

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISION PENAL

MARGINALIDAD, POBREZA O IGNORANCIA EXTREMAS – Aplicabilidad en casos en los que fáctica y probatoriamente proceda, redundando en un efectivo ejercicio de justicia material.

MARGINALIDAD, POBREZA O IGNORANCIA EXTREMAS – Al estar los punibles atribuidos indiscutiblemente vinculados o atados ideológicamente, la atenuante genérica de responsabilidad debe reconocerse para todos.

Teniendo en cuenta la atribución de cargos por el concurso de delitos de concierto para delinquir agravado por los fines de narcotráfico y el tráfico de estupefacientes, punibles estos que están indiscutiblemente vinculados o atados ideológicamente, porque existe conexidad entre ellos y que la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema sí influyó en la ejecución de las dos conductas, se determina que ambas deben estar cobijadas por esta circunstancia aminorante de punibilidad.

PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CASO DE CONCURSO DE DELITOS – Aplicación de reglas fijadas legal y jurisprudencialmente.

Conforme el Principio de Legalidad de la Pena y siendo que se cometió un error en la individualización de la sanción, al no tenerse en cuenta la marginalidad reconocida por la Fiscalía como circunstancia atenuante modificadora de los límites mínimos y máximos de la pena para ambas conductas punibles que fueron imputadas, cuyos cargos fueron aceptados, aspecto que afectó el proceso de dosificación punitiva en el concurso, en tanto se equivocó en la escogencia del delito mayor o más grave y que debía orientar la imposición de las penas, lo cual se hace evidente solo cuando se proceden a individualizar judicialmente las correspondientes sanciones en concreto, es procedente la redosificación punitiva.

Sentencia Penal N°:	04
Radicación:	523566000000-2017-00009-01 NI.27722
Acusada:	CFRR
Delitos:	Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes (Concurso).
Acta de Aprobación:	050 del 29 de abril de 2019

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, siete (7) de mayo del dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO A DECIDIR:

Procedente del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto –N- ha llegado el proceso penal tramitado en contra del señor CFRR por el delito de Concierto para Delinquir Agravado en concurso con el de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes. Le corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el Dr. Jairo Daniel Erazo Meneses, en su condición de Defensor Público, contra la sentencia condenatoria proferida anticipadamente por allanamiento a cargos el día 3 de octubre de 2018.

ANTECEDENTES HISTÓRICO PROCESALES RELEVANTES

Los hechos que han dado origen a la presente investigación aparecen relacionados en la sentencia de primer grado de la siguiente forma:

“A través de investigación adelantada por Policía Judicial se estableció la existencia de una banda dedicada al micro tráfico en la ciudad de Ipiales, Nariño, autodenominada los Nariñenses, algunos de cuyos miembros pudieron ser identificados, obteniendo ordenes de captura en su contra. Con orden de registro y allanamiento impartida por la Fiscalía 15 Local EDA de Ipiales – Nariño, el día 14 de diciembre del 2016, se realizaron allanamientos en inmuebles señalados como sitios de expendio de sustancias estupefacientes, logrando la captura de algunas personas.

Mediante orden de captura 026 emitida por el Juzgado Promiscuo del Municipio de Iles, se logró la aprehensión del ciudadano CFRR, el 16 de enero del 2016 en la ciudad de Ipiales”.¹

El día 17 de enero de 2017 se llevaron a cabo las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del señor CFRR, ante el Juzgado Primero Penal Municipal en Función de Control de Garantías de Ipiales.

¹Véase folio 110 del expediente.

En lo que concierne a la formulación de imputación, el titular de la acción penal atribuyó al señor CFRR la calidad de coautor a título de dolo de los punibles de Concierto para Delinquir Agravado (artículo 340 del C.P.), en concurso heterogéneo con Fabricación, Tráfico y Porte de Estupefacientes (artículo 376 inciso 2° del C.P.).

Ahora bien, la Fiscalía le propuso al señor CFRR que en caso de aceptar cargos se haría acreedor a una rebaja punitiva de hasta el 50% sobre la pena, haciendo precisión en que, de ser así, la pena para el delito de Concierto para Delinquir Agravado oscilaría entre CUARENTA Y OCHO (48) a CIENTO OCHO (108) meses de prisión y multa de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA (1.350) a QUINCE MIL (15.000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (SMMLV), sin hacerle precisión alguna sobre la sanción que correspondería por el delito concurrente (tráfico de drogas). También le comunicó que teniendo en cuenta su condición de "*habitante de calle*" (sic) se procedería de conformidad con el artículo 56 del Código Penal a reconocerle la circunstancia de ignorancia, marginalidad y pobreza extremas, por lo que dicha pena (se refirió exclusivamente al delito de concierto para delinquir agravado) se rebajaría en una sexta (1/6) parte del mínimo y la mitad (1/2) del máximo, es decir que pasaría a ser de OCHO (8) a CINCUENTA Y CUATRO (54) meses de prisión y multa de DOSCIENTOS VEINTICINCO (225) a SIETE MIL QUINIENTOS (7.500) SMMLV. Precisó también la Fiscalía que, teniendo en cuenta que al tratarse de varias conductas punibles unidas en concurso, la pena se aumentaría hasta en otro tanto (no precisó la cantidad) y que, además, se impondría la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo en el cual se determinara la pena de prisión a imponer por el Juez de Conocimiento. Esta imputación fue materia de

aceptación voluntaria o allanamiento a cargos por parte del imputado CFRR, debidamente asesorado por su defensa técnica.

Así las cosas, una vez la Fiscalía Segunda Especializada informó sobre el allanamiento a cargos, el cual había sido validado por el Juez de control de Garantías, el día 3 de octubre del 2018 se dio paso a la audiencia de individualización de pena y sentencia por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto –N-, audiencia en la cual el señor CFRR fue condenado anticipadamente a la pena principal de TREINTA Y CINCO (35) meses de prisión y multa por el equivalente de TRES PUNTO CINCO (3.5) SMMLV. Tras encontrarlo responsable en calidad de coautor y a título de dolo de las conductas delictivas de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES, imponiéndole además la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena privativa de la libertad, negándole además la concesión de subrogados y sustitutos penales.

Contra esta decisión ha mostrado disconformidad el doctor JAIRO DANIEL ERAZO MENESES, en su condición de apoderado de la defensa, interponiendo recurso de apelación para que se revise el proceso. Una vez surtido el trámite de sustentación, en cuyo escrito esencialmente ataca el proceso de dosificación punitiva, ha llegado el asunto a esta instancia judicial para definir la controversia en segunda instancia.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Como quiera que del fallo condenatorio emitido el 3 de octubre de 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de

Pasto, en contra del señor CFRR, exclusivamente se ataca la determinación judicial final de la pena, la Sala procederá a sintetizar los apartados pertinentes de la sentencia.

Precisó el Juzgador que se estaba en presencia de un concurso de delitos de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES**, y atendiendo que las directrices del artículo 31 del Código Penal exigen la determinación de las penas para cada delito en concreto, para establecer cuál es que resulta más grave, procedió a realizar el siguiente ejercicio dosimétrico:

Frente al delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** (artículo 340 inciso 2 del Código Penal), el cual conmina penas de prisión entre 96 y 216 meses y multa de 2.700 30.000 SMLMV., indicó que al haber aceptado cargos, el imputado tenía derecho a una rebaja del 50% de las sanciones a imponer, de suerte que las penas estaban entre 48 a 108 meses de prisión y multa de 1.350 a 15.000 salarios MLMV. Así mismo, en virtud del reconocimiento de la causal aminorante de responsabilidad del artículo 56 del Código Penal (marginalidad, pobreza o ignorancia extremas), que fue reconocida por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación del 17 de enero de 2017, estableció que las penas a imponer oscilarían entre 8 a 54 meses de prisión y multa de 225 a 7500 salarios MLMV.

Respecto del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** (consagrado en el artículo 376 del Código Penal), dijo que la ley contemplaba penas entre 64 y 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios MLMV. Estos marcos punitivos los dividió en cuartos, con los siguientes resultados:

SANCIÓN	I CUARTO	II CUARTO	III CUARTO	IV CUARTO
PRISIÓN	64 a 75 meses	75 a 86 meses	86 a 97 meses	97 a 108 meses
MULTA (SMLMV)	2 A 39	39 A 76	76 A 113	130 A 150

Añadió que atendiendo las disposiciones del artículo 60 del Código Penal y dado que sólo existen circunstancias de menor punibilidad, de conformidad con el numeral 8 del artículo 55 de la referida codificación, esto es, la condición de marginalidad y pobreza extrema, para la fijación de las sanciones se debía ubicar en el cuarto mínimo que va de SESENTA Y CUATRO (64) a SETENTA Y CINCO (75) meses de prisión y multa de DOS (2) a TREINTA Y NUEVE (39) SMMLV.

