REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Aprobado mediante acta No. 548 de 04/09/2015: 08:30 hrs

Pereira (Risaralda), cuatro (04) de Septiembre del Dos mil Quince (2.015).
Hora: 9:53 a.m.

Procesado:	GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ
Delitos:	Tráfico de estupefacientes
Radicación:	66001600003520140011 7-01
Procede:	Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto:	Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión:	Confirma fallo confutado

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el veintisiete (27) de abril de 2.015 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso adelantado en contra del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, a quien le endilgaron cargos de incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos tuvieron ocurrencia en esta municipalidad a la altura del barrio Villa Ligia III a eso de las 18:40 horas del 10 de enero de 2014, cuando efectivos de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje, observaron a un joven que se desplazaba a pie y al notar la presencia policial arrojó una bolsa, momento en el cual procedieron a practicarle una requisa de control al ciudadano GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, y verificando el contenido de la bolsa se encuentran con que esta tenía 30 bolsas que en su interior a su vez cada una de ellas contenían 30 papeletas para un total de 900 papeletas de una sustancia pulverulenta, la que al ser posteriormente sometida a la prueba del P.I.P.H. resultó ser cocaína, arrojando un peso neto de 93.6 gramos.

El 11 de enero de 2014 se llevan a cabo ante el Juzgado 7º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías las audiencias preliminares en donde se procedió a impartir legalidad a la captura del ahora Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, y posteriormente la Fiscalía le enrostró cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Tráfico de estupefacientes tipificado en el inciso 2º del articulo 376 C.P.P. en la modalidad de llevar consigo. Dichos cargos fueron aceptados por el entonces indiciado, quien se allanó a los mismos. Finalmente, en lo que tiene que ver con la solicitud de definición de situación jurídica, el Ente Acusador declinó de dicha petición, por lo que en esa vista se ordenó la libertad del Imputado.

Como consecuencia del allanamiento a cargos efectuado por parte del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, en donde el día 17 de abril del año que avanza se llevaron a cabo las correspondientes

audiencias de verificación del allanamiento a cargos e individualización de pena y sentencia.

La audiencia de lectura del fallo se realizó el veintisiete (27) de abril de los corrientes, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes bajo la modalidad de llevar consigo. En contra de dicha decisión la Defensa interpuso y sustentó de manera escrita un recurso de apelación.

EL FALLO CONFUTADO:

Se trata de la sentencia proferida el veintisiete (27) de abril del año que transcurre por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira en la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes bajo la modalidad de llevar consigo.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal el Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ fue condenado a la pena de sesenta (60) meses y veinticuatro (24) días de prisión y al pago de una multa de 17.5 SMLMV. De igual forma en dicho fallo al acriminado le fue negado el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Los argumentos aducidos por la Jueza A quo para proferir el fallo condenatorio, se fundamentaron en las evidencias que demostraban la captura en flagrancia del acriminado cuando llevaba consigo una bolsa que contenía 30 bolsas que a su vez contenían 30 papeletas para un total de 900 papeletas que contenían una sustancia pulverulenta, la que al ser posteriormente sometida a la prueba del P.I.P.H. resultó ser cocaína, arrojando un peso neto de 93.6 gramos. A lo cual se

hacía necesario adicionar la decisión del Procesado de allanarse a los cargos que le fueron enrostrados durante la audiencia de formulación de la imputación.

Es de anotar que en dicho proveído el A quo no accedió a las pretensiones impetradas por la Defensa en el sentido que se le reconozca al encausado la atemperante punitiva del estado de marginalidad, para lo cual argumentó que no puede relacionarse directamente la calidad de consumidor con la supuesta existencia de una situación de marginalidad que aquejaba al procesado respecto de su decisión de incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes; aunado a lo anterior al momento de realizar la dosificación punitiva la Juez A quo, se sitúa en el cuarto mínimo de punibilidad, pero no impone la pena mínima por cuanto considera que la cantidad por poco sobre pasa los 100 gramos de sustancia estupefaciente que haría necesariamente que la conducta se hubiese ubicado en el inciso tres del artículo 376 del C.P., razones por las cuales tasó la pena en 69.5 meses de prisión y en 20 SMLMV para la pena de multa, que aplicado el descuento punitivo del 12.5% da un total de 60 meses y 24 días de prisión y multa de 17.5 de SMLMV.

Con base en los anteriores argumentos, la Jueza de instancia procedió a declarar penalmente responsable al Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ de los cargos por los cuales se allanó en la audiencia de formulación de la imputación.

LA ALZADA:

La tesis del disenso de la recurrente con el fallo opugnado, se origina en la negativa de la Jueza A quo de no reconocerle al Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ la diminuente punitiva del estado de marginalidad extrema, generado como consecuencia de la condición de adicto del encausado.

Señala la recurrente que la situación de marginalidad de su prohijado se encontraba más que probada dentro del proceso por parte de la Defensa, donde se logró allegar evidencia de la condición de adicto de su defendido, evidencia en la que además se encuentra un dictamen del Instituto de Medicina Legal que da cuenta de la condición de consumidor de JIMÉNEZ DÍAZ.

Expone la recurrente que la A quo desconoció las pruebas que en su debida oportunidad fueron aportadas por la Defensa en el proceso, las cuales tienen que ver con sendas entrevistas rendidas por quienes conocen al encausado, además de como ya se dijo el dictamen de medicina legal y los resúmenes de la historia clínica emitidos por el Hospital Mental de Risaralda (HOMERIS), con las que se acreditaba que el acriminado es un farmacodependiente, el cual, por tales circunstancias, se encuentra en las condiciones de un estado de marginalidad, lo que ameritaba que se le reconociera las diminuentes punitivas propias de dicho estado.

De igual forma la recurrente en la alzada expresó su inconformidad con la tasación de la pena efectuada por parte de la Juez de primer nivel, quien para su criterio, sin razón válida decidió no partir de la pena mínima sin tener en cuenta que el Procesado carecía de antecedentes penales, además de existir solo circunstancias de atenuación punitiva.

Argumenta la defensa en su alzada que al Procesado por el principio de favorabilidad y acorde con la fecha de ocurrencia de los hechos, el 10 de enero de 2014, se le debió reconocer el subrogado penal de la suspensión condicional de la pena, porque la pena a imponer al encausado no rebasaría los 3 años de prisión en caso de reconocerse el diminuente punitivo del artículo 56 del C.P. -estado de marginalidad-, y aplicando entonces la rebaja de la sexta parte del mínimo sumada a la rebaja por allanamiento a cargos aunada al hecho que la

modalidad imputada fue llevar consigo y no otra más gravosa. Dándose de esa forma el requisito objetivo y subjetivo para concedérsele a GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ el subrogado penal, toda vez que por su condición de adicto el hoy sentenciado no requiere tratamiento penitenciario.

Con base en lo anterior, la recurrente solicita la revocatoria del fallo confutado para que de esa forma se reconozca que el Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ cometió la conducta punible bajo la influencia de una situación de marginalidad extrema, lo que implicaría que deba hacerse merecedor de los descuentos punitivos que para tal fin consagra el articulo 56 C.P. y se dosifique la pena partiendo del mínimo establecido para la misma.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- COMPETENCIA:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora irregularidad alguna que pueda viciar de nulidad la actuación procesal.

- PROBLEMA JURÍDICO:

Acorde con los argumentos propuestos tanto por parte de la apelante, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con los presupuestos necesarios para considerar que el Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ al momento de la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, lo hizo bajo el influjo de un estado de marginalidad extrema que ameritaba que se le reconocieran los descuentos punitivos del artículo 56 C.P.?

- SOLUCIÓN:

Para poder solucionar el problema jurídico principal propuesto por la recurrente en la alzada, el cual gira en torno al reconocimiento en favor del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ de las atemperantes punitivas consagradas en el artículo 56 C.P. a las que tendría derecho como consecuencia de su condición de adicto a los estupefacientes, considera la Sala que no le asiste la razón a la recurrente y más por el contrario la A quo estuvo atinada cuando decidió no reconocerle al Procesado de marras esos descuentos punitivos, porque en efecto por el simple hecho que una persona padezca del flagelo de la adicción a los narcóticos, ello automáticamente no quiere decir, como de manera desacertada lo propone la recurrente, que ese sujeto se encuentre en las condiciones de marginalidad extrema consagrada en el artículo 54 C.P.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta que el estado de marginalidad extrema, regulado en el artículo 56 C.P. se caracteriza porque la persona a quien se le endilga la comisión de un delito, lo haya cometido amparado bajo alguna circunstancia que impliquen que se encuentre apartado o alejado de la sociedad, que no esté integrado a la comunidad, o que se considere como una especie de paria por no hacer parte de la misma, lo cual podría incidir para que no pueda comprender o asimilar en debida forma el injusto penal.

Además de lo anterior, acorde con la redacción de la norma, se desprende que para que para la procedencia de la atemperante punitiva de marras, no solo basta con la acreditación de dichas circunstancias, puesto que también debe existir una especie de relación de causalidad entre las condiciones de marginalidad extrema y la comisión del delito, lo cual quiere decir que la perpetración de la conducta punible debe ser una consecuencia directa de las condiciones de marginalidad o de pobreza extrema que aquejan al sujeto agente.

En el caso a estudio y teniendo claro lo ya dicho por la Sala en el anterior marco conceptual, esta Colegiatura encuentra que no están llamados a prosperar los reproches de la recurrente en contra del fallo confutado, porque las evidencias presentadas por la Defensa para demostrar el estado de marginalidad de GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, solo logran acreditar la condición de consumidor del procesado, mas no demuestran de ninguna forma que este se encuentre alejado de la sociedad o que no haga parte de ella por ser farmacodependiente, por el contrario, en las entrevistas, incluso en el dictamen de medicina legal, se evidencia que el mismo tiene arraigo en la sociedad, que es parte activa de su núcleo familiar, donde como bien lo declarara su señora madre, MARIBEL DÍAZ MEJÍA, es el quien le ayuda con la manutención y crianza de sus hermanos, esto no es un comportamiento que asumiría alguien que se encuentre cobijado por un estado de marginalidad.

Además, del contenido de la actuación procesal, se desprende que no se daban las condiciones para que de manera excepcional esa petición pudiera ser aducida en la audiencia de individualización de pena y sentencia, puesto que desde un principio no se avizoró que existiera algún medio de conocimiento, que lograra demostrar que el Procesado JIMÉNEZ DÍAZ al momento de cometer el delito se encontraba afectado por un estado de marginalidad extrema, toda vez que

como bien lo adujera la Juez A quo, la condición de adicto no es sinónimo de marginalidad como pretende hacerlo ver la recurrente en su disenso.

En resumidas cuentas, concluye la Sala que a pesar de aducirse la condición de narcoadicto del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, en ningún momento con las pruebas aducidas por la Defensa se pudo demostrar que el acusado se encontraba al margen o excluido de la comunidad o de la sociedad, ni mucho menos que como consecuencia de esa condición de paria, que insistimos no fue demostrada, el procesado se vio en la necesidad de cometer el delito por el cual se allanó a los cargos.

Con base en lo anterior, la Sala le concede la razón a la decisión tomada por la A quo en el fallo confutado en el sentido de no conceder en favor del procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ el diminuente punitivo consagrado por el artículo 56 del C.P.

Ahora bien, frente al otro tema objeto de inconformidad propuesto por parte de la recurrente, el cual está relacionado con una supuesta aplicación del principio de favorabilidad en lo que tiene que ver con las disposiciones originales del Código Penal que regulan el tema de los subrogados penales, las cuales por ser más beneficiosas a los intereses del procesado implicarían la inaplicación de la Ley 1709 de 2014. En tal sentido, la Sala considera que la tesis propuesta por la recurrente no puede ser de recibo, por la sencilla razón que cuando ocurrieron los hechos, el 10 de febrero de 2.014, ya había entrado en vigencia la Ley 1709 de 2014, la que según nos lo indica su artículo 107, empezó a regir a partir de la fecha de su promulgación: el 20 de enero de 2014.

Lo antes expuesto implica, según los postulados del principio de legalidad, que la Ley 1709 de 2014, con las reformas que le

introdujo al Código Penal, en especial en el tema de los subrogados y sustitutos penales, deba ser la llamada a regular el presente asunto, porque reiteramos, los hechos ocurrieron durante la vigencia de la ley de marras, sin que tuviera ocurrencia un tránsito de normas, lo que a su vez tornaba en improcedente la aplicación del principio de favorabilidad.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los demás reproches que la recurrente ha formulado respecto de la dosificación de la pena impuesta al Procesado JIMÉNEZ DÍAZ, la cual según su sentir debió corresponder a la mínima, considera la Sala que la A quo estuvo acertada cuando al momento de dosificar las penas decidió no partir del límite inferior del primer cuarto de punibilidad, el cual fue incrementado en 5.5 meses más, para de esa forma quedar en una pena de 69.5 meses de prisión, la que al aplicarse el descuento punitivo del 12.5, arrojaría una pena efectiva a imponer de 60 meses y 24 días de prisión.

Las razones por las cuales consideramos que la A quo estuvo atinada en las operaciones de dosimetría punitiva, radican en que al aplicar los principios de proporcionalidad y necesidad en los asuntos relacionados con el tráfico de estupefacientes, se tiene que a mayor sea la cantidad estupefaciente incautada, mayor será el juicio de reproche que necesariamente implicaría que el juzgador de instancia deba aplicar una pena que no necesariamente debe corresponder a los límites mínimos.

Tal relación de causalidad habida entre la cantidad de sustancia estupefaciente y las repercusiones que tendría en el ámbito punitivo, de vieja data ha sido tratada por la Corte Suprema de Justicia que de manera puntual y enfática sostuvo:

> "En cuanto mayor sea la cantidad de droga objeto de decomiso, mayor será la intensidad del daño potencial o real ocasionado

> al interés jurídico tutelado y consecuencialmente más grave el hecho…….”[1].

En el caso subexamine se tiene que al Procesado le fueron incautadas 900 papeletas de una sustancia pulverulenta, la que al ser posteriormente sometida a la prueba del P.I.P.H. resultó ser cocaína, arrojando un peso neto de 93.6 gramos[2]. Situación está que nos permite inferir que su proceder amplificaba aún más el riesgo a la salud pública, generando de esa forma un mayor juicio de reproche que válidamente ameritaba para la falladora de instancia no partiera de la pena mínima.

Tal situación nos hace colegir que la A quo obró de manera atinada al momento de la dosificación punitiva, y que por ende no le asiste la razón a los reproches que en tal sentido ha formulado la recurrente en contra del fallo opugnado.

Con base en lo anterior, considera la Sala que el fallo confutado debe ser confirmado, pues reiteramos la Jueza A quo estuvo acertada en todo aquello que fue objeto del disenso que la Defensa propuso en la alzada.

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

---

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 7 de octubre de 1999, Rad. # 11.565. M.P. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

2 Es de anotar que la Fiscalía le enrostró al Procesado cargos por la presunta comisión del delito de Tráfico de Estupefacientes en la modalidad de porte o de llevar consigo, lo que para la Sala en nada se compadece con la cantidad de sustancias estupefacientes incautada: 93.6 gramos de cocaína, y las características de las mismas: 900 papeletas, que es indicativo que nos encontramos en presencia de una modalidad delictual diferente del reato de marras. Lo cual, lamentablemente, y es más bien reflejo del facilismo al que muchos de los Fiscales Delegados acuden al momento de formular cargos que en muchas ocasiones no son congruentes con la realidad procesal.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad el veintisiete (27) de abril hogaño, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado GILBERTH ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

SEGUNDO: Declarar que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

Las partes quedan notificadas por estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA HELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria