

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA - Deber de Motivación. / DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Concurso de Conductas Punibles. / DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Criterios de Ponderación de la Pena: Parámetros para la Ubicación y Fijación de la Sanción dentro de los Cuartos de Movilidad – No hay lugar a la modificación del monto de la sanción impuesta, siendo que la funcionaria judicial motivó adecuadamente la sentencia con respecto al proceso de individualización de la pena en concreto, atendiendo las particularidades del caso, al existir concurso de conductas punibles, reconocimiento de las circunstancias de marginalidad y pobreza extremas y teniendo en cuenta la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación y la captura en flagrancia; ubicándose correctamente en el cuarto mínimo y considerando los criterios de ponderación de la pena, por lo cual no era factible ubicarse en el extremo mínimo del cuarto escogido, siendo procedente el incremento de la sanción establecido, lo cual se encuentra conforme a la norma sustantiva vigente y los principios rectores de la Ley Penal, especialmente con las funciones que debe cumplir la pena./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dra. Ana Julieta Arguelles Daraviña
Proceso N°	: 528356000538201501082-1
No. Interno	: 22133
Conducta Punible	: Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes
Acusado	: JRMR
Decisión	: Fallo confirma el recurrido
Aprobado	: Acta N° 20 de 28 de septiembre de 2018

San Juan de Pasto, tres de octubre de dos mil dieciocho
(Hora: 03:00 pm)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JRMR, contra la sentencia de 18 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, que lo condenó como autor del delito de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones, de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas, y tráfico y fabricación o porte de estupefacientes*, imponiéndole como pena principal cuarenta (40) meses y siete (7) días de prisión, multa de diecinueve (19) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal.

El motivo de inconformidad del apelante, gira en torno a dos aspectos; el primero referente a la dosificación de la pena y el segundo, frente a la negativa de concesión del subrogado de “Libertad Condicional”, consecuencia ésta del talante punitivo impuesto al procesado.

1. Supuestos fácticos

El 22 de Agosto de 2015, siendo aproximadamente las 09:40 horas, el grupo de Operaciones Especiales de Hidrocarburos Sección No. 14 en puesto de control instalado en el corregimiento de la Guayacana, vía principal Pasto – Tumaco, realizó “*el pare*” a un vehículo tipo automóvil, marca Hyundai Accent, de placas TMG 375, de color azul, modelo 1998, mismo que era conducido por una persona quien manifestó llamarse JRMR. Al momento de practicarle un registro, éste portaba un bolso tipo canguro de color negro, en el que se encontraron tres (3) barras de dinamita, nueve (9) capsulas anelétricas, cincuenta (50) centímetros de mecha de seguridad y doscientos cincuenta (250) gramos de una sustancia que por su color, olor y textura se asemeja a la base de coca. Por tales hechos el ciudadano fue inmediatamente capturado.

Lo anterior, dio lugar a la captura y disposición ante la autoridad competente para su judicialización.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

2.1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Tumaco (Nariño) con funciones de control de garantías, el 22 de agosto de 2015, por solicitud de la Fiscalía 40 Seccional de Tumaco (Nariño), se adelantó audiencia preliminar concentrada con el fin de realizar la

correspondiente legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró la legalidad de la captura, se le imputó a título de dolo el delito de *fabricación, tráfico, porte de armas, municiones de uso privativo, de uso restringido de las fuerzas militares o explosivos*, de que trata el artículo 366 del Código Penal, en concurso heterogéneo con el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, consagrado en el artículo 376 del Código Penal, en la modalidad de portar, con dispositivo amplificador del tipo de las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas contenidas en el artículo 56 ibídem. En misma audiencia, la Fiscalía solicitó que se imponga medida de aseguramiento de detención domiciliaria para el procesado teniendo en cuenta que de manera libre, consiente, voluntaria y bajo la debida asesoría de su abogado defensor éste se allanó a los cargos imputados.

De otra parte, la defensa solicitó que se conceda permiso para laborar, petición que tras la consideración realizada por la Judicatura, fue resuelta de manera negativa; seguidamente, se impuso la detención preventiva domiciliaria.

El 18 de mayo de 2017, se celebró ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, audiencia de individualización de la pena y sentencia, en la cual, el ente acusador dio a conocer las condiciones personales, sociales y familiares del procesado, así como la carencia de antecedentes penales; estimó que para determinar la pena a imponer debía tenerse en cuenta que, si bien el procesado de manera libre y voluntaria aceptó los cargos imputados, la conducta de la cual emana la condena a proferir es agravada por el artículo 382, numeral 3 del Código Penal, aspecto a tener en cuenta por la judicatura para determinar los cuartos en los cuales individualizar la pena.

Por su parte, la defensa del procesado, recalcó la aceptación de cargos por parte de su prohijado, así como el escenario particular frente a la situación de marginalidad otorgada de acuerdo al artículo 56 del Código Penal, aspirando así, que al momento de imponerse la pena se parta del primer cuarto, tomándose de éste el extremo inferior.

2.2. El 18 de Mayo de 2017, se llevó a cabo audiencia de lectura de sentencia. En el fallo materia de revisión, el funcionario de primera instancia, después de referir los antecedentes fácticos, la identidad e individualización del procesado y la actuación procesal surtida; procedió a constatar la existencia del mínimo probatorio que permita inferir la autoría de MR en la conducta y su tipicidad.

Acto seguido, indicó que el procesado es autor de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones, de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y tráfico y fabricación o porte de estupefacientes; se hizo un estudio de los elementos del delito, tales como, la culpabilidad y la antijuricidad de la conducta, determinando la concurrencia de todos los presupuestos dogmáticos para proferir sentencia condenatoria.

Frente a la calificación jurídica de los hechos, la situación del procesado y la dosificación punitiva, indicó que debido a la presencia de concurso de conductas punibles se debe proceder de acuerdo a lo contemplado en el artículo 31 del Código Penal, según el cual el condenado quedará sometido a la conducta que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior de la suma aritmética de las que corresponde a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En línea con lo anterior estableció la ausencia de necesidad de realizar la tabulación o dosificación de cada una de las conductas fruto de la sentencia, ya que, bajo un simple ejercicio de observación, basado en la naturaleza de la pena principal de prisión común para ambas tipificaciones penales, resulta más grave la determinada para el delito de fabricación, tráfico, porte de armas, municiones de uso privativo, de uso restringido de las fuerzas armadas (Artículo 366 Código Penal), en tanto que para el otro delito endilgado, esto es, el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Artículo 376 inciso 3º del Código Penal), la pena de 96 a 144 meses de prisión. Así refirió que es con base en la primera a partir de la cual debía edificarse el proceso de dosificación y determinación de la sanción.

Trae a colación, el reconocimiento por parte del ente acusador de las circunstancias tratadas por el artículo 56 del Código Penal (situaciones de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza), en virtud de las cuales, la pena con el *quantum punitivo* de mayor gama, pasaría de contemplarse entre 132 a 180 meses de prisión, a un total de 22 a 90 meses de prisión, dejando en claro, su inconformidad con dicha disminución al considerar un erróneo reconocimiento del beneficio por parte del fiscal encargado, dado que se está frente a la ausencia de un real estudio fáctico, y en contrario a ello, la asignación de la titularidad del criterio de favorabilidad de manera arbitraria y apresurada.

Refiere que si bien el Fiscal, para sustentar las mismas, trajo a colación elementos materiales probatorios, tales como, copia de un carnet que acredita al procesado como pescador o el informe socio familiar que da cuenta que es una persona de escasos recursos, con éstos o los argumentos allegados, no se demostró la presunta condición de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema, incidieron directamente en la ejecución del injusto reprochado.

Agrega que no es de recibo que el ente acusador, sobre quien recae la obligación de combatir la impunidad, acoja posturas que resultan cuestionables, en vista de que pueden ser asumidas de manera continua por otros funcionarios y ello lleve a incentivar la ocurrencia de dichos injustos, dada la benevolencia con la que son sancionados.

So pena lo anterior, deja claro que el Despacho es conocedor de que el ente acusador no puede retractarse de los términos de la imputación, y dado que no se conculcaron derechos ni garantías constitucionales, y que en razón a ello resulta pertinente continuar con el proceso de individualización de la pena.

Tras las aclaraciones anteriores, el *a quo* estableció que aún bajo la presencia de las circunstancias de menor punibilidad como la carencia de antecedentes penales contemplada en la codificación penal vigente, el artículo 61 del Código Penal, se exige la ponderación entre la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, hecho por el cual el funcionario judicial ahonda en los tópicos referidos dentro de los actos causa de las ilegalidades cometidas por el procesado, estableciendo que por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones, de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, se impondría una pena de treinta y seis (36) meses de prisión, guarismo al cual agregaría adicionales a diez (10) meses de prisión debido al concurso con el punible de Tráfico y fabricación o porte de estupefacientes, aunado a multa de veintidós (22) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Seguidamente, reconoció la rebaja del 12.5% de la pena a imponer, en virtud del allanamiento a cargos y la circunstancia de captura en flagrancia, quedando ésta en cuarenta (40) meses y siete (7) días, junto con las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y el derecho a portar armas de fuego, por un periodo de tiempo igual al de la pena principal. Igualmente se aplicaron a la multa a imponer, razón por la cual se definió en diecinueve (19) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente, al hacer alusión a los subrogados y sustitutos penales, partió de lo preceptuado en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que verificó el contenido del artículo 68A del Código Penal, para indicar que el caso concreto existe prohibición expresa para la concesión de beneficios y subrogados penales, específicamente por el punible de tráfico y fabricación o porte de estupefacientes, en virtud de la cual no hubo lugar a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni del sustituto de la prisión domiciliaria, ordenando así que la pena impuesta se purgue por parte del procesado en establecimiento penitenciario destinado por el INPEC.

3. Argumentos del recurrente¹

El representante judicial del condenado JRMR apela la decisión de primera instancia, buscando como punto principal una reestructuración frente a la dosificación de la pena, y como consecuencia de esto, la concesión a favor de su prohijado del subrogado penal de la libertad condicional.

3.1 Al efecto, alega que la decisión del *a quo* frente a la dosificación impuesta por los actos antijurídicos cometidos por su poderdante

¹ Primer Cuaderno, Escrito de Apelación, Folio 46

desconoce las disposiciones plasmadas en el artículo 55 del Código Penal, así como los caracteres propios del caso frente a la ausencia de antecedentes penales, el allanamiento a cargos en pertinente espacio procesal y el reconocimiento de su condición de extrema pobreza e ignorancia.

Refiere existe una de contradicción por parte del *a quo*, quien reconoce la convergencia de condiciones de favorabilidad que hacen necesario la imposición de una pena basada en el cuarto mínimo, pero que realizó la dosificación en el primer cuarto medio, *“desconociendo así los criterios de movilidad y/o los fundamentos para la individualización de la pena”*.

Aunado a lo anterior, aduce que la judicatura no toma en cuenta la petición emanada por parte del señor Fiscal frente a la imposición de medida de aseguramiento en lugar de residencia del condenado.

3.2 Frente al subrogado penal, expresó que en consecuencia de la medida impuesta, automáticamente niega la posibilidad para su prohijado de acceder al beneficio de la libertad condicional, por encontrarse la dosificación, en un rango superior al mínimo que se establece como requisito normativo del mismo.

Finalmente, solicitó se reforme la sentencia apelada en el numeral primero de la providencia, para en su lugar, se aplique la pena principal de treinta (30) meses y en mismo sentido se conceda por mérito el subrogado penal de la libertad condicional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **JRMR** contra la sentencia del 18 de Mayo de 2017 emitida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco (Nariño), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Reclama el abogado de la defensa en favor de su representado la modificación del numeral primero de la providencia frente a la pena principal impuesta de cuarenta (40) meses y siete (7) días de prisión para en su lugar, se aplique la pena principal de treinta (30) meses y en mismo sentido, se conceda por mérito el subrogado penal de la libertad condicional, bajo la hipótesis del desconocimiento por parte del *a quo* de las condiciones de favorabilidad reconocidas en la audiencia de formulación de imputación.

Debe la Sala entrar a examinar si la inconformidad manifestada, tiene soporte normativo o jurisprudencial que la avale y pueda prosperar, o por el contrario, carece del mismo y deba entonces confirmarse la decisión.

3. Asunto previo

Lo primero que se debe precisar, es que con ocasión al principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala solo se debe pronunciar con ocasión a los temas objeto de impugnación y a los

inescindiblemente vinculados a éstos. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en SP 45223 del 20 de abril de 2016 dijo:

“...como lo tiene sentado la Sala, si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos por virtud del artículo 31 de la Constitución Política, en cuanto consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro de tal premisa entonces, el sentenciador de segundo grado debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales”. (Subrayas propias de la Sala)

Es menester recalcar, que el presente estudio se da en virtud al conocimiento en segunda instancia de la decisión fallada por el *a quo*, situación que exige el pronunciamiento de la Sala, únicamente de los temas solicitados en escrito de impugnación, que previamente se hayan tratado y analizado por la judicatura en primera instancia procesal, encontrando así la improcedencia del reclamo del subrogado penal de la libertad condicional, puesto que este en ningún momento le fue solicitado ni puesto en conocimiento al juzgador primario de los hechos.