Consideró que entonces el delito mayor o más grave, y que debía orientar la imposición de las penas por el concurso era el de tráfico de drogas. Así las cosas, para imponer la pena en este delito procedió a ponderar la gravedad de la conducta y el daño ocasionado a la comunidad especialmente a la comunidad de Ipiales – N-, indicando que resulta indudable que el señor CFRR se organizó con otros para establecer una red de compra, venta y distribución de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades desde domicilios, colegios, bares y en diferentes sectores, para lo cual se asignaron roles, vulnerando así el bien jurídico de la salud pública y el orden económico social. En este orden de ideas, precisó que la pena deberá responder al principio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad debiendo además cumplir con los fines de prevención, retribución justa y prevención especial. Por lo anterior, consideró factible imponer una pena de SESENTA Y OCHO (68) meses de prisión y SEIS (6) SMMLV para el año 2018, montos estos que incrementados en SEIS (6) meses de prisión y UN (1) SMMLV por el concurrente delito de Concierto para Delinquir Agravado, dio como resultado una pena en

SETENTA Y CUATRO (74) meses de prisión y de SIETE (7) SMMLV., como multa. A esta tasación le aplicó la rebaja del 50% de pena por el allanamiento temprano a cargos, lo que reportó finalmente penas de **TREINTA Y CINCO (35) meses de prisión y TRES PUNTO CINCO (3.5) SMMLV.** Además, señaló que -de conformidad con los artículos 43, 44 y 52 del C.P.- había lugar a establecer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo que el de la pena principal.

Respecto a los sustitutos de la pena privativa de la libertad el fallador de primer grado estableció que según lo previsto en el artículo 63 del C.P., modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, y a voces del artículo 68A de la misma codificación, se pudo concluir que en el caso en concreto se está frente a delitos excluidos de los beneficios de subrogados penales así como de prisión domiciliaria, de ahí que surja *per se* la negativa de conceder la suspensión de la ejecución de la pena.

ARGUMENTACIONES DEL APELANTE ÚNICO

El apoderado de la defensa indicó que el Juez de primer grado cometió un error en la individualización de la pena, al no tener en cuenta que la circunstancia atenuante modificadora de los límites mínimos y máximos de la pena debía aplicarse para ambas conductas punibles, esto es que la condición de marginalidad reconocida por la Fiscalía operaba tanto para el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO como para el concurrente de TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES, amen que la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema sí influyó en la ejecución de las dos conductas imputadas, pues resultaría ilógico

pensar que el Fiscal sólo hubiere imputado dicha condición para el delito DE CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y que esa circunstancia no hubiere influido en el punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

Finalmente, llamó la atención respecto que dentro del fallo de primera instancia no existe explicación alguna por parte del Juez sobre el por qué no reconoció la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema al delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefaciente, de suerte que solicita al Superior Jerárquico que modifique la decisión adoptada en primer grado y proceda a imponer una pena que sea consecuente con los criterios y las reglas establecidas para la determinación de la punibilidad, reconociendo la circunstancia prevista en el artículo 56 del C.P., referente a la marginalidad y pobreza extremas para los delitos imputados, tal como se realizó en las audiencias preliminares, lo cual implica en que debe redosificarse favorablemente la sanción para su defendido.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

- 1. ¿Han sido adecuadamente dosificadas las penas impuestas al señor CFRR, quien aceptó su responsabilidad en audiencia de formulación de imputación, como coautor del punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO en concurso heterogéneo con el de TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en circunstancias de marginalidad y extrema pobreza previstas en el artículo 56 de la misma normatividad?*
- 2. ¿Debe reconocerse la atenuante genérica de responsabilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal a la dualidad de delitos concurrentes?*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestiones Preliminares.

La temática que concita la atención de la Sala está determinada por la controversia suscitada entre la judicatura y la defensa del acriminado CFRR, respecto a la determinación judicial de las penas principales y accesorias que en concreto le han sido fijadas en la sentencia del 3 de octubre de 2018, y que finalmente redunda en dilucidar si en el presente asunto debe reconocerse al acriminado la atenuante genérica de responsabilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal, derivada de haber actuado en condiciones de marginalidad, pobreza o ignorancia extremas solo respecto del delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**, o si también fue imputada o resulta operable reconocerla para el delito concurrente de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, aspecto éste último que afecta el proceso de dosificación punitiva en el concurso, porque se variaría el llamado “delito mayor o más grave”, que es el que debe orientar la aplicación de la fórmula concursal del artículo 31 del Código Penal.

Como quiera que el presente asunto está llamado a finiquitarse por un mecanismo alternativo y anticipado de terminación del proceso penal, como es del allanamiento a cargos, ocurrido en la audiencia de formulación de imputación, resulta claro que según lo establecido en el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal los términos de imputación se transmutan a una acusación, la cual será la base orientadora para el sentenciamiento congruente.

En esta órbita, la Sala revisará en detalle los términos en los que se realizó la imputación fáctica y jurídica de cargos –la cual como se dijo fue objeto de aceptación voluntaria y unilateral por el imputado-;

seguidamente recordará las reglas fijadas legal y jurisprudencialmente para la determinación de las sanciones en el concurso de delitos, y finalmente, de ser necesario, se harán las redosificaciones punitivas a que haya lugar.

2. Precisiones sobre los términos de la imputación fáctica y jurídica de la circunstancia atenuante de la marginalidad, pobreza e ignorancia extremas (artículo 56 del Código Penal).

La audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo en horas de la tarde del 17 de enero de 2017 en la ciudad de Ipiales, ante el Juzgado Primero Penal Municipal –en función de control de garantías– de dicha población, acto en el cual fungió como delegado del ente acusador el doctor EDWAR JIMMY MONCAYO MAFLA, Fiscal 15 Especializado EDA. En el record 18:20 a 21:03 el citado Fiscal le atribuyó coautoría en los delitos de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** en concurso heterogéneo con el de **TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, en la modalidad de llevar consigo, transportar y vender, establecidos en los artículos 340 inciso 2 y 376 del Código Penal.

Resulta trascendente precisar que en variados apartes de la audiencia de imputación el Fiscal hizo referencia que en el caso resultaba aplicable en favor del señor RR la circunstancia establecida en el artículo 56 del Código Penal, porque la organización criminal dedicada al micro tráfico de drogas que opera en esa región, la cual ha sido perseguida por la Fiscalía desde agosto de 2016, utilizaba consumidores como él para que las vendieran o las entregaran a sus compradores, a cambio de entregarles pequeñas cantidades de drogas (*bichas*) para su consumo, lo cual los convierte en distribuidores de

alucinógenos. Específicamente a partir del minuto 19:52 le precisó que ***“teniendo en cuenta su condición de persona de la calle o habitante de calle, la Fiscalía tendrá en cuenta esta situación y le rebajará la pena hasta en una sexta parte”***. Esto fue ratificado por el Fiscal en el minuto 22:42, en donde de manera explícita indicó que ***“...la Fiscalía tenía en cuenta en favor del imputado, por su condición de habitante de calle, la circunstancia del artículo 56, hablamos de la marginalidad...”***.

El problema surge porque en el curso de la citada audiencia preliminar de imputación el Fiscal utilizó la rebaja punitiva del artículo 56 del Código Penal exclusivamente para explicar la posible determinación de pena imponible respecto del delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**, omitiendo toda reflexión similar para el delito concurrente de **TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES**, aspecto que ha llevado al Juez de Conocimiento a concluir que dicha circunstancia aminorante de responsabilidad solo la había deferido o imputado el delegado del ente acusador respecto de un solo delito.

Al respecto debe indicarse que, para esta corporación tribunalicia, dicha conclusión resulta errada, según pasamos a analizar:

1.- El artículo 56 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) consagró una verdadera novedad normativa al establecer como causal diminuyente de punibilidad la circunstancia de obrar delictualmente bajo profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, precisando que estas circunstancias deben estar en plena conexidad intelectual con los ilícitos concretos base de procesamiento, porque solo pueden ser reconocidas ***“...en cuanto***

hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad”.

Este tratamiento benigno a personas cuya culpabilidad se encuentra disminuida por su condición de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, tiene su fundamento constitucional en el principio constitucional de respeto por la dignidad y condición humana (artículo 1 de la carta de 1991), al igual que refleja la necesidad de entregar respuestas punitivas proporcionales y razonables a los infractores de la ley penal (artículo 3 del Código Penal).

2.- Bien ha dicho la doctrina que para nadie es un secreto que el mundo en general y nuestro país en particular posee un altísimo nivel de personas que se encuentran bajo condiciones de ignorancia, marginalidad y pobreza extrema, que en NO pocas ocasiones los lleva a franquear las puertas de la delincuencia. Por supuesto que esta situación aconseja a los operadores judiciales o administradores de justicia a dar un tratamiento diferente a este tipo de población, precisamente porque es innegable que en muchas ocasiones no tienen otra alternativa, o por su situación son “utilizados” por las redes criminales para materializar sus propósitos delincuenciales. Es claro que situación diferente se tiene frente a aquellas personas que teniéndolo todo, o por lo menos contando con los recursos básicos para su congrua subsistencia, no operan sus “frenos inhibitorios” y con total conciencia de la antijuridicidad de sus actos no tienen reparo alguno en infringir la ley.

Pese a que nuestra legislación positiva en el artículo 32 del Código Penal ha consagrado el “ESTADO DE NECESIDAD” como una causal excluyente de responsabilidad, lo cierto es que fue acertado el

legislador al prever unas causales de atenuación punitiva para las personas que son movidas a cometer el delito por las condiciones ya citadas. En esas condiciones, el artículo 56 del Código Penal consagra esa realidad, siendo el reto de los Fiscales, Defensores y Jueces el de asegurar su aplicabilidad en los casos en los que fáctica y probatoriamente proceda, lo cual redundará en un efectivo ejercicio de justicia material.

3.- Retomando el análisis de los hechos que han dado lugar al sentenciamiento de condena anticipada al señor CFRR, se tiene que el Fiscal que instruyó el caso fue bastante vehemente en señalar durante la audiencia preliminar de imputación del 17 de enero del 2017, que el acriminado CFRR era una persona consumidora de drogas, habitante de la calle, quien en virtud de sus adicciones había sido vinculado por una organización criminal dedicada al expendio de drogas al detal en Ipiales (Nariño), para distribuir estupefacientes a sus distintos compradores, a cambio de una contraprestación que era la entrega de “bichas” o pequeñas porciones de los mismos estupefacientes para su propio consumo.

En esa dimensión, la atribución de cargos que se le endilgaron a RR por el concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR agravado por los fines de narcotráfico y el TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, punibles estos que están indiscutiblemente vinculados o atados ideológicamente porque existe conexidad entre el delito de concierto para delinquir y los delitos concertados, no puede sino estar cobijada por la misma circunstancia jurídica aminorante de la punibilidad del artículo 56 del Código Penal, que se verbalizó por la Fiscalía en el curso de la audiencia preliminar.

Por simple lógica debe indicarse que no resulta posible escindir el reconocimiento de la marginalidad para el delito de concierto para delinquir atribuido a CFRR, sin que se aplique al delito concertado de tráfico de drogas, pues los antecedentes y circunstancias fácticas y jurídicas revelan la inexorable convergencia o afinidad para ambos punibles, y así debe ser reconocido en esta instancia.

4.- Por otro lado, también destaca la Sala que si bien el Fiscal no fue lo suficientemente claro y preciso en la imputación de la circunstancia de marginalidad, al no explicitar si la reconocía para solo uno o para los dos delitos concurrentes, dado que simplemente refirió en varias oportunidades que el señor RR había sido “*utilizado*” (sic) por la empresa criminal de micro tráfico de drogas para ejecutar su cometido, aprovechando su condición de “*hombre o habitante de la calle y consumidor de drogas*”, pues resulta que si persistiera esa duda, dilema o hesitación expuesta lo jurídicamente correcto es definirla con la interpretación más favorable o benéfica para los intereses del procesado, con la aplicación del principio supraconstitucional **PRO HOMINE**², lo cual redundaría en el

² La Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-438 del 10 de julio de 2013, con ponencia del H.M. ALBERTO ROJAS RÍOS, indicó sobre este principio: “*El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”. Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”.*”

reconocimiento de la causal aminorante del artículo 56 para la dupla de ilicitudes.

Importantes precedentes del alto tribunal de justicia penal avalan esta postura hermenéutica, entre ellas los radicados 46930 del 15 de noviembre de 2017 y el 50000 de 2018.

3. Proceso de determinación judicial de la pena en caso de concurso de delitos.

Antes de efectuar el ejercicio de redosificación punitiva que corresponde, para corregir el yerro de la primera instancia de no avalar el reconocimiento de la aminorante de marginalidad a uno de los punibles imputados, es importante recordar que 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*”³, el cual se encuentra en oposición y de verdad proscribe la aplicación del sistema de “*acumulación material*”⁴, 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*

³ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. “*DERECHO PENAL PARTE GENERAL*”. Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá D.C. 2009. Página 1018.

⁴ 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.

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 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”⁵.

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.

Una vez establecida la sanción más grave, le corresponde al fallador aumentar la pena *hasta en otro tanto*; quiere decir esto que, al tenor del artículo 60 numeral 2 del Código Penal, ésta proporción se convierte en un límite máximo de aplicación punitiva, cualquiera sea el número de delitos cometidos y la cantidad de sanción que corresponda a cada uno de ellos; luego es fácil llegar a la conclusión que la pena final nunca puede exceder el doble de la sanción considerada más grave.

Unido a lo anterior, deben atenderse los siguientes parámetros: ⁽¹⁾La pena a imponer no puede superar la suma aritmética de las penas

⁵ CORTE Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. sentencia del 25 de marzo de 2004. Radicado 18.654. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

individualizadas, con lo cual se crea un marco o espacio de movilidad punitiva para que el juzgador imponga la pena efectiva, el cual es entre la pena mayor, aumentada al menos en un (1) día, y la suma aritmética de las penas que corresponden a todos los delitos, ⁽²⁾ sin que pueda superar los cuarenta (40) años de prisión. (Ahora el límite es hasta 60 años, según la reforma introducida por la Ley 890 de 2004, artículo 1).

Con las reglas anteriores se obtiene un marco general de pena para el concurso, el cual oscila entre un monto mínimo (la sanción correspondiente al delito más grave) y el doble de esa base punitiva (aplicados los parámetros anteriores).

Es aquí donde el Juez debe ponderar correctamente para tasar o determinarse de manera razonable y proporcional por una pena neta; esto es que, de acuerdo con el número de hechos punibles que integran el concurso y el mayor o menor grado de injusto, puede establecer con discrecionalidad reglada (no arbitrariamente) cuál será la intensidad del reproche social.

4. EL CASO CONCRETO.

Para la determinación de la pena, se advierte la aplicabilidad de una variedad de normas penales sustantivas y procedimentales, como son los artículos 340 inciso 2 y 376 inciso 1 del Código Penal, en concordancia con los artículos 31 y 56 de la misma codificación, y finalmente el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal que establece la rebaja de pena por allanamiento de cargos que es un fenómeno post delictual aplicable cuando haya ocurrido la tasación de las sanciones en concreto.

Se respetarán los criterios fijados por el fallador de primer grado en la determinación de las penas en el primer cuarto punitivo, como los porcentajes de aumento por la gravedad de las conductas, daños reales o potenciales creados, y demás factores del artículo 61 del Código Penal, al igual que la aplicación de la máxima rebaja de pena (50%) por razón de la aceptación temprana de cargos.

4.1.- Determinación de pena en el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**.

A voces del artículo 340 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, para el caso del delito de Concierto para Delinquir Agravado, se reportan penas de entre de prisión entre 96 y 216 meses de prisión y multa de 2.700 a 30.000 SMMLV. A dichos límites debe aplicarse la rebaja de pena del artículo 56 del Código Penal, según el cual las sanciones no podrán ser mayores de la mitad del máximo (108 meses de prisión y 15.000 SMLMV.), ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición (16 meses de prisión y 450 SMMLV. de multa). Al dividirse estos factores en cuartos, se reportan los siguientes resultados:

TIPO DE PENA	I CUARTO	II CUARTO	III CUARTO	IV CUARTO
PRISIÓN	<u>16 meses y 1 día a 39 meses</u>	39 meses y 1 día a 62 meses	62 meses y 1 día a 85 meses	85 meses y 1 día a 108 meses
MULTA-SMLM	<u>450 a 4087.5</u>	4087.5 a 7725	7725 a 11362.5	11362.5 a 15000

Esta Colegiatura encontró que el Juez de primer nivel seleccionó el primer cuarto para la imposición de la pena, y en el marco de movilidad que a ese cuarto corresponde aumentó una porción de pena equivalente al 36.36%, atendiendo las exigencias del artículo 61 del Código Penal. Ya indicábamos que la Sala ha de respetar dicha

postura argumentativa porque no ha sido cuestionada por las partes, de suerte que en este caso el marco de movilidad para la prisión es de 23 meses y el 36.36% de ese monto equivale a 8.3 meses, mismo que sumado a 16 meses (pena mínima del primer cuarto) nos arroja una pena total de 24.3 meses de prisión a imponer, o lo que es lo mismo 24 meses y 10 días. En lo que respecta a la pena de multa, se aumentó el 10.81% del marco de movilidad del primer cuarto, que corresponde a 3637.5 SMLMV., el cual equivale 393.2 SMLMV., que sumados a la sanción mínima legal de 450 SMLMV., nos arroja una multa total de 843.2 SMMLV.

4.2.- Determinación de la pena en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

Según lo regulado en el artículo 376 inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, conmina penas de prisión que oscilan entre 64 y 108 meses y multa de 2 a 150 SMMLV. Al aplicarse las rebajas que corresponden al artículo 56 del Código Penal (condición de marginalidad y pobreza extremas) resultan nuevos límites punitivos entre 10.66 a 54 meses de prisión y multa de 0.33 a 75 SMMLV. Al dividirse estos factores en cuartos, se reportan los siguientes resultados:

TIPO DE PENA	I CUARTO	II CUARTO	III CUARTO	IV CUARTO
PRISIÓN	10.66 meses y 1 día a 21.4 meses	21.4 meses y 1 día a 32.2 meses	32.2 y 1 día -a 43 meses	43 meses y 1 día a 54 meses
MULTA (SMLMV)	0,33 - 18.99	18.99 - 37.6665	37.65 - 56.31	56.31 - 75

Aplicando los mismos porcentajes de aumento de pena del 36.36% del marco de movilidad del primer cuarto para la prisión y del 10.81% para la multa, los resultados finales serían de 14.5 meses de prisión, o lo

que equivale a 14 meses y 15 días, y de 2.34 SMMLV., a título de multa.

De acuerdo con lo visto, resulta claro y evidente que el delito mayor o más grave que debe regir la ecuación del concurso en el presente caso es el de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** cuyas penas serían de 24 meses y 10 días de prisión y de 843.2 SMMLV., a título de multa.

4.3.- Determinación de la pena en concreto por el **concurso de delitos.**

Ahora bien, como por razón del concurso (artículo 31 del Código Penal) las penas a imponer no pueden ser superiores “... a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”, se debe precisar:

Respecto de la pena de prisión los límites de sanción a imponer estarían entre 24 meses y 10 días de prisión. Como ha de respetarse el criterio de la primera instancia de aumentar en 6 meses la pena de prisión para el delito mayor o más grave, por razón del concurso, la pena a imponer sería de 30 meses y 10 días de prisión, monto que al aplicársele la rebaja del 50% que corresponde por la aceptación temprana de cargos reporta una **SANCIÓN DEFINITIVA DE QUINCE (15) MESES Y CINCO (05) DÍAS DE PRISIÓN.**

En relación a la dosificación final para la multa, advierte la Sala que para el delito más grave la multa a imponer es de 843.2 SMLMV., y al sumársele el monto de 2.34 SMLMV., del delito acompañante, se obtiene un límite de multa máxima a imponer de 845.36 SMLMV. Aquí se advierte un mayúsculo yerro de dosificación punitiva en el que

incurrió el fallador de primer grado, dado que impuso una pena de 3.5 salarios mínimos a título de multa, aplicada la rebaja derivada del fenómeno post delictual del allanamiento a cargos, cuando en realidad de verdad no podía ser inferior a 421.6 SMLMV. Atendiendo la prohibición constitucional de la reforma peyorativa⁶ o en peor (*NON REFORMATIO IN PEJUS*), en caso del condenado que funge como apelante único, resulta clara la necesidad de mantener la exigua sanción de multa impuesta de 3.5 SMLMV. Consecuencia de lo anterior, se dispondrá la modificación de la sentencia en el apartado pertinente, con lo cual se honra la aplicación el principio de legalidad de pena.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el punto primero de la parte resolutive de la sentencia condenatoria emitida el 3 de octubre del 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, en el sentido que la pena de prisión que se impone al señor CFRR corresponde a QUINCE (15) MESES Y CINCO (5) DÍAS DE PRISIÓN, multa de TRES PUNTO CINCO (3.5) SMMLV, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término establecido en la pena privativa de la libertad.

SEGUNDO: Confírmese la sentencia en todo lo demás.

⁶ Artículo 31 de la Constitución Nacional. “Toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

Cúmplase,

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario