REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, martes trece (13) de agosto de dos mil trece (2013)
Hora: 09:06
Aprobado por Acta No. 462

Radicación:	*66001-60-00-035-2012-01134-00.*
Acusado:	*KEVIN OROZCO LÓPEZ*
Delito:	*Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.*
Asunto:	*Apelación sentencia condenatoria*
Procede:	*Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira*

V I S T O S:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra de la sentencia proferida el 11 de Julio del año 2012 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, dentro del proceso adelantado en contra de **KEVIN OROZCO LÓPEZ**, por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de venta.

A N T E C E D E N T E S:

Los hechos objeto del presente proceso tuvieron ocurrencia el día seis de marzo de 2012, cuando aproximadamente a las 11:30 horas de la mañana, miembros de la policía que realizaban labores de vigilancia y control por el sector de la carrera 11 con calle 9 Barrio Corocito de Pereira, observaron cuando un hombre le entregaba a otro una envoltura pequeña de papel, a cambio de dinero, por lo cual los abordan, y se percatan en ese momento que el elemento vendido era un cigarrillo con sustancia vegetal con características similares a estupefacientes. Las personas abordadas se identificaron como KEVIN OROZCO LÓPEZ y Arturo Castaño Gallego, el segundo de los mencionados, quien era el comprador, indicó que el cigarrillo lo adquirió en ese lugar; ante dicho señalamiento, procedieron a requisar a OROZCO LÓPEZ, encontrándose en su poder la suma de $6.000. Posteriormente, se registró el contador del agua que se encuentra sobre la calle 9 con carrera 11, lugar señalado por el comprador como sitio de almacenamiento de la sustancia, hallándose en su interior una bolsa transparente con sello hermético que contenía once cigarrillos con sustancia vegetal con olor y características al estupefaciente conocido como marihuana, circunstancias por las cuales se procedió a capturar al hombre señalado como el expendedor - KEVIN OROZCO LÓPEZ -. La sustancia incautada fue objeto de prueba de PIPH, en donde se estableció su naturaleza como *cannabis* y sus derivados y con un peso neto de 13.2 gramos, representados en 11 cigarrillos.

L A A C T U A C I O N P R O C E S A L:

Efectuada la captura del ahora enjuiciado, el día siete de marzo de 2012, fue puesto a disposición del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Pereira, ante quien se le realiza la audiencia concentrada en donde se legalizó su captura, se le imputaron cargos por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en la modalidad de venta contemplada en el artículo 376 del Código Penal, inciso 2, modificado por la ley 1453 del 2011 en su artículo 11, –cargos que fueron aceptados por el hoy encausado-, y se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria bajo mecanismo de vigilancia electrónica.

Finalizadas las audiencias preliminares, la actuación procesal fue asignada al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, Despacho que el día 22 de mayo de 2012 llevó a cabo audiencia de verificación de aceptación de cargos e individualización de pena y sentencia, fijando como fecha para la lectura de su decisión el día 11 de julio de ese mismo año, toda vez que para ese momento aún no se contaba con la plena identificación del procesado.

En la fecha atrás mencionada, se llevó a cabo la diligencia de lectura de sentencia, en la que el Fiscal interpuso recurso de apelación al no estar conforme con la decisión y lo sustentó por escrito dentro de la oportunidad legal.

L A S E N T E N C I A I M P U G N A D A:

Los argumentos expuestos por el Juez *A quo* para poder proferir la correspondiente sentencia condenatoria, se enfocaron en argüir que en el presente asunto se cumplían todos los requisitos legales para dictar un fallo de ese tipo, en atención a que además del allanamiento a cargos existían elementos de juicio con los que se acreditaba la materialidad del delito y la responsabilidad penal del procesado.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la dosificación de la pena impuesta al procesado, el Juez de conocimiento decidió partir del cuarto mínimo en su límite inferior, debido a que el encausado no le fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad, dada la elemental cantidad de droga incautada y la ausencia de parámetros que evidencien intensidad del dolo, lo que hizo viable imponer las cifras mínimas, esto es 64 meses de prisión y dos salarios mínimos legales vigentes de multa.

Posteriormente, en lo que respecta con los descuentos punitivos a los que el susodicho procesado se hizo acreedor por allanarse a los cargos al haber sido capturado en flagrancia, el *A quo* decidió actuar de conformidad con el inciso 2 del artículo 61 del Código Penal y en acatamiento de dicho precepto partió del cuarto mínimo, y al aplicar artículo 351 del Código de Procedimiento Penal que indica que la aceptación de los cargos en la audiencia de

formulación de imputación comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. No obstante a que el artículo 301 del CPP, fue modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, donde se dice que en los casos de flagrancia el descuento de la pena es inferior al parámetro hasta la mitad referido por el artículo 351. Para hacer tal omisión, el Juez de la causa hizo un análisis de los diferentes pronunciamientos que respecto al tema han tenido los tribunales de los diferentes distritos; de otra parte citó la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 9, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, y el pronunciamiento de la Corte Constitucional referente al principio de proporcionalidad, para con base en ello, aplicar una excepción de inconstitucionalidad, por considerar que el trato diferenciado derivado de esas interpretaciones, tiene una finalidad ilegítima, habida cuenta que el legislador buscó diferenciar a las personas sorprendidas en flagrancia que aceptaran los cargos con las personas no capturadas en esas condiciones, por lo cual en la flagrancia no hay un tratamiento razonable y proporcionado. Indicando con ello la existencia de una clara vulneración a las normas fundamentales referentes a la igualdad y al debido proceso consagrados en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, al bloque de constitucionalidad y al artículo 4 de la Carta Política.

Conforme a lo anterior, el Despacho de conocimiento decidió moverse en el margen del descuento de HASTA LA MITAD de la pena ha imponer, permitido por el artículo 351 del CPP, aunque no concedió el máximo descuento posible dada la captura en flagrancia; por lo que tazó el descuento de la pena en un 46%, lo cual dio 29 meses y 14 días y 0.92 s.m.l.m.v., monto que restado a los 64 meses de la pena mínima arrojó una pena definitiva a imponer de 34 meses y 16 días de prisión y multa de 1.08 s.m.l.m.v.

Soportado en la misma normatividad, le impuso como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, de conformidad con lo normado por el artículo 44, 51 y 52 del Código Penal.

Adicionalmente, debido al verbo rector imputado de “vender”, declaró que el imputado quedaría inhabilitado para ser servidor público y celebrar contratos con el Estado, como