En ese orden, se está frente a la falta de competencia por parte de la Sala para analizar de fondo un tópico que aun no ha surcado los escenarios procesales que le corresponden.

Conforme lo anterior, la Sala únicamente se pronunciará sobre la viabilidad de conceder la modificación en la dosificación de la pena privativa de la libertad impuesta a JRMR.

4. El proceso de la dosificación punitiva

Como ya se anunció, la defensa ataca el proceso de dosificación punitiva en cuanto a la decisión de movilidad dentro de los límites superiores del primer cuarto realizada por parte del *a quo*, desconociendo a su juicio, las situaciones de favorabilidad propias de su prohijado, las referencias realizadas por el ente acusador en las audiencias previas e igualmente las disposiciones legales propias del proceso de dosificación e imposición de la condena.

Así pues, a fin de establecer un marco de interpretación de los fácticos que convocan el presente estudio, resulta conveniente traer a colación el artículo 4º del Código Penal, que dispone que *“la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”*

Disposiciones estas, que sirven de base frente al trasfondo de los parámetros y fundamentos necesarios para realizar la individualización de la pena, mismos que se presentan como guía para materializar mediante la sanción, las finalidades punitivas correspondientes, siendo al fin y al cabo más que un ejercicio aritmético estrictamente reglado,

la ejecución de una ponderación de las particularidades de cada asunto.

En consecuencia, se habla no solamente de una interpretación y estructuración de parámetros legales fijos, sino también, de un análisis detallado de los fácticos fruto de las conductas reflejadas en la motivación y en la materialización de la sanción dispuesta.

Aunado a lo anterior, en vista de que el recurrente efectúa un cuestionamiento frente a la motivación de la providencia, resulta preciso traer a colación lo que sobre el tema ha dicho la Corte Suprema de Justicia, misma que ha estructurado la siguiente postura:

“... Una de las funciones capitales que cumple el deber de fundamentación, consiste en mostrar la manera en que la sentencia judicial condensa en sí misma cómo encajan todas las piezas del ordenamiento, es decir la manera que ellas justifican su razón de ser.

... De esta manera, el deber de motivar las decisiones judiciales, en cuanto muestra la manera de ejercer la autoridad, hace visible la decisión y se erige en un componente esencial del debido proceso, pues en el Estado Social de Derecho a todo poder creado le corresponde un control como su correlato necesario, en lo cual va envuelta la legitimidad del sistema jurídico.

... Como ya se anticipó, en el plano doméstico la exigencia de motivación hoy no aparece de modo explícito en la Carta Política; no obstante, subyace en el derecho fundamental al debido proceso, que el juez dé cuenta acerca de cuáles son las premisas normativas a cuyo amparo prodigó la decisión. En ese primer cometido, corresponde al juez asumir compromisos argumentativos sobre la vigencia de la norma, de su validez formal y axiológica, así como sobre la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico. Pero ahí no culmina el juez su laborío, pues además debe seleccionar el conjunto de premisas fácticas, que a manera

de proposiciones acerca de la realidad, tienen la pretensión de ser aceptados como verdaderas, para lo cual ha de mostrar el soporte probatorio mediante la disección de las pruebas y la explicación del mérito de convicción que ellas merecen separadamente y en su conjunto, así como de la correspondencia entre las fórmulas normativas, los hechos probados y la consecuencia que de ellos se desprende. Si esta exigencia no es atendida cabalmente, se resiente el derecho fundamental al debido proceso, pues, como es sabido y aceptado, la afirmación de existencia de los hechos, con pretensiones de verdad, debe ajustarse a las pruebas legal y oportunamente producidas en el juicio.

... Es menester registrar que el deber de motivar las decisiones no se satisface con la expresión objetiva de las razones que acompañan la resolución, sino que, desde una perspectiva constitucional, se impone hurgar con mirada penetrante si esa motivación satisface o no las actuales exigencias constitucionales”²

En síntesis, la motivación de las providencias emanadas por la judicatura, en cualquiera que sea su ámbito de acción, conecta el deber referente a la sustentación de la decisión con el derecho intrínseco del debido proceso, posicionando a la figura argumentativa como salvaguarda de la justicia, con fin principal de evitar la promulgación de decisiones arbitrarias o sin sustento legal alguno.

Se procede entonces, a examinar si las razones plasmadas por el juzgador de primera instancia, soportan adecuadamente las disposiciones adoptadas en el asunto.

Para el anterior ejercicio, debe traerse a colación los fácticos que rodearon el proceso penal que llevó a imponer la sanción en contra de MR que hoy se discurre, mismos que se partieron de acciones ordinarias de las funciones de salvaguarda y protección del orden público realizadas por parte de los organismos militares de la Nación

² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia No. 2004-00729-01 del 29 de Agosto de 2008, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

en la vía principal del municipio de Tumaco, departamento de Nariño, dentro de las cuales se encontró en poder del condenado un bolso tipo canguro de color negro, en cual se encontraron *“tres (3) barras de dinamita, nueve (9) capsulas anelétricas, cincuenta (50) centímetros de mecha de seguridad y doscientos cincuenta (250) gramos de una sustancia que por su color, olor y contextura se asemeja a la base de coca”*³ situación esta, que devela la configuración de los actos delictivos ya conocidos y tratados en proceso penal fruto del presente análisis, pero igualmente refiere la posesión de una cantidad de estupefacientes y material explosivo, situación que debe tenerse en cuenta al momento de examinar la dosificación de la condena aplicada.

En el evento examinado las conductas atribuidas al condenado indudablemente se enmarcan en aquellas promotoras de diversas empresas criminales en los últimos tiempos, con una notable incidencia a nivel regional y un especial impacto negativo en el Municipio de San Andrés de Tumaco, actuaciones que figuran incluso, por su naturaleza y contexto, como origen de zozobra y temor para la ciudadanía.

Ese análisis precisamente adelantó el juzgador para imponer la ya conocida pena de cuarenta (40) meses y siete (7) días de prisión al señor MR, destacando que la modalidad de comisión del delito es altamente perturbadora frente al entorno social, resaltando conjuntamente la percepción social del mismo como un actuar sin graves consecuencias y por tanto, increpando a la judicatura a emanar fallo teniendo en cuenta su responsabilidad en los tópicos que limitan más allá del caso en concreto.

Aunado a lo anterior, el *a quo* es claro en el acápite dedicado a la motivación de la dosificación aplicada, en la necesidad de establecer

³ Primer Cuaderno, Sentencia No. 37 del 18 de mayo de 2017, Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, Folio 44.

una sanción que con base en la codificación penal, ilustre justa retribución punitiva frente a los ilícitos cometidos; para el efecto, expresa como sustento de su decisión, lo siguiente:

“De otra parte, conforme lo establece el artículo 61 del Código Penal deberá ponderarse la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Al respecto, resulta pertinente señalar que el Despacho no puede pasar por alto que la conducta por la que será condenado JRMR, revisten suma gravedad y son de especial connotación en esta región del departamento de Nariño. En efecto, la zona de la costa pacífica Nariñense se ha visto agobiada por hostilidades perpetradas por personas que desatan el terror y la zozobra en los miembros de la comunidad, quienes para desarrollar su prontuario delictivo se han hecho a diverso material bélico, entre ellos, armas de corto y largo alcance, material explosivo y de guerra que produce daño contundente cuando es accionado además de intimidación, miedo y zozobra en la población cuando este es portado y accionado por civiles, de ahí que su venta, comercialización y porte esté prohibido por la ley y este únicamente confiado a los miembros de las fuerzas militares.”
(Subrayado por la Sala)

De lo cual, sienta como fáctico comportamental relevante lo siguiente:

“Por otro lado, debe considerarse, además, que el encartado buscó asegurarse a toda costa la realización de su interés criminal, según se deduce de los elementos materiales aportados por el ente acusador, lo que acentúa el dolo. Tampoco se puede pasar por alto que el actuar del condenado colocó en peligro inminente el bien jurídico tutelado de la seguridad pública al igual que el de la salud pública, los que abarcan la protección y el bienestar de la comunidad por ello el legislador ha destinado para este tipo de conductas penas drásticas y ejemplares.”

Adicionalmente, ya haciendo alusión a las funciones de la pena para el caso concreto, expresó:

“Por las anteriores razones , resulta indispensable el cumplimiento de la pena y más para el caso en concreto, pues la misma buscará la resocialización del encartado, haciéndole entender que no se debe buscar la satisfacción de intereses económicos acudiendo a medios egoístas e ilegales, rechazados por la humanidad, por cuanto atentan contra valores y principios fundantes de la vida en comunidad, a la vez que, en desarrollo de la prevención general, contrario a lo ignorado por el señor fiscal que atendió las audiencias preliminares en este asunto, se pretenderá llevar a la comunidad de Tumaco y sus zonas aledañas, el mensaje claro de que esta modalidad delictiva es de suma gravedad y se sanciona con penas severas.” (Subrayado por la Sala)

Prima facie, se encuentra la presencia de motivación enmarcada en los lineamientos de la Corporación, siendo tal un sustento con base normativa en la codificación penal, aunado esto, a una buena relación de los hechos con el contexto social, buscando incluso, que la condena aplicada a este caso sirva en función del bien general, aun sobre los límites del propio asunto.

Así pues, se encuentra que, contrario a las manifestaciones de la defensa acerca de un desconocimiento de motivación frente a la cuantía de la pena asignada, es claro que el *a quo*, actuó con adecuado criterio, motivando las razones para su decisión, recurriendo a los denominados criterios de ponderación tales como la modalidad y gravedad de la conducta, el daño causado, la intensidad del dolo, etc.

Lo anterior se comparte por la Sala sin reservas, porque es evidente que no se trata de una invención caprichosa o arbitraria, sino, sujeta a una realidad procesal verificable, acorde y respetuosa de las circunstancias fácticas, y con fundamento jurídico y probatorio.

Se tiene así, que desde el plano argumentativo, la Sala comparte la posición del juez de primera instancia en cuanto a la necesidad de una sanción ejemplar, que *prima facie*, tendría como procedente la dosificación ejecutada, quedando únicamente bajo análisis, la verificación del marco aritmético sustantivo de la condena, respaldando desde un inicio la inaplicabilidad de una pena mínima dentro del cuarto por Ley correspondiente.

4. Determinación judicial de la pena en los casos de concurso de delitos

Como se indicó en precedencia, al presente caso converge imputación y aceptación de cargos en calidad de autor por parte del señor JRMR, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones, de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas (Art. 366 Código Penal), en concurso con el punible de Trafico y Fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 Código Penal)

Así pues, en función del rotulo de concurso de conductas punibles, establece el artículo 31 del Código Penal lo siguiente:

"El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder cuarenta (40) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la

tasación de la pena correspondiente. PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

Al respecto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto⁴, en pronunciamiento símil al aquí estudiado, indicó lo siguiente:

“De acuerdo con la norma sustantiva penal transcrita, el procedimiento de determinación judicial de la pena aplicable en Colombia en eventos de concurrencia delictual se acomoda al mecanismo conocido por la doctrina como de “acumulación jurídica de penas”⁵, el cual se encuentra en oposición y de verdad proscribe la aplicación del sistema de “acumulación material”⁶, que implica una suma aritmética de las sanciones previstas para cada uno de los delitos, sin límite de ninguna índole, pues partía del presupuesto que “... el hombre debía sufrir tantos castigos como acciones en sentido jurídico penal hubiera realizado”. Se afirma lo anterior porque el artículo 31 del Código Penal establece un límite a la sumatoria material de penas, al señalar que en casos de concurso de conductas punibles se aplica la pena que corresponde al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, con la limitante o demarcación que esta no puede ser superior “... a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

En este punto, cabe interrogarse: ¿Cómo se determina la pena más grave en el concurso de delitos? Al respecto el alto tribunal de justicia penal ha sentado la siguiente tesis:

“... no es la consagración legal de la pena la que marca el criterio esencial para dosificar la concreta sanción de cara al concurso de conductas punibles, sino su individualización específica respecto de cada una de ellas, porque puede ocurrir que determinado comportamiento que

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, Sentencia No. 13 del 12 de Diciembre de 2017. NI 22962. M.P. Dr. Silvio Castrillón Paz.

⁵ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”. Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá D.C. 2009. Página 1018.

⁶ POSADA MAYA, Ricardo. HERNANDEZ BELTRAN, Harold M. “EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO – referido a la ley 599 de 2000). Universidad Pontificia Bolivariana – Facultad de Derecho. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. 2001. Página 892.

reprimido con una sanción penal menos severa que la prevista para otro con el que concurra, resulte más duramente sancionado que éste al cuantificar la que merece. Por esa razón, es menester entrar a sopesar en concreto la pena para cada una de las delincuencias en concurso”⁷.

De conformidad con lo anterior, se puede llegar a la conclusión que la pena más grave se hace evidente solo cuando se proceden a individualizar judicialmente las correspondientes sanciones en concreto, no antes.”

Encuentra la Sala que este ejercicio aritmético y analítico fue tenido en cuenta de manera adecuada, en la providencia emitida por el Juez Penal del Circuito Especializado de Tumaco, como se advierte en el acápite quinto de la sentencia objeto de estudio, en donde la argumentación previa al dictamen de la cuantía de la pena a imponer se observa lo siguiente:

“En el sub judice no existe la necesidad de realizar la tabulación o dosificación cada una de las conductas por las que se dicta sentencia, ya que de bulto se observa que de acuerdo a la naturaleza de la pena principal de prisión, común para los delitos de fabricación, tráfico, porte de armas, municiones de uso privativo de uso restringido de las Fuerzas Armadas o explosivos (prisión de 11 a 15 años) y tráfico, fabricación, tráfico de estupefacientes (prisión de 96 a 144 meses) resulta más grave la primera, de manera que será a partir de esta que se edifique el proceso de dosificación y determinación de la sanción.”

En consecuencia, se parte en el presente concurso de conductas punibles, de la presencia de dos delitos, el primero, reglado por el artículo 366 del Código Penal, con sanción cuantificable entre ciento treinta y dos (132) y ciento ochenta (180) meses de prisión, y el segundo, estipulado por el artículo 376 de la norma en cita, con una pena contemplada entre noventa y seis (96) y ciento cuarenta y cuatro

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. sentencia del 25 de marzo de 2004. Radicado 18.654. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

(144) meses de prisión, siendo evidente aquella con carga superior para el condenado.

Sin embargo, previo a la realización de las operaciones matemáticas correspondientes a la dosificación de límites enmarcada en los preceptos de las normas referentes al concurso de conductas punibles en la legislación nacional, es menester, aplicar a ambas conductas, en virtud de la individualización correspondiente a cada cual, las circunstancias presentadas como favorables para ambas, siendo tales las referentes al Artículo 56 del Código Penal, por la cual:

“El que realice la conducta punible bajo la influencia 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 entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.” (Subrayado por la Sala)

Situación ésta, que en aplicación al caso concreto, da a luz un nuevo escenario cuantitativo de movilidad en la pena, oscilando la conducta de mayor talante condenatorio (Artículo 366 Código Penal) entre veintidós (22) y noventa (90) meses de prisión, en concurso esta, con la contemplada en el Artículo 376 del Código Penal, que refiere como sanción la aplicación de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses de prisión, tal como puede observarse a continuación:

Cuartos de Movilidad								
Artículo 376. Código Penal (Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.)								
Ámbito de movilidad	cuarto mínimo		primer cuarto medio		segundo cuarto medio		cuarto máximo	
14 meses	16	30	30	44	44	58	58	72
Artículo 366. Código Penal (Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.)								
Ámbito de movilidad	cuarto mínimo		primer cuarto medio		segundo cuarto medio		cuarto máximo	

17 meses	22	39	39	56	56	73	73	90
----------	----	----	----	----	----	----	----	----

Acto seguido, en cumplimiento de lo preceptuado por el Artículo 31 del Código Penal, se dispone a calcular los límites de imposición de pena por el concurso de punibles, respetando el tope cuantitativo de la suma aritmética de las condenas previamente individualizadas y el límite legal de imposibilidad de sobrepasar los sesenta (60) años de prisión, teniéndose por tanto un ámbito de movilidad entre los veintidós (22) meses como mínimo, y los ciento sesenta y dos (162) meses de prisión, como máximo.

Previa continuidad del análisis, es de resaltar, que al presente caso, obra la movilidad para la asignación de condena dentro del primer cuarto de la dosificación punitiva por cumplimiento de lo reglado en el artículo 61 del Código Penal, el cual refiere:

“Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.” (Subrayado por la Sala)

Lo anterior fue reconocido por el *a quo* en el ejercicio de la fijación cuantitativa realizada, al encontrarse imputadas, únicamente situaciones favorables frente a la condena, sin significar eso, un deber agregado de imposición del mínimo, dentro del cuarto más bajo de movilidad de la pena, dejando en claro mediante la sustentación motiva de la providencia, la ejecución de una movilidad más laxa dentro del límite punitivo escogido.

En concordancia con la reglamentación penal, se refiere como cumplimiento del artículo transcrito, la disminución de la pena máxima al caso (Artículo 366 Código Penal), estipulada ésta entre ciento treinta y dos (132) y ciento ochenta (180) meses de prisión, a una condena tasable entre veintidós (22) y noventa (90) meses de prisión, y de la pena que se estipula en concurso de conductas punibles (Artículo 376 Código Penal), partiendo de noventa y seis (96) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, a una pena final de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses de prisión; situación ésta, que el juzgador de primera instancia tiene en cuenta dentro de la dosificación realizada por los punibles realizados, tal como puede observarse a continuación:

“Entonces, como ya se dijo, el tipo básico de fabricación, tráfico, porte de armas, municiones de uso privativo de uso restringido de las Fuerzas Armada o explosivos en las circunstancias previstas en el artículo 366, adicionadas las especiales condiciones señaladas en el artículo 56 del CP, prevé que la pena a imponer tiene unos límites de veintidós (22) meses, como mínimo, y noventa (90) meses como máximo.”⁸

En ese orden, es evidente la aplicación del reconocimiento especial de la situación contemplada por el Artículo 56 del Código Penal, toda vez que esta situación se refleja en la motivación del fallo y en su parte resolutive, partiendo de una pena claramente ubicada bajo lo que sería

⁸ Primer Cuaderno, Sentencia No. 37 del 18 de mayo de 2017, Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, Folio 38.

el cuarto mínimo de la condena total contemplada por la codificación penal.

Ahora bien, en cuanto al beneficio otorgado por el Artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, referente al allanamiento de cargos, la normativa que la dispone indica que *“la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. (...)”* (Subrayado por la Sala.)

De conformidad al articulado, se encuentra en el asunto, que en etapa procesal pertinente, es decir, audiencia de formulación de imputación, en el proceso consignada como Acta No. 88 del 22 de Agosto de 2015, se expresa por parte del representante del ente acusador a cargo del asunto, el ofrecimiento de una rebaja de la *“octava parte de la pena”* una vez que el procesado acepte cargos y se acoja al beneficio de que trata el Artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, hecho por el cual, en práctica, se debió aplicar en sentencia, una disminución del 12,5% del total de la pena impuesta al condenado.

Se tiene entonces, que el juez de primera instancia es explícito frente a la ejecución del beneficio en cuestión, toda vez que bajo su imposición, regla una pena privativa de la libertad de treinta y seis (36) meses de prisión, con adición de diez (10) meses bajo en cumplimiento de Artículo 31 del Código Penal, que al traer a protagonismo la disminución aceptada al órgano Fiscal en función al allanamiento a cargos, deriva en una pena de cuarenta (40) meses y siete (7) días de prisión como condena final.

Finalmente, contrario a las manifestaciones invocadas por el defensor en escrito de apelación, la Sala considera que las actuaciones

realizadas por parte del *a quo* en cuanto a la disposición cuantitativa de la pena, tanto en lo relativo al aspecto argumentativo de la misma, como a la materialización traducida en la condena específica impuesta, son el reflejo de una adecuada aplicación de la norma sustantiva vigente, así como del análisis del caso específico y la conexidad con los principios rectores de la Ley Penal, resaltando como centro de la decisión la función que le es menester cumplir a la pena dentro de todos los tópicos en los cuales influye.

En síntesis, a juicio de esta corporación, es procedente confirmar la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, al estipular una pena principal de cuarenta (40) meses y siete (7) días de prisión a nombre del señor JRMR, sin modificación alguna de las penas accesorias asignadas al condenado.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°. **Confirmar** la sentencia por las razones aducidas en la parte considerativa de esta providencia, absteniéndose de desatar la alzada sobre la libertad condicional conforme a lo arriba motivado.

2°. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y Cúmplase,

ANA JULIETA ARGUELLES DARAVIÑA
Magistrada Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario