonios de ALEYDA y NUBIA VÉLEZ SERNA, decide improbar el preacuerdo celebrado por las partes, argumentando que no se encuentran probadas las circunstancias de marginalidad y extrema pobreza, razón por la cual la Fiscalía interpone el recurso de apelación mismo que es coadyuvado por la Defensa y concedido en el efecto suspensivo[2].

L A P R O V I D E N C I A I M P U G N A D A:

Como bien lo dijimos con antelación, se trata de la providencia interlocutoria proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apia, Risaralda, el diecinueve (19) de agosto de la presente anualidad, en virtud de la cual fue improbado el preacuerdo pactado entre la Fiscalía General de la Nación y la Defensa.

Respecto de las razones por las cuales el Juez *A quo* no accedió a lo deprecado por las partes, inicialmente observamos que procedió a explicar que la Fiscalía es la titular de la acción penal, y por lo mismo se deben de seguir los derroteros impuestos por la Sala de Casación Penal – sentencia 31280- y la Corte Constitucional – sentencia C-1260 de 2005- por lo cual la función del Juez es la de

[1] Es de anotar que en el escrito del preacuerdo, se estipuló que en compensación a la declaratoria de responsabilidad penal de los acriminados, ellos además de hacerse acreedores del descuento punitivo del 8,33% de la pena a imponer, también serían beneficiarios de las atemperantes punitivas propias del estado de marginalidad y pobreza extrema consagrado en el artículo 56 C.P.
[2] En el recurso, se dejó la constancia que no fueron revisados por el despacho los elementos materiales de prueba presentados por la Fiscalía para tomar la decisión objeto del recurso de alzada.

verificar la no vulneración de garantías y derechos del procesado en la suscripción del preacuerdo, y de verificar que no se atente contra la legalidad en la adecuación de los delitos y las penas –*como parte del debido proceso-.*

Argumenta el A quo, que no puede aprobarse el preacuerdo celebrado entre las partes con reconocimiento de las circunstancias de marginalidad o pobreza extrema toda vez que no se encuentran probadas dentro del proceso, y que estas hayan tenido relación con la comisión del injusto penal, máxime cuando los procesados viven en una finca de donde pueden derivar su sustento de los productos de pan coger a los que tienen acceso en el predio en el que habitan, sobre todo si se tiene en cuenta que solo velan por su propio sustento, donde poseen las condiciones básicas que se esperan de la dignidad humana.

Continúa su argumento en manifestar que los procesados a pesar de tener escasa escolaridad, no están en un estado de ignorancia, toda vez que tienen la capacidad para manejar el dinero, una pesa, y ganado que poseen en compañía con los vecinos, razones por las cuales, no hay justificación alguna para enmarcar dentro de los parámetros establecidos por el artículo 56 del C.P. la conducta asumida por los Ser. JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ, improbando el preacuerdo presentado por la Fiscalía.

L A A L Z A D A:

La Fiscalía fundamenta su disenso en exponer que con los testimonios practicados sumados a la evidencia y los elementos materiales de prueba *(los formatos de arraigo, acta de la diligencia de registro y allanamiento, fotografías en los informes*), se logró probar la situación de marginalidad y extrema pobreza de los procesados.

Manifiesta que la residencia en la que habitan los hoy encausados es humilde y no es de propiedad de los mismos, que se encuentra

a una hora de la cabecera municipal donde no llega vehículo y que si bien se dijo que allí había algunas plantas de yuca y cacao de donde estos derivaban su sustento no se puede pensar que esto sea suficiente para la subsistencia, que el régimen de salud al que se encuentran afiliados es subsidiado, lo que es más que prueba de la situación de pobreza, porque no es necesario hablar de un habitante de calle para considerar que se esté en frente de una situación de marginalidad.

Continúa exponiendo que se probó que el Sr. JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ solo trabaja en la finca en los poco cultivos que hay en el predio y la Sra. BALVANERA SERNA DE VÉLEZ es ama de casa, ambos con la escasa escolaridad de segundo de primaria, es ilógico pensar que alguien que tenga de donde obtener un sustento digno viva en un lugar como en el que viven, manifiesta que ambos son adultos mayores ya que sobrepasan la edad de 60 años, y no hacen parte de ningún programa de protección de la tercera edad.

