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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / MARGINALIDAD COMO DIMINUENTE PUNITIVA / REQUISITOS / INFLUENCIA DIRECTA EN LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE / CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA.**

… se debe examinar el grado de acierto de la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación, esto es la negativa del reconocimiento de la diminuente punitiva prevista en el artículo 56 del CP, según la cual: “El que realice la conducta punible bajo la infuencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la suficiente entidad para excluir la responsabilidad…

El reconocimiento de esta atenuante punitiva no está condicionado simplemente a que se establezca la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, sino que es necesario que estas situaciones “hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible”…

Aunado a ello quien alegue en su favor las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga probatoria de demostrar no solo que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, sino que esas situaciones incidieron directamente en la comisión del delito.

En el caso sub examen, se considera que la defensa se quedó corta en la demostración de este segundo componente que es necesario para el reconocimiento de la diminuente punitiva reclamada en favor del señor LFMS.

Al respecto se debe recordar que en eventos como el presente se activa la carga procesal de la defensa para demostrar los supuestos de hecho del artículo 56 del CP, lo que viene a ser una consecuencia del principio de la “incumbencia probatoria”…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 307 del veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:54 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2017 03600 01 |
| Acusado | LFMS |
| Delitos | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira |
| Asunto a decidir | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia del 18 de mayo de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, Risaralda, mediante la cual se condenó al señor LFMS por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“El día 16 de octubre de 2017 los IT. MUÑOZ VALENCIA HÉCTOR SANDRO, IT. CRUZ REINA VÍCTOR ARNEY, SI. DIAZ MURILLO CARLOS MARIO, IT. FLÓREZ IDÁRRAGA EDIER, se encontraban prestando servicio en el Peaje Cerritos II (Pereira), momento en el cual se dio orden de pare a un vehículo tipo microbús, de servicio público, afiliado a la empresa Expreso Trejos Ltda., que cubría la ruta Cali - Medellín y se solicitó registro personal y verificación de equipaje a los pasajeros de este; encontrándose en la bodega del bus un costal de fibra, color blanco, el cual simulaba llevar papas y en cuyo interior se halló sustancia estupefaciente. Se procedió a revisar el correspondiente tiquete el cual tenía el No. 86250 y pertenecía al pasajero LFMS, motivo por el cual dicha persona es captura en flagrancia, dándosele a conocer inmediatamente sus derechos como persona capturada.*

*Mediante informe de investigador de fecha 16 de octubre de 2017 se realiza prueba P.l.P.H sobre la sustancia incautada, se determinó lo siguiente:*

*POSITIVO PRELIMINAR COCAÍNA Y SUS DERIVADOS, y un peso NETO DE 5.927 Gr.”*

2.2 El día 17 de octubre de 2017 ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (folios 6 y 7). En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor LFMS por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “transportar” previsto en el artículo 376 inciso 1º del C.P., agravado conforme lo dispuesto en el artículo 384 numeral 3º del C.P. El procesado no aceptó los cargos imputados.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira asumió el conocimiento de la causa (folios 8 y 9). El 5 de febrero de 2018 se celebró audiencia de verificación de preacuerdo que consistió en eliminar la causal de agravante contenida en el artículo 384 numeral 3º del C.P., pactándose una pena de 128 meses de prisión (folio 15). El 4 de abril de 2018 la *a quo* impartió aprobación al preacuerdo (folio 17). La audiencia de individualización de pena y sentencia, así como la lectura de la sentencia de carácter condenatorio se llevó a cabo el 18 de mayo de 2018 (folios 32 y 33).

2.4 La decisión fue apelada por el defensor (folios 34 a 38).

**3. IDENTIDAD DEL PROCESADO**

Se trata de LFMS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.058.962.518, nacido el 19 de enero de 1986 en Bolívar, Cauca, hijo de Teresa y Roger, con quinto grado de escolaridad y de ocupación agricultor.

**4. SOBRE LA DECISIÓN IMPUGNADA**

4.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia y como el recurso de apelación solamente se interpuso frente al no reconocimiento de la circunstancia de marginalidad a favor del procesado, solamente se hará mención de ese acápite del fallo de primer nivel:

*“Antes de proceder a la dosificación de la pena, se debe resolver la petición del señor defensor, respecto a que se reconozca al señor LFMS que actuó por influencia de su situación de marginalidad, por pobreza extrema, lo que implicaría disminuir la pena de conformidad con lo establecido por el artículo 56 del Código Penal.*

*Lo primero que tenemos que decir es que, tal como lo refirió el señor representante del Ministerio Público, ya la pena fue acordada, y como el preacuerdo fue aprobado no es posible su variación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal.*

*No obstante, analizaremos la situación del señor LFMS.*

*La norma 56 del Código Penal dispone que cuando la persona que realiza la conducta punible se encuentra bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, que han influido directamente en la ejecución del injusto penal y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, la pena será no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo señalado en la respectiva disposición.*

*Es muy clara la redacción del precepto analizado, al exigir que la persona esté en condiciones de extrema pobreza, ignorancia o marginalidad, y que ésas condiciones influyan en la comisión de la conducta punible, lo que no es la situación del señor LFMS, porque si bien es cierto es de escasos recursos económicos, no está en situación de extrema pobreza, es una persona sin impedimentos físicos o síquicos que le impidan laborar, tanto así qué se indicó que trabaja como agricultor y estudió hasta quinto grado, es decir, no es extremadamente ignorante, y tiene familia de origen, con quienes vive, lo que es indicativo que no está en estado de marginalidad.*

*En estado de marginalidad está una persona cuando se encuentra aislada, rechazada por toda la comunidad, sin apoyo alguno, lo que no se demostró sea el caso del señor LFMS, ya que tiene el acompañamiento y apoyo de su familia de origen, pues así lo concluyó la sicóloga en el informe que presentó el defensor.*

*Ni siquiera se demostró que el señor LFMS sea adicto a las drogas, para pregonar que por ello está en estado de marginalidad.*

*El estar desempleado no es circunstancia de extrema pobreza, ni de marginalidad.*

*Es más, la costumbre de ilicitud no es una circunstancia que pueda ser atendida como justificante de la realización de conductas delictivas.*

*La verdad es que el señor LFMS incurrió en la conducta punible, de transportar 5.927 gramos de cocaína, consciente y voluntariamente, ya que no está en situación de marginalidad, por pobreza extrema, razón por la cual no es viable considerar que fue esa circunstancia la que lo llevó a incurrir en la conducta punible.*

*No se demostró con ningún medio de prueba que el señor LFMS realmente se encuentre en las condiciones exigidas por la norma para la disminución de la pena, pues lo único fue el discurso del señor defensor.*

*Así las cosas, no se disminuirá la pena al señor LFMS de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 del Código Penal.”*

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

5.1 Defensor (Recurrente)

* Refirió que con el dictamen psicológico que anexó al proceso se solicitó tener en cuenta a favor del defendido la condición de marginalidad de conformidad con lo previsto en el artículo 56 del C.P., y atendiendo la humanización de la justicia y condiciones de vida del sentenciado.
* Consideró que en la suscripción del preacuerdo no fueron tenidas en cuenta las condiciones de vida del penado, que permitieran determinar las características sociales en medio de las que vive.
* Adujo que en la sentencia recurrida tampoco se hizo una valoración adecuada respecto de las condiciones de pobreza extrema o marginalidad del señor LFMS, puesto que la *a quo* no recurrió a parámetros técnicos de conocimiento del sistema multidimensional para medir la pobreza extrema, así como los ingresos económicos y el costo de la canasta familiar.
* Refirió que era imposible realizar el reconocimiento de lo establecido en el artículo 56 del CP, y resaltó que el artículo 447 del CPP, establece que en caso de duda el juez puede solicitar a las instituciones públicas o privadas que determinen las condiciones de vida del procesado, lo que fue omitido.
* Expuso que existen muchas personas bajo condiciones de ignorancia, marginalidad y pobreza extrema que las llevan a ejercer acciones de ilegalidad porque no tienen otra alternativa, por lo tanto, los operadores de justicia les deben dar un tratamiento diferente.
* Citó la sentencia No. 32614 de la SP CSJ, respecto de los parámetros de la marginalidad.
* Solicitó reconocer al señor LFMS la condición de marginalidad y ordenar un nuevo análisis a una institución pública con el fin de soportar tal petición.

**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 Consideración inicial**

6.2.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala considera necesario poner de presente que el juez de conocimiento estableció en su fallo lo siguiente: i) que la pena fue preacordada y ese pacto fue aprobado por lo cual no es posible su variación posterior; ii) que el procesado no está en condiciones de marginalidad o pobreza extrema; y, iii) que la costumbre de ilicitud no es una circunstancia que pueda ser atendida como justificante de la realización de conductas delictivas.

6.2.2 Esas consideraciones de la juez de primer grado fueron las rebatidas en el recurso de apelación, con el fin de lograr el reconocimiento de la situación de marginalidad que prevé el artículo 56 del C.P., por lo cual con base en los términos del recurso propuesto esta Colegiatura no podría adentrarse en el examen del componente de tipicidad del acto investigado examinado entre otras decisiones en CSJ SP del 11 de julio de 2017, radicado 44997, y por ende el recurso propuesto se debe resolver dentro de los límites demarcados por el censor que tienen que ver con la aplicabilidad del artículo 56 del C.P. al caso en estudio.

**6.3 Problema jurídico a resolver:**

6.3.1 En atención a lo manifestado en precedencia, se debe examinar el grado de acierto de la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación, esto es la negativa del reconocimiento de la diminuente punitiva prevista en el artículo 56 del CP, según la cual: *“El que realice la conducta punible bajo la infuencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la suficiente entidad para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo señalado en la respectiva disposición”* (Subrayas ex – texto)

6.3.2 En la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, celebrada el 18 de mayo de 2018 el defensor solicitó el reconocimiento de la condición de marginalidad en favor de su defendido y soportó tal pretensión en un informe de psicología clínica que obra a folios 18 al 28. En el citado informe pericial psicológico se concluyó: i) el valorado no presenta rasgos de personalidad antisocial; ii) el señor LFMS y su núcleo familiar conviven en precarias condiciones donde el sustento económico lo ingresa el joven peritado; y, iii) la situación de marginalidad de la familia ha llevado al señor LFMS a realizar actividades laborales con cultivos y sustancias que las leyes catalogan como ilícitas pero que de acuerdo a los estudios realizados son labores que se realizan constantemente en la zona en la que ha vivido y por razones culturales se consideran normales en la región.

6.3.3 La delegada de la FGN y el representante del Ministerio Público manifestaron su oposición frente a la petición del defensor por cuanto consideraron que por tratarse de un preacuerdo mediante el cual se pactaron los extremos punitivos no era posible modificarlo posteriormente toda vez que ello vulnera el acuerdo de voluntades suscrito por las partes y avalado por la *a quo.*

6.4. Frente al tema propuesto por el recurrente, relacionado con su disenso frente a la no concesión a su representado de la circunstancia diminuente de pena prevista en el artículo 56 del C.P., resulta procedente hacer las siguientes consideraciones:

6.4.1. El reconocimiento de esta atenuante punitiva no está condicionado simplemente a que se establezca la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, sino que es necesario que estas situaciones *“hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible”,* y no posean la entidad suficiente como para configurar una causal de exención de responsabilidad de las previstas en el artículo 32 del C.P.

6.4.2 Tal posición ha sido la posición asumida por esta Colegiatura, tal y como se expresó en providencia del 16 de agosto de 2016, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, donde se expuso respecto de las condiciones de aplicabilidad del artículo 56 del C.P., con base en lo dispuesto por la SP de la CSJ del 27 de agosto de 2014, radicado 42203:

*“(…)*

*Las circunstancias atemperantes consagradas en el artículo 56 C.P. operaban dentro de una doble condición: a) En el ámbito de la punibilidad, se constituyen como factores que modifican de manera genérica los límites punitivos de las sanciones penales; b) En el plano de la tipicidad, al fungir como una especie de dispositivo amplificador del tipo por consignar una serie de nuevas circunstancias modales que repercuten en la conducta descrita en el tipo penal.*

*En lo que tiene que ver con la primera de las aludidas duales condiciones, se podría decir que la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 C.P., regula una serie de hipótesis que repercuten drásticamente en la disminución del ámbito de la punibilidad de los delitos perpetrados bajo el influjo de las mismas. Entre dichas hipótesis se encuentra el estado de marginalidad extrema, el cual se caracteriza porque la persona a quien se le achaca la presunta comisión de un delito, lo haya perpetrado como consecuencia de cualquier tipo de circunstancias o de eventos que incidan para que se encuentre apartado o alejado de la Sociedad, o que no se encuentre integrado y por ende no haga parte de la misma, lo que de una u otra forma incide para que no pueda comprender o asimilar en debida forma el injusto penal.*

*Pero es de anotar que no basta con que estén demostradas las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema que aquejan al procesado, porque para la procedencia de la atemperante punitiva se requiere o exige la acreditación de una relación de causalidad entre la comisión del delito y la ocurrencia de dichas circunstancias, o sea que el delito sea perpetrado como consecuencia del influjo de esas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.*

*Frente a la procedencia de los anteriores requisitos, la Corte ha expuesto lo siguiente:*

*“Advierte la Sala que para la demandante es suficiente afirmar que la condición de drogadicto del acusado lo ha hecho una persona marginal y que por ello procede la atemperante. Lo primero que desapercibe es que la viabilidad de esta atenuante está condicionada en la hipótesis aducida a “profundas situaciones de marginalidad”, grado superlativo de los supuestos en que procedería, sobre los que no se detiene el libelo.*

*Por lo demás, el Tribunal, con minuciosidad y detenimiento, resaltó que los argumentos aducidos por la impugnante pretenden encontrar en la circunstancia de ser Vargas Rivas drogadicto, la marginalidad propia del precepto en cita, con lo cual descarta aplicar la rebaja de pena, observando que aquél vive con su progenitora y realiza trabajos de diversa índole, contexto que repudia los conceptos que para el legislador posibilitan la rebaja punitiva, con fundamento en un aspecto que entonces no concurre, como lo propuso la impugnante, por el sólo hecho de su drogadicción.*

*De ahí que la casacionista, salvo afirmarlo, no agrega argumentos que evidencien, más allá de las manifestaciones realizadas al momento de la captura, su absoluta y extrema falta de integración social, más aún, su exclusión del sistema social y la información con que se cuenta no es evidencia de ello.*

*Supuestos como los propios de este caso, imponen distinguir cuando hay circunstancias que pueden afectar en cierta medida el desempeño de un individuo en la sociedad, de aquellas que evidencian profundas situaciones de marginalidad determinantes o influyentes en forma directa en la ejecución de la conducta punible, distinción más que imperiosa en orden a aplicar positivamente dentro del marco legal la atenuante de pena, sin que quepan asimilaciones como la reclamada por la libelista, de que partiendo de unas manifestaciones plasmadas en un informe de policía al momento de la captura, se esté dentro de los parámetros de la norma 56 del C.P…”* (Subrayas ex texto).

6.4.3 Aunado a ello quien alegue en su favor las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga probatoria de demostrar no solo que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, sino que esas situaciones incidieron directamente en la comisión del delito.

6.4.4 En el caso *sub examen,* se considera que la defensa se quedó corta en la demostración de este segundo componente que es necesario para el reconocimiento de la diminuente punitiva reclamada en favor del señor LFMS.

Al respecto se debe recordar que en eventos como el presente se activa la carga procesal de la defensa para demostrar los supuestos de hecho del artículo 56 del CP, lo que 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:

*“Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor.*

*(…)*

*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…”.*

A lo anterior hay que agregar que con la pretensión de la defensa que presentó el preacuerdo con su representado, con una pena fija, sin hacer ninguna mención de la existencia del estado de marginalidad que reclamó en su recurso, se sorprendió al juez de conocimiento con una petición intempestiva que generaba una rebaja adicional de pena para el procesado.

6.5.4 Sobre este tema debe decirse que la pretensión del defensor se sustentó en un informe pericial psicológico, mediante el cual se pretendía establecer si el procesado presentaba rasgos psicopáticos asociados a comportamientos de personalidad antisocial que faciliten el desarrollo de conductas punibles.

6.5.5 Del examen del mencionado documento solamente se puede concluir lo siguiente: i) el valorado no presenta rasgos de personalidad antisocial; ii) el señor LFMS y su familia conviven en precarias condiciones donde el sustento económico lo ingresa el joven; y, iii) la situación de marginalidad de la familia lo ha llevado a realizar actividades laborales con cultivos y sustancias catalogadas como ilícitas pero que se consideran normales en la región en que ha vivido.

6.5.6 Del citado informe se puede concluir: i) que el encartado sí cuenta con un núcleo familiar estable que se brinda apoyo, que se dedican a la agricultura y que no existen antecedentes psiquiátricos personales que le afecten; ii) el señor LFMS cuenta con escolaridad básica primaria y se desempeña en labores del campo; iii) Sobre la situación de pobreza no se considera extrema en el entendido que si bien vive en condiciones precarias cuenta con un ingreso, dotación mínima de enseres y muebles.

6.6 En ese orden de ideas se debe manifestar en aplicación del principio de necesidad de prueba que se deduce de los artículos 372 y 381 del CPP, que pese a haberse evidenciado que el señor LFMS reside en una vivienda de condiciones precarias, no se estableció el nexo de causalidad o la injerencia de tal hecho en la conducta por la cual fue acusado, conclusión a la cual se llega siguiendo el criterio que ha tenido esta corporación sobre el tema de las condiciones de aplicación del artículo 56 del C.P.

6.7 Todas estas situaciones llevan a esta Corporación a concluir que en el caso *sub examen* no se demostró la relación entre el estado de marginalidad alegado por la defensa y la conducta que se le atribuyó, consistente en transportar sustancia estupefaciente en cantidad que superaba ampliamente la dosis mínima permitida, máxime si se tiene en cuenta que el procesado transportaba dicha sustancia en gran cantidad en un vehículo de transporte público, lo que lleva a inferir que el acusado estaba en capacidad de asumir el costo de su adquisición, al no haberse demostrado que no lo animaba un propósito distinto para llevar consigo la citada sustancia.

6.8 En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará en su integridad la decisión de primera instancia en la cual se condenó al señor LFMS.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala 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 Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira el 18 de mayo de 2018, mediante la cual se condenó al señor LFMS por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

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 1 a 5. [↑](#footnote-ref-1)