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 – 27 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 660016000035-2013-04469-01

Procesado: GLORIA ELENA AGUDELO VILLA

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES / CONFIRMA CONDENA / PRINCIPIO DE INCUMBENCIA PROBATORIA / SUSTANCIA DIFERENTE A LA DE CONSUMO HABITUAL / CARGA DE LA PRUEBA.** En ese sentido se debe manifestar que quien invoca las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga de demostrar que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad y que las mismas incidieron en la comisión del delito…Lo anterior viene a ser una consecuencia del principio de la incumbencia probatoria, sobre el cual se ha expresado la SP de la CSJ.

(…)

era una sustancia diferente al “bazuco” y la marihuana que consumía habitualmente la acusada, por lo cual resultaba válida la inferencia que hizo el juez de primer grado en el sentido de que el porte de ese material sicoactivo, conocido como “perico”, que es de mayor valor por tratarse de clorhidrato de cocaína, podría ser indicativo de que el estupefaciente no estaba destinado al consumo de la incriminada…

(…)

Se concluye entonces que con la prueba aportada por la defensa no se logró demostrar que para el 19 de septiembre de 2013, la señora Agudelo Villa se encontraba dentro de las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP, al momento de cometer la conducta punible, por lo cual no existe evidencia que demuestre un nexo de conexidad entre su conducta y la presunta condición de marginalidad que alega su representante, que incluso aparece desvirtuada por las mismas pruebas que se aportaron para sustentar su petición.

(…)

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 0075 del veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:04 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660016000035201304469 |
| Procesado | Gloria Elena Agudelo Villa |
| Delito | Trafico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Gloria Elena Agudelo Villa, frente a la sentencia emitida el doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento, por medio de la cual se le condenó a cincuenta y seis (56) meses de prisión por la conducta punible de Trafico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos materia de investigación acontecieron el 19 de septiembre de 2013, a las 5:30 p.m., en el sector de la Avenida del Río con calle 18, cuando miembros de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje, quienes al abordar a la señora Gloria Elena Agudelo Villa se percataron de que portaba en unas bolsas plásticas unas sustancias con características a sustancias estupefacientes, las cuales fueron sometidas a prueba de PIPH que arrojó un resultado de 2.9 gramos de positivo para cocaína y sus derivados.

2.2 El 20 de septiembre de 2013, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación. La implicada aceptó los cargos formulados por la FGN y el Juez dispuso su libertad.

2.3 El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 1). La audiencia de lectura de fallo se realizó el 12 de agosto de 2014 (folios 41-47).

2.4 La defensa de la procesada, apeló el fallo de primera instancia.

1. IDENTIDAD DE LA ACUSADA

Se trata de Gloria Elena Agudelo Villa, nacida el 26 de mayo de 1968 en Pereira, se identifica con cédula de ciudadanía Nro. 42.089.233, es hija de Consuelo y José Euclides, de ocupación vendedora ambulante.

4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

4.1 Como en este caso el recurso propuesto se basó en el no reconocimiento a la procesada de la situación de marginalidad que contempla el artículo 56 del C.P., solamente se hará referencia a lo que se decidió de manera puntual en el fallo recurrido sobre ese tema así:[[1]](#footnote-1)

* De los elementos materiales y la información legalmente recogida se puede concluir que se encuentra plenamente acreditada la existencia de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo”, atribuida a la señora Gloria Elena Agudelo Villa quien admitió su responsabilidad de manera libre consciente y voluntaria luego de ser capturada en flagrancia por realizar esa conducta punible (violación artículo 376 C.P. con la pena prevista en el inciso 2º *ibídem).*
* La aplicación del artículo 56 del C.P. al caso *sub examen* no fue solicitada por la FGN sino por la defensa, que se basó en la información que recaudó un investigador del Sistema de Defensoría Pública, quien entregó un informe fotográfico y entrevistó al señor José Euclides Ochoa, padre de la acusada, quien dijo lo siguiente : i) su hija vivía con él actualmente; ii) era consumidora de estupefacientes, generalmente marihuana y “bazuco”; iii) escasamente llegaba a su casa a dormir ; y iv) su descendiente dependía de lo que obtenía por ventas ambulantes y arreglo de apartamentos, con lo cual sufragaba sus gastos personales y el valor de los estupefacientes que consumía.
* Además se anexaron fotografías de la residencia de la acusada, y unas imágenes corresponden a una época anterior más bien lejana, en que la señora Agudelo estaba joven y no consumía sustancias sicoactivas, para compararlas con otras que mostraban su aspecto actual, cuando ya tenía 46 años.
* No se advierte la existencia de la circunstancia de marginalidad por pobreza o ignorancia extrema, ya que la procesada no tiene la condición de “habitante de la calle” que se le pretende atribuir, ya que desde un principio la FGN estableció el arraigo de la acusada ya que reside con su padre y la manifestación de su progenitor, en el sentido de que su hija: *“escasamente llega a la casa a dormir”,* no puede conducir a reconocerle esa condición.
* La información obtenida inicialmente por la FGN sobre las labores adelantadas por la acusada, permiten inferir que realizaba actividades para procurarse su subsistencia, como las ventas ambulantes y el arreglo de apartamentos.
* En la relación de los hechos se menciona que la señora Agudelo fue capturada cuando iba por la Avenida del Río de esta ciudad con un amigo que le dio unas bolsas con “perico”. Se estableció que se trataba de cuatro bolsas plásticas que contenían una sustancia, que no era “bazuco”, sino clorhidrato de cocaína que es más refinada y costosa que el “bazuco”, que no corresponde a las sustancias a las que es adicta la procesada, como la mencionada anteriormente y la marihuana, lo que indica que el clorhidrato de cocaína no estaba destinado a su consumo, fuera de que se acercaba al triple de lo que se considera como dosis personal y excede en 9/10 de gramo la cantidad que esta Sala considera corresponde a la citada dosis.
* En consecuencia no aparece establecido el nexo de causalidad entre la conducta atribuida a la acusada, consistente en llevar consigo las bolsas con cocaína y su presunto estado de marginalidad, ya que la prueba indica la existencia de la conducta descrita en el artículo 376 del C.P., en la modalidad de “llevar consigo”, hecho que fue aceptado por la incriminada en la audiencia preliminar.
* Respecto a la pena a imponer, se fijó dentro del cuarto mínimo y se estableció la pena de 64 meses de prisión y multa de dos salarios mínimos legales vigentes para la época de los hechos. Teniendo en cuenta el allanamiento de la acusada en audiencia de formulación de imputación se aplicó una rebaja del 12.5% dando una pena definitiva de 56 meses de prisión y multa equivalente a 1.75 salarios mínimos legales mensuales.

4.2 La sentencia fue recurrida por la defensa.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 Defensora (Recurrente)

La defensa de Gloria Elena Agudelo Villa, presentó escrito de apelación manifestando lo siguiente: [[2]](#footnote-2)

* En la audiencia de IPS le solicitó al juez de conocimiento que le reconociera a su representada la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del C.P., y que de aceptarse esa petición se le concediera a su representada el subrogado de la condena condicional.
* Hizo referencia a las situaciones que estableció el investigador del Sistema de Defensoría Pública, sobre: i) el hecho de que la procesada era consumidora de estupefacientes; ii) la información que entregó su padre en el sentido de que vivía con él, pero la mayor parte del tiempo permanecía en la calle; y iii) l) los oficios que desempeñaba la acusada para sus gastos personales y para proveer a su adicción; iv) la vivienda donde eventualmente pernoctaba; y v) sus fotos antes y después de convertirse en fármaco – dependiente.
* El juez de primer grado no podía descalificar los elementos presentados por la Defensa, por ese solo hecho, ya que precisamente la parte que invoca o sustenta una solicitud es la llamada a demostrarla.
* La relación de los hechos consignadas en la misión de trabajo en nada cambian la imputación fáctica o jurídica hecha a su representada, ni tampoco lo hace lo consignado en el sentido de que era adicta al uso de sustancias sicoactivas para efectos de agravar su conducta, cuando es precisamente esta manifestación la que permite comprobar que la sustancia que llevaba era para su consumo.
* Las consideraciones del *A quo* respecto a la sustancia estupefaciente, su distribución y presentación para indicar que no se trataba de “bazuco”, sino de clorhidrato de cocaína, tienen carácter subjetivo y vulneran los principios del debido proceso y la congruencia, ya que su defendida aceptó los cargos tal como se los imputó la FGN, por lo que no le era dable al Juez agravar su situación con análisis de ese orden que no fueron comunicados a su representada.
* También se extralimitó el Juez al manifestar que no puede apreciarse la relación entre la condición de consumidora de marihuana y bazuco de la procesada, con el hecho de que llevara consigo las bolsitas de “perico”, que según el criterio del fallador no estaban destinadas al uso exclusivo de la acusada.
* Se transgrede el derecho de defensa pues en la sentencia se niega la condición de marginalidad de la acusada, valorando su conducta con verbos rectores distintos a los de “llevar consigo” estupefacientes, que efectivamente son más graves.
* Pese a que la cantidad de sustancia que llevaba la señora Agudelo Villa superó en 0.9 gramos la dosis personal, se estableció su condición de consumidora y no es difícil pensar que por causa de su grado de adicción llevara un poco más de la cantidad permitida, como dosis de aprovisionamiento. Además es sabido que un adicto puede llegar a usar diferentes sustancias alucinógenas.
* Hizo alusión a una sentencia proferida por esta Sala en la que se dijo “*Esta colegiatura no puede menos que aceptar lo llevaba para el consumo, atendiendo a que este fue el cargo imputado por la Fiscalía y por ausencia de prueba en contrario”.*
* La decisión del Juez de primera instancia vulneró el principio de congruencia si se tiene en cuenta que para dosificar la pena, valoró la conducta de su representada como si el verbo rector hubiese sido “vender”.
* Enunció las sentencias del 24 de agosto de 2012 y 14 de mayo de 2014, proferidas por esta Sala con ponencia del Doctor Jorge Arturo Castaño Duque, donde un caso similar se reconoció la condición de marginalidad, considerando que esta condición no se debe entender únicamente desde un punto de vista económico, sino también social, *“pues hasta un rico podría considerarse un marginado social”.*
* Por lo anterior solicitó: i) que se redosificara la pena impuesta a su representada como consecuencia del reconocimiento de su situación de marginalidad; y ii) que de accederse a esa petición se le concediera el subrogado de la condena de ejecución condicional, por tratarse de hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de la ley 1709 del 20 de enero de 2014.

6. CONSIDERACIONES LEGALES

6.1. Competencia:

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la discusión planteada por la recurrente relacionada con el no reconocimiento a la procesada en el fallo de primera instancia de la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del C.P., lo que igualmente tendría efectos frente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Para dar solución al caso propuesto se parte de los siguientes hechos probados:

6.2.1 Según el contexto fáctico del acta con aceptación de cargos de la procesada Gloria Elena Agudelo Villa, el 19 de septiembre de 2013 a las 17.25 horas, la señora Agudelo se encontraba por el sector de la Avenida del Río, cuando unos agentes de policía le solicitaron una requisa a la acusada, quien se notaba nerviosa, hallando en su poder cuatro bolsas plásticas trasparentes, que contenían una sustancia pulverulenta, que según las pruebas preliminares de campo fue identificada como positiva para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 2.9 gramos.

6.2.2 En la audiencia preliminar la imputada aceptó los cargos por la violación del artículo 376 del C.P, con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º de esa norma. En tal virtud tal acto tiene los efectos de acusación conforme a lo previsto en el artículo 293 del CPP y comporta tanto la conformidad de la procesada con la imputación fáctica y la imputación jurídica, lo que indica que no se puede desconocer que la sustancia que portaba tuvo el peso antes mencionado y que la muestra analizada contenía cocaína, según los exámenes practicados[[3]](#footnote-3).

6.3 Se anexó una entrevista recibida al señor José Euclides Agudelo Ochoa, quien dijo ser el padre de la acusada. En lo esencial manifestó: i) que su hija era adicta al uso de sustancias sicoactivas; ii) que vivía con él para la fecha de esa conferencia; iii) que su hija permanecía mucho en la calle y *“escasamente llega a dormir”;* y iv) que su descendiente obtenía sus ingresos de ventas ambulantes y arreglo de apartamentos. *[[4]](#footnote-4)*

6.4 Se allegaron fotografías del inmueble donde residía la procesada para el 23 de noviembre de 2013[[5]](#footnote-5), y unas fotografías que evidencian los cambios físicos de la incriminada.[[6]](#footnote-6)

6.5 Con base en esas evidencias, su Defensora solicitó en la audiencia de IPS que se reconociera a su representada la condición de marginalidad que prevé el artículo 56 del C.P. ya que se trataba de una *“habitante de la calle”,* dedicada al consumo de estupefacientes[[7]](#footnote-7), petición que fue negada por el juez de conocimiento, con base en las razones referidas en el apartado número 4 de esta decisión.

6.6 En ese sentido se debe manifestar que quien invoca las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga de demostrar que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad y que las mismas incidieron en la comisión del delito.

Por tanto la carga probatoria en este caso le correspondía a la defensora de la señora Agudelo Villa, quien elevó la solicitud respectiva en la audiencia de individualización de pena y sentencia[[8]](#footnote-8), para procurar ese beneficio en favor de su representada y por ello le entregó al Juez de conocimiento la evidencia que consideró suficiente para sustentar su petición.

Lo anterior viene a ser una consecuencia del principio de la incumbencia probatoria, sobre el cual se ha expresado la SP de la CSJ de la siguiente manera:

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

*En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…”[[9]](#footnote-9)* ( subrayas ex – texto )

6.7. Inicialmente hay que manifestar que buena parte de la argumentación de la recurrente se centró en un hechos diversos al nexo de causalidad que debía existir entre el presunto estado de marginalidad de su representada y la comisión de la conducta que aceptó, ya que su alegación en lo en lo esencial pretende controvertir el hecho de que la acusada portara 2.9 gramos de cocaína, los cuales según los dictámenes técnicos, era una sustancia diferente al “bazuco” y la marihuana que consumía habitualmente la acusada, por lo cual resultaba válida la inferencia que hizo el juez de primer grado en el sentido de que el porte de ese material sicoactivo, conocido como “perico”, que es de mayor valor por tratarse de clorhidrato de cocaína, podría ser indicativo de que el estupefaciente no estaba destinado al consumo de la incriminada, razonamiento que al final no tuvo ningún efecto ya que la sentencia se profirió bajo la inflexión verbal “llevar consigo” estupefacientes en cantidad que excedió la dosis personal, que fue precisamente la conducta a la cual se allanó la incriminada.

6.8 Hecha esta precisión debe decirse que quien invoca la aplicación de las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga probatoria de demostrar que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas y que las mismas incidieron en la comisión del delito.

Por tanto ese deber le correspondía a la Defensora de la procesada, quien elevó la solicitud del reconocimiento de marginalidad de la señora Agudelo en la audiencia de individualización de pena y sentencia[[10]](#footnote-10), para procurar ese beneficio en favor de su representada y para el efecto suministró la evidencia que consideró suficiente para sustentar su pedimento.

6.9 Sin embargo, para la Sala la información aportada por la defensa no permite reconocer que la señora Agudelo realizó la conducta de llevar consigo estupefacientes (cocaína), en cantidad superior a la dosis personal por causa de su situación de marginalidad, por las siguientes razones:

De la entrevista tomada al señor José Euclides Agudelo, padre de la sentenciada, no se desprende ningún tipo de información que permita concluir que la señora Agudelo Villa, se encontraba desamparada o en condición de extrema pobreza para la época de comisión del hecho, ya que por el contrario su progenitor manifestó que su hija a pesar de que permanecía en la calle, iba a dormir a su residencia, tenía familiares y algunos vecinos que toleraban su condición de adicta al uso de estupefacientes y además se procuraba su sustento laborando como vendedora ambulante y arreglando apartamentos.

Del álbum fotográfico anexado se deduce que la procesada residía en la Cra 2 No. 17-18 en el barrio Santa Teresita de Dosquebradas, donde contaba con su habitación.

Las fotografías que muestran los rasgos anteriores y actuales de la señora Gloria Elena Agudelo, no constituyen evidencia para sustentar el reconocimiento de la causal invocada por su defensora ya que esos cambios físicos igualmente se pudieron originar en otros factores como el implacable paso del tiempo, y no se allegó ninguna prueba de que fueran originados por factores de marginalidad.

6.10 Se concluye entonces que con la prueba aportada por la defensa no se logró demostrar que para el 19 de septiembre de 2013, la señora Agudelo Villa se encontraba dentro de las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP, al momento de cometer la conducta punible, por lo cual no existe evidencia que demuestre un nexo de conexidad entre su conducta y la presunta condición de marginalidad que alega su representante, que incluso aparece desvirtuada por las mismas pruebas que se aportaron para sustentar su petición.

6.11 En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia.

En razón a lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Tercero Penal del Circuito de Pereira., el 12 de agosto de 2014, en la cual se condenó a la señora Gloria Elena Agudelo Villa a la pena principal de 56 meses de prisión y multa equivalente a 1.75 SMLMV para el año 2013, por la violación del artículo 376, inciso 2º del C.P., en lo que fue objeto de impugnación.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folios 41-46 [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls 49-52 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 13 a 15 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 22 y 23 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 25 a 28 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 29 a 33 [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver acta del 31 de julio de 2014 Folio 40. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl 40 [↑](#footnote-ref-8)
9. Sala de Casación Penal MP José Leónidas Bustos Martínez Radicación n° 39419 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fl 40 [↑](#footnote-ref-10)