Finalmente afirma que la situación económica de los procesados bien puede llevarlos a cometer el injusto penal de conservar sustancia estupefaciente, toda vez que con esto pueden ayudarse a su supervivencia y a superar de manera ínfima su difícil economía.

Por lo anterior solicita se revoque la decisión del A quo y se apruebe el preacuerdo presentado por las partes.

La apoderada de la defensa como no recurrente solicita la revocatoria de la decisión tomada por el A quo, aprobándose el preacuerdo celebrado por las partes, por cuanto está claro que no es necesario que se hable de un habitante de calle para estar cobijado por el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad.

Argumenta que el hecho de tener unos pocos cultivos no es sinónimo de una gran explotación económica y que de acuerdo a los elementos materiales de prueba se puede observar la casa

donde habitan los procesados, donde salta de bulto que la vivienda es humilde y pobre, lo que demuestra que carecen de recursos económicos y no tienen bienes de fortuna.

Que debe ser valorado por parte del fallador las circunstancias particulares de los procesados, toda vez que no solo son personas con muy escasa escolaridad, sino que también las edades ostentadas por ambos son de 60 años, lo que los hace vulnerables y merecedores de especial protección.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Según lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 C.P.P., ésta Corporación, en su Sala Penal de Decisión, es la competente para asumir el conocimiento de la presente alzada, no sin antes declarar que hasta esta etapa procesal no se avizora nulidad alguna que haga inválida la actuación.

- Problema Jurídico:

De lo expuesto en las tesis invocadas por los recurrentes - la Defensa y la Fiscalía, al momento de sustentar las alzadas, a juicio de la Sala se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Se cumplían o no con los presupuestos necesarios para que la Judicatura no le impartiera aprobación a un preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa, en el cual los procesados admitían su responsabilidad criminal en la comisión del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Sustancia Estupefaciente, en la modalidad de conservar, a cambio que la Fiscalía reconociera que cometieron el reato bajo estrictas condiciones de marginalidad y extrema pobreza tal como lo consagra el artículo 56 del C.P. e igualmente se hicieran acreedores a un descuento punitivo del 8,33% de la pena a imponer?

- **Solución:**

Esta Colegiatura en oportunidades anteriores ha realizado un análisis respecto de los controles que debe ejercer el Juez de Conocimiento al momento de verificar la legalidad de alguno de los mecanismos de terminación abreviada de los procesos, acorde a lo establecido en la legislación procesal penal vigente como de la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en dicha ocasión se refirió de la siguiente manera:

> ***"Los controles que debe ejercer el Juez de Conocimiento al momento verificar la legalidad de los preacuerdos y las negociaciones.***
>
> *Como consecuencia de la implementación del Sistema Penal Acusatorio mediante el Acto Legislativo # 03 del 2.002 y la Ley 906 del 2.004, fueron introducidas una serie de innovaciones para la procedencia de los mecanismos de terminación abreviada de los procesos Vg. Allanamiento a cargos y Preacuerdos, al darle una mayor relevancia al derecho que le asiste a los procesados de renunciar a ser juzgados en un juicio oral, público, concentrado e imparcial con inmediación de la prueba, lo que conllevó a que a los Jueces que ejercieran las funciones de Conocimiento le fuesen otorgadas mayores facultades al momento de ejercer el respectivo control de legalidad para la aprobación de dichos mecanismos de terminación abreviada de los procesos penales.*
>
> *Así tenemos que a partir del momento en que el imputado, acorde con lo consignado en los artículo 8º, literal l, 131 C.P.P. decide renunciar al Derecho que le asiste a ser procesado en un juicio oral, ya sea porque de manera unilateral decidió aceptar los cargos que le fueron enrostrados o porque llegó a algún tipo de acuerdo o convenio con la Fiscalía General de la Nación, surge el deber Constitucional y legal para el Juez de verificar la legalidad de dichas actuaciones procesales, con el fin de impartirle su correspondiente aprobación o improbación.*
>
> *Según las voces del artículo 351 C.P.P. una de las finalidades esenciales de los controles que ejerce el Juez de Conocimiento al momento de verificar la legalidad de alguna medida de terminación abreviada del proceso penal, tienen como norte verificar si con los mismos se ha presentado algún tipo de vulneración, quebrantamiento o desconocimiento de* ***«Garantías Fundamentales»****; pero como quiera que dicho*

término es muy amplio y genérico, se hace imperioso determinar cuál sería su verdadero contexto dentro del escenario del proceso penal. Por ello, en opinión de la Sala, dichas "Garantías Fundamentales", están relacionadas con ese cúmulo de derechos que le asiste a una persona que se encuentre sometida a un proceso jurisdiccional o administrativo, las cuales han sido denominadas como «Debido Proceso». Dentro de ese conjunto de Derechos y Principios que integran el concepto de Debido Proceso, acorde con lo consignado en el bloque de Constitucionalidad[3] y el artículo 29 de la Carta, vale la pena destacar los siguientes: a) El principio de Legalidad; b) La presunción de Inocencia; c) El Derecho a ser asistido, representado y asesorado por un Abogado; d) El Principio del Non Bis Ibídem, etc…

Además de lo anterior, el Juez del Conocimiento, acorde con lo consignado en el artículo 293 C.P.P. (modificado por el artículo 69 de la Ley 1.453 de 2.011), está en la obligación de verificar que el preacuerdo o el allanamiento a cargos esté exento de vicios del consentimiento, es decir, que el procesado para poder llegar al mismo, tuvo que hacerlo de manera consciente, voluntaria, libre, espontánea y debidamente asesorado por su apoderado judicial"[4].

De acuerdo a lo anterior y con el fin de reiterar sin extenderse en lo ya ampliamente dicho por esta Sala en anteriores asuntos de similar consideración, se concluye entonces que el juez de conocimiento al momento de verificar la legalidad de una de las formas de terminación abreviada del proceso – por allanamiento a cargos, preacuerdo o negociación, debe velar por que se cumplan los siguientes aspectos:

1) Que el acto procesal de terminación abreviada del proceso no esté afectado por ningún tipo de vicios del consentimiento e igualmente que el encausado al momento de allanarse a los cargos o de preacordar con la Fiscalía, lo haya hecho de manera voluntaria, libre, espontánea y con consciencia de lo que hacía; todo ello con el debido acompañamiento y asesoría de un profesional del Derecho.

[3] Artículo 8º de la Ley 16 de 1.972 -Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- y artículo 14 de la Ley 74 de 1.968 -Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-.
[4] Sentencia del 16 de junio de 2014, Radicación # 66001 60 00035 2012 04835 01

2) Que el preacuerdo o la negociación sean respetuosos de los fines que filosóficamente justifican su existencia, así como de los postulados que orientan el Derecho Premial.

3) El Preacuerdo o la negociación debe ser respetuoso de los postulados que orientan el Principio de Legalidad. Lo cual quiere decir que no puede existir duda alguna sobre la adecuación típica de la conducta punible objeto del convenio. Igualmente en aquellos casos en los cuales se haya tasado la pena, esta debe obedecer los principios y las funciones que la rigen así como las reglas de dosimetría punitiva según lo expuesto por la Corte en la Sentencia 24531[5].

4) Que exista un mínimo probatorio que desvirtué la presunción de inocencia que le asiste al procesado y que por ende se cumplan los requisitos que son necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria.

5) Verificar si: a) Existe alguna limitación, constitucional o legal, que condicione la celebración del acuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa, como acontece en la hipótesis del reintegro consagrada en el artículo 349 C.P.P.; b) La existencia de alguna prohibición en lo que tenga que ver con la concesión de beneficios o contraprestaciones a favor del procesado, como sucede en aquellos casos que de secuestro o extorsión, o cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad víctima de un delito sexual; c) Como consecuencia de la contraprestación, acorde con lo reglado en el artículo 351 C.P.P. el procesado resulta siendo beneficiario de más de un beneficio.

6) La coherencia que debe haber entre el núcleo fáctico de la formulación de la imputación y la calificación jurídica de los hechos, los cuales a su vez se constituyen en el norte que deben ser tenidos en cuenta por las partes respecto de los hechos y

[5] Sentencia del cuatro de mayo de dos mil seis. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

delitos que son objeto del preacuerdo o del allanamiento a cargos. El tema objeto de control de legalidad por parte del Juez de Conocimiento, lo constituyen las premisas fácticas y jurídicas, es decir los hechos jurídicamente relevantes y su correspondiente calificación jurídica, que fueron plasmadas ya sea en la formulación de la imputación o en el escrito de acusación. Al respecto se señala que el criterio de la Corte es en el siguiente sentido:

> *"En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual, cualquier error en la denominación jurídica de la conducta no implica que tenga algún tipo de relevancia dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones, pues, más allá de la intangibilidad de la situación fáctica inicialmente atribuida, lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso……"*[6].

7) A modo de complemento del anterior requisito, en lo que tiene que ver con la contraprestación que la Fiscalía le debe conceder a la Defensa como consecuencia de preacuerdo, en caso que esta implique el reconocimiento de una circunstancia modificadora de los limites punitivos que de una u otra forma repercutan en la tipicidad de la conducta, esta Colegiatura ha sido de la opinión que debe haber un mínimo probatorio que a modo de discusión o controversia permita inferir, sin necesidad de certeza, sobre la posible o probable existencia de ese evento.

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 de octubre de 2008. Proceso rad. 29.979. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Es de anotar que los argumentos basilares que han sostenido la línea de pensamiento que en tal sentido ha sostenido esta Colegiatura son los siguientes:

> *"Es perfectamente posible que las partes acuerden el reconocimiento de una atenuante, como lo es la circunstancia a la que se contrae el artículo 56 del estatuto punitivo, sin que para ello se tenga que sostener que debe existir plena prueba a ese respecto.*
>
> *Lo que se acaba de decir tiene su lógica, en cuanto si en verdad se tuviera plena demostración del referido instituto en el caso concreto, lo que procedería no es un preacuerdo, sino simple y llanamente la concesión de la diminuente punitiva por derecho propio.*
>
> *Es entendido que aquello que se preacuerda es lo que no está plenamente demostrado y por lo mismo es una ganancia de la parte que accede a ello a cambio por supuesto de admitir su culpabilidad.*
>
> *Lo dicho guarda armonía con lo que sucede con el principio de oportunidad, porque para que éste opere, al menos debe existir un principio probatorio en cuanto a la existencia del ilícito; de no ser así, no tiene sentido dar aplicación a la figura y lo que corresponde es la preclusión.*
>
> *Obviamente, también hay lugar a ciertas y determinadas concesiones punitivas por vía de una negociación, no obstante que exista prueba plena al respecto. Pero esto sucede en el caso de las agravaciones punitivas, porque es sabido que una de las formas de preacordar es precisamente la eliminación de un agravante cuando por supuesto está debidamente demostrado, o al menos existe un principio de prueba al respecto y se presume que el ente acusador intentará demostrar su existencia en juicio.*
>
> *Ahora bien, que así sea, es decir, que solo se negocie lo que está en duda respeto a las atenuantes punitivas, o aquello otro que posea un respaldo probatorio serio como en el caso de las agravantes, no significa que a partir de allí todo sea factible de negociarse, porque hay lugar a sostener que una de las reglas que orientan el tema de las terminaciones anormales del proceso, es que NO SE PUEDE TRANSAR LO INTRANSABLE, y es aquí donde radica la imposibilidad de acceder a lo pretendido por las partes en conflicto. Se explica:*

Decir que no se puede transar o transigir lo intransable o intransigible, significa que existen unos parámetros objetivos que no se pueden variar sin romper la realidad procesal. Sería el caso, por ejemplo, que se pretendiera decir, contra toda lógica, por vía de una negociación, que se entienda que el material alucinógeno incautado no era cocaína sino marihuana o viceversa. O que no obstante saberse que la víctima falleció, se entienda igualmente en forma absurda que se está ante unas simples lesiones.

Como se aprecia, existen unos límites inamovibles que no pueden ser fuente de negociación….".

(…) La posibilidad de negociar no significa que a cualquier acusado se le pueda cobijar con cualquier beneficio, porque, repetimos, se requiere al menos un principio probatorio que haga viable esa opción en cuanto la atenuante que se propone pueda llegar a existir y su procedencia esté librada a un debate en juicio oral.

Podría hacerse incluso un paralelo con lo que acontece, por ejemplo, con la ira e intenso dolor, que como se sabe es otra atenuante punitiva, acerca de la cual se ha dicho que poseen dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. Se requiere que al menos la parte objetiva –no así la subjetiva- esté presente para que se haga viable el preacuerdo. Como quien dice que si ni siquiera los elementos básicos de la ira se dan en un caso concreto, la negociación estaría llamada al fracaso…"[7].

Reiterado lo anterior y tomado como marco conceptual en el caso a estudio, se tiene que la inconformidad de la Fiscalía se fundamenta en la no aprobación del preacuerdo por parte del A quo, quien basó su negativa al considerar que no existe prueba alguna en el proceso con la cual se demostrará la situación de marginalidad y de pobreza extrema de los encartados, aunado a la inexistencia del nexo de causalidad que debe existir entre la comisión del injusto penal y la supuesta condición de pobreza extrema argumentada por el ente acusador.

Con el fin de resolver la controversia de manera clara y eficaz deben entonces verificarse precisamente estos dos aspectos:

[7]Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Providencia del 29 de enero de 2.015, radicado # 201300223-01. M.P. Jorge Arturo Castaño Duque. {Subrayas fuera del texto}.

- ¿Se encuentra dentro del presente caso ese mínimo de prueba de las circunstancias de marginalidad y pobreza extrema de los encausados?

- La relación de causalidad que debe existir entre la comisión del delito y las aludidas circunstancias de marginalidad y pobreza extrema, que permitan pregonar que los Procesados cometieron el reato como consecuencia de dichas circunstancias.

Sea lo primero decir que es al juez de conocimiento a quien le compete determinar si de los medios de conocimiento allegados al proceso se pueda deducir tal situación, deberá realizar una ponderación del preacuerdo y los elementos materiales de prueba que sean presentados con este, máxime si lo que se pretende es el reconocimiento de un estado de marginalidad y pobreza extrema como en el presente caso, entonces si la situación fáctica de los encartados no se acopla con el estado alegado por la Fiscalía mal podría el juez que verifica el preacuerdo darle validez, cuando la negociación vulnera de manera flagrante el principio de legalidad al querer aplicar una norma sin el fundamento fáctico.

Sin embargo a lo anterior, a criterio de la Sala la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema se soportó en medios de conocimiento allegados por la Fiscalía, incluso como bien lo adujera la Sra. Fiscal Delegada, las mismas fotografías que enseñan la vivienda en el informe de investigador de campo y el formato de arraigos, aunado a los testimonios de las Sras. ALEYDA y NUBIA VÉLEZ SERNA quienes en su relato dejaron sentada la situación de pobreza de su progenitora y padrastro, existe evidencia de que no se trata de mera especulación e ideación por parte de la representante del Ente acusador, aunque para llegar a esta conclusión era necesario realizar un estudio de los elementos de prueba allegados por la Fiscalía, lo cual no fue hecho por el A quo, quien de manera descuidada tomó una decisión de improbación sin realizar el estudio de ponderación debido, tal como lo admite en la constancia dejada por el mismo de forma desatinada al final de la audiencia, momento en el que concede el presente recurso.

Finalmente debe recordarse que para que no se dieran las condiciones de encontrarse los encartados en situación de pobreza extrema, sería necesario que pudiese colegirse que estos poseen los medios para tener una vida digna, y no como lo es en el presente asunto donde los medios de subsistencia que poseen los encausados si bien les permite sostener la vida, no lo es así frente a las condiciones de dignidad debidos por todo ser humano.

Absuelto el primer interrogante, pasa la Sala a determinar la existencia del nexo causal entre el delito imputado y la circunstancia de atenuación punitiva alegada por el Ente acusador. Para lo cual es preciso reiterar la relación de causa y efecto que debe existir entre las condiciones de marginalidad o pobreza extrema y la comisión del delito y de esa forma el estado de pobreza haya sido un factor determinante para que la voluntad del actor de la conducta punible se inclinara hacia la comisión del injusto penal.

En el caso a estudio se tiene que la conducta endilgada a los procesados por parte de la Fiscalía es tráfico, fabricación o porte de sustancia estupefaciente, en la modalidad de conservar, por habérseles encontrado en su residencia la cantidad de 23.2 gramos de cocaína. Ahora bien, frente a esto llama fuertemente la atención cómo la marginalidad o la pobreza extrema que aquejan a los procesados los puede llevar a **CONSERVAR** sustancia estupefaciente. Por ello sería válido entonces preguntar: ¿en qué les ayuda a sus condiciones de vida conservar sustancia estupefacientes?

La respuesta para la Sala al anterior interrogante debe ser negativa, si partimos de la base que entre las diferentes acepciones que ameritaría la palabra *"Conservar"*, según el diccionario de la Real Academia Española[8], las que más se adecuarían al presente asunto serían las siguientes: a) **"Mantener**

[8] Consulta realizada a la página web http://www.rae.es/ el día 9 de septiembre hogaño a las 10:55 horas.

algo o cuidar de su permanencia"; b) "**Guardar con cuidado algo".**

Por lo que sería válido colegir que de buenas a primeras no existiría ninguna relación de causalidad o de medio a fin entre el hecho de guardar o cuidar en un inmueble una sustancia estupefaciente y el estado de marginalidad o extrema pobreza que aquejaría al sujeto agente. O más bien diciéndolo en otros términos ¿de qué manera el mero y simple acto de guardar, mantener o cuidar en un inmueble una sustancia estupefaciente puede paliar las condiciones de marginalidad o de extrema pobreza que afectarían a una persona?

Siendo así las cosas, considera la Sala que el A quo estuvo atinado, porque en efecto en el presente asunto a simple vista no existe el enunciado nexo de causalidad que se requiere para la procedencia de las atemperantes punitivas reguladas en el artículo 56 del C.P.

Aspecto que le llama poderosamente la atención a la Sala, que de una u otra forma tendría incidencia en lo que atañe con el no reconocimiento de la diminuente punitiva de marras, lo que podría ser consecuencia del error en el que cayó la Agencia Fiscal al momento de adecuar la situación fáctica a la jurídica e imputar por el delito de tráfico de estupefaciente en una modalidad que en nuestra opinión es incorrecta.

Para llegar a dicha conclusión, solo basta con llevar a cabo una lectura del escrito de acusación y del encarpetado allegado a esta Colegiatura para estudio, de lo que se observa bien como la actividad que de acuerdo a las informaciones allegadas por la fuente humana, además de los hallazgos realizados en el momento de la diligencia de registro y allanamiento, desempeñaban JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ, era el tráfico de estupefacientes en la modalidad de VENDER y no de CONSERVAR como erradamente lo imputo la agencia Fiscal, si bien la formulación de imputación es un acto procesal del cual se dice que es dueño el Ente Acusador, pero a fin de evitar arbitrariedades

y abusos, la Fiscalía debe actuar de manera seria y responsable, tanto es así que al acusar o imputar, el norte a seguir es que dichas actividades deben conservar congruencia o coherencia entre los hechos y la adecuación típica de esa conducta.

Por lo anterior no puede hablarse entonces de que exista ese nexo causal entre lo fáctico y lo jurídico que permita la aplicación del diminuente punitivo del que habla el artículo 56 del C.P. toda vez que no se vislumbra como el CONSERVAR sustancia estupefaciente pueda ser influido por el estado de pobreza extrema.

Finalmente se tiene que dentro del presente caso, la Fiscalía, además del reconocimiento del estado de extrema marginalidad, erradamente le ofreció a los procesados en el preacuerdo celebrado la rebaja del 8.33% sobre la pena a imponer en contraprestación del allanamiento a cargos, olvidando que en esta negociación, según las voces del inciso 2º del articulo 351 C.P.P. no pueden ser otorgados dobles beneficios a los procesados, puesto que acorde con el principio de racionalidad, solo pueden hacerse acreedores a una única contraprestación como compensación por haberse sometido a una modalidad de terminación abreviada del proceso.

En resumidas cuentas, considera la Sala con base en las razones antes aludidas, que el preacuerdo puesto a consideración del A quo no era susceptible de ser aprobado, como atinadamente lo hizo el señor Juez Promiscuo del Circuito de Apia, Risaralda, quien despacho de manera desfavorable lo pedido por el Ente Acusador.

Ante tal situación, la Sala concluye que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada y por ende se confirmará la providencia confutada.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el proveído proferido en la audiencia celebrada el 19 de agosto de la presente anualidad, en virtud de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apia, Risaralda, improbó el preacuerdo pactado entre la Fiscalía General de la Nación y la Defensa de los Señores **JESÚS MARÍA EUSE VÉLEZ y BALVANERA SERNA DE VÉLEZ**, en el proceso adelantado por el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

SEGUNDO: Las partes quedan notificadas por estrado y contra la presente decisión no procede recurso alguno.

N O T I F Í Q U E S E Y C Ú M P L A S E:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria