El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia - 13 de diciembre de 2016

Radicación Nro. : 660016000000 2015 01 00047

Procesados: YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO Y OTROS

Bienes jurídicos tutelados: SEGURIDAD PÚBLICA Y SALUD PÚBLICA

Proceso:                 Penal Abreviado – Confirma condena

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO Y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / NO SE DEMOSTRÓ LA CATEGORÍA DE MARGINAL AL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL ILÍCITO / NIEGA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL.** “[E]l juez de instancia indicó que la audiencia de individualización de pena y sentencia no es el espacio propicio para solicitar el reconocimiento de la diminuente, por cuanto ese tipo de solicitudes se deben hacer en la formulación de imputación; por tanto, es necesario que la Colegiatura estudie en primer lugar si le asiste razón al fallador en ese sentido. (…) [E]sta Sala abordó el tema que ahora es materia de controversia y se dejó en claro que se debe respetar el marco fáctico y jurídico de la imputación, a cuyo efecto la sentencia debe dictarse en consonancia con los cargos formulados y admitidos. [A]nalizado el asunto materia de impugnación, debe decir la Corporación que le asiste razón al juez de instancia, por cuanto las connotaciones particulares del presente caso no ameritaban que se accediera al reconocimiento de lo solicitado. Según lo sostenido por el recurrente, la adicción a la drogas y las condiciones económicas del señor YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO, aunado a su dificultad o imposibilidad de hablar, lo ubican en una condición de vulnerabilidad y proclividad al delito, y al parecer dieron lugar a la ilicitud; sin embargo, en criterio de la Corporación tales circunstancias no ameritan la concesión del instituto de la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, al que hace alusión el artículo 56 C.P., y menos se encuentra acreditado que en verdad éstos factores hayan tenido incidencia en los punibles atribuidos (…) [N]o 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 haya tenido incidencia en la realización del comportamiento atribuido, toda vez que no se cuenta con ningún elemento que permita deducir que el procesado debido a su estado de pobreza, su condición de mudo, o por razón de una supuesta adicción a las drogas haya incurrido en ese proceder delictivo. Así que en consonancia con esa realidad procesal anunciada, la Sala no aplicará la disminución de pena por marginalidad, y confirmará la decisión objeto de recurso, toda vez que se encuentra ajustada a derecho.”.

Citación jurisprudencial: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SCP, Sentencia del 16-05-07, Rad. 26716.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, SP, Sentencia de segunda instancia del 24-08-12, Rad. 2012-00126 / Auto del 02-08-13, Rad. 2011-00125.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

 ACTA DE APROBACIÓN Nº 1151

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Diciembre 19 de 2016, 9:08 a.m. |
| Procesados:  | Yeison Andrés Cardona Londoño y otros  |
| Cédula de ciudadanía: | 4´515.736 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Concierto para deliquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes |
| Bienes jurídicos tutelados | Seguridad Pública y salud pública |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de marzo 04 de 2016. SE MODIFICA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia 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.- Los hechos fueron consignados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“[…] En virtud de información legalmente obtenida, la policía judicial tuvo conocimiento de la existencia de un grupo de personas dedicadas al comercio de estupefacientes en la calle 16 entre carreras 19 y 21 barrio Travesuras sector La Churria de esta capital. En tal virtud, y a partir del 13 de julio de 2013, se adelantaron una serie de labores investigativas, entre ellas el seguimiento de personas y de cosas, la entrevista a personas que fueron observadas en el sector comprando sustancia estupefaciente, y el análisis de las sustancias incautadas a estas, labores que permitieron establecer la existencia de una organización delincuencial, el número de personas que la conformaban, y la identificación de sus integrantes […]”

1.2.- Por esos hechos, la Fiscalía Treinta y Uno Seccional de esta ciudad solicitó la captura de JHON ALEXÁNDER BEJARANO TABA, JHONATAN STEVEN RAMÍREZ GIRALDO, JUAN CARLOS TABA LARGO, JOHN ALEJANDRO PANIAGUA GUTIÉRREZ, JOSÉ LUIS MURILLO VIVEROS, DARWIN MAURICIO LOAIZA MARULANDA, YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO, CRISTIAN LEANDRO GARCÍA GUTIÉRREZ, JHON STIVEN ESTRADA USUGA, WILL JANER VIVAS BETANCURTH, HENRY DUQUE MENDOZA y LUCERO MARULANDA ECHEVERRY, personas identificadas como pertenecientes a dicho grupo delincuencial, las cuales se hicieron efectivas en abril 30 de 2015. Luego de ello se realizaron las correspondientes audiencias preliminares ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión; (ii) se les formuló imputación por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico -artículo 340 2º C.P., en concurso heterogéneo con tráfico de estupefacientes -artículo 376 inciso 2º ibídem- verbo rector “vender”, éste último en concurso homogéneo, cargos que todos los indiciados ACEPTARON, a excepción de JHON ALEXÁNDER BEJARANO TABA; y, finalmente (iii) se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

1.3.- En virtud al allanamiento unilateral a los cargos, el asunto pasó al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado para que se realizara la correspondiente audiencia de individualización de pena y sentencia (agosto 31 de 2015 y enero 14 de 2016), luego de los cual profirió fallo (marzo 04 de 2016) mediante el cual: (i) se declaró penalmente responsables a los procesados como coautores de conformidad con los cargos formulados y admitidos, y se les impuso la pena privativa de la libertad de 4 años y 8 meses de prisión, multa de 1.351 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la sanción corporal.

1.4.- El defensor de los señores YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO, JHON ESTIVEN ESTRADA USUGA y WILL JANER VIVAS BETANCUR, no estuvo de acuerdo con la decisión y la impugnó, aunque posteriormente desistió del mismos respecto del procesado ESTRADA USUGA.

Los señores YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO, JHON ESTIVEN ESTRADA USUGA y WIL JANER VIVAS BETANCUR presentaron memoriales en los que manifestaron su desistimiento; no obstante, el mismo solo se aceptó respecto del señor JHON ESTIVEN ESTRADA USUGA, toda vez que la petición del señor CARDONA LONDOÑO no fue coadyuvada por el profesional del derecho que representa sus intereses, y en relación con WILL JANER VIVAS BETANCUR su defensor finalmente no instauró recurso.

2.- Debate

**2.1.-** Defensor **YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO** -recurrente-

Solicita se modifique parcialmente la determinación proferida por el juez de primer nivel, y, en consecuencia, se le conceda a su representado la circunstancia de marginalidad. Al efecto expuso:

El funcionario a quo adujo que era improcedente hacer una petición de esa naturaleza al momento de la individualización de pena, ya que en su criterio ese aspecto debió alegarse desde la audiencia de imputación, posición que no comparte puesto que con ello se afectan los derechos y garantías constitucionales que le asisten a su patrocinado.

Exigir que dicha solicitud se haga en la audiencia de imputación, es desvertebrar el sentido de esa audiencia porque el defensor solo acaba de escuchar al capturado, y para ese momento no tiene certeza de su situación económica.

De acuerdo con la ficha socioeconómica **YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO** es una persona de escasos recursos económicos, con adicción a las drogas, que además no puede hablar por un problema congénito, limitante que lo hace más proclive a delinquir.

Se cuenta con la misión de trabajo realizada por el investigador de la defensoría, en la que constan las entrevistas a los familiares y a la personas que lo conocen, quienes manifiestan su condición de consumidor de sustancias psicotrópicas y su pobreza, elementos que no fueron siquiera mencionados en el fallo.

**2.2.-** Los sujetos procesales no recurrentes no se pronunciaron dentro del término que les fue concedido.

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 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**2.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si la determinación adoptada por el juez de instancia se encuentra ajustada a derecho en cuanto negó el atenuante consagrado en el artículo 56 del Código Penal respecto del procesado **YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO**.

**2.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la temprana admisión de los cargos por parte del imputado en forma libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido y profusamente ilustrado 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 las conductas ilícitas atribuidas sí existieron y que el hoy involucrado tuvo participación activa en las mismas.

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.

El motivo de inconformidad de la parte recurrente se centra en la negativa del juez de instancia en reconocer la circunstancia de atenuación punitiva consistente en la condición de marginalidad del procesado **YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO** establecida en el artículo 56 C.P.

Según se extrae de la argumentación hecha por el togado en la sustentación de la alzada, el juez de instancia indicó que la audiencia de individualización de pena y sentencia no es el espacio propicio para solicitar el reconocimiento de la diminuente, por cuanto ese tipo de solicitudes se deben hacer en la formulación de imputación; por tanto, es necesario que la Colegiatura estudie en primer lugar si le asiste razón al fallador en ese sentido.

A ese respecto debe decirse que en dos decisiones - sentencia de segunda instancia del 24-08-12 radicado 2012-00126 con ponencia de quien ahora ejerce igual función, y auto del 02-08-13 radicado 2011-00125 con ponencia del Dr. Jairo Ernesto Escobar Sanz-, esta Sala abordó el tema que ahora es materia de controversia y se dejó en claro que se debe respetar el marco fáctico y jurídico de la imputación, a cuyo efecto la sentencia debe dictarse en consonancia con los cargos formulados y admitidos.

Bajo esas circunstancias, en principio y por regla general, no tendría cabida una petición en ese sentido en el desarrollo de la audiencia de individualización de pena y sentencia, ni desplegar en la misma un debate probatorio tendiente a su demostración, lo cual tiene sustento en precedentes jurisprudenciales que así lo indican[[1]](#footnote-1), bajo el entendido que hay lugar a respetar el principio de congruencia y que ello no puede ser alterado por lo allegado en el traslado del artículo 447 C.P.P.; y se dice que en principio, por cuanto ese criterio puede variar ante la presencia de casos que revisten circunstancias específicas que ameritan que el análisis realizado por el fallador sea diferente.

Precisamente por ello, las determinaciones adoptadas por esta magistratura en cada uno de los citados pronunciamientos, pese a versar sobre el mismo tema, difieren sustancialmente. En el segundo de ellos no se consideró ajustado a derecho el proceder del juez de instancia, entre otras razones, porque durante el desarrollo de la audiencia del 447 permitió que la Fiscalía solicitara el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad; mientras que en el primero se consideró desacertada la determinación de la falladora por cuanto no accedió a pronunciarse sobre una petición que se hizo en tal sentido.

Se reitera entonces, que esas decisiones antagónicas tienen su fundamento en que cada uno de los casos examinados era diferente, pues mientras que en el segundo, pese a tratarse de un preacuerdo, con anterioridad se había llevado a cabo la totalidad del juicio oral del cual se decretó la nulidad, y además se presentó una simple argumentación por parte de la Fiscalía que resultaba ser bastante cuestionable y por demás carecía de soporte probatorio; en el primero, en cambio, se allegó información relevante que permitía determinar con plena certeza la aludida circunstancia, y que fue obtenida con posterioridad a la audiencia de imputación en la que el procesado se había allanado a los cargos.

Acorde con lo expuesto y una vez analizado el asunto materia de impugnación, debe decir la Corporación que le asiste razón al juez de instancia, por cuanto las connotaciones particulares del presente caso no ameritaban que se accediera al reconocimiento de lo solicitado.

Según lo sostenido por el recurrente, la adicción a la drogas y las condiciones económicas del señor **YEISON ANDRÉS CARDONA LONDOÑO,** aunado a su dificultad o imposibilidad de hablar, lo ubican en una condición de vulnerabilidad y proclividad al delito, y al parecer dieron lugar a la ilicitud; sin embargo, en criterio de la Corporación tales circunstancias no ameritan la concesión del instituto de la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, al que hace alusión el artículo 56 C.P., y menos se encuentra acreditado que en verdad éstos factores hayan tenido incidencia en los punibles atribuidos, por varias razones que a continuación se exponen:

(i) Se asegura por el togado que se trata de una persona adicta; empero, ello no se demostró mediante ningún medio probatorio, porque muy a pesar que se hace referencia a unas entrevistas de familiares que supuestamente dan cuenta de ello, las mismas no reposan en el encuadernamiento. Adicionalmente, tampoco se probó que ese aspecto tuviera incidencia en su conducta, y del mero hecho de ser consumidor no puede inferirse necesariamente su marginalidad, máxime cuando éste hacía parte de una organización delincuencial al margen de la ley dedicada al tráfico de estupefacientes.

(ii) El hecho de ser una persona de escasos recursos no es tampoco una circunstancia suficiente para considerar *per se* su grado de marginalidad, ya que las reglas de la experiencia enseñan que no todos los individuos que se encuentran en igual de condición han incurrido en similar ilícito, y pese a esas limitantes han tratado de salir adelante sin verse inmersas en actividades delictivas.

(iii) Si bien la limitante en su fonación puede ponerlo en algunas circunstancias en situación de desventaja, ello en ningún momento justifica su proceder contrario a las leyes penales, como quiera que pese a que el letrado refiere que eso lo hace más proclive al delito, no encuentra la Sala ninguna relación de esa condición personal con el hecho de pertenecer a una organización criminal que se dedica a expender sustancias alucinógenas.

Todas esas situaciones obligan al Tribunal a sostener 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 haya tenido incidencia en la realización del comportamiento atribuido, toda vez que no se cuenta con ningún elemento que permita deducir que el procesado debido a su estado de pobreza, su condición de mudo, o por razón de una supuesta adicción a las drogas haya incurrido en ese proceder delictivo. Así que en consonancia con esa realidad procesal anunciada, la Sala no aplicará la disminución de pena por marginalidad, y confirmará la decisión objeto de recurso, toda vez que se encuentra ajustada a derecho.

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

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

 WILSON FREDY LÓPEZ

1. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del 16-05-07 radicado 26716. [↑](#footnote-ref-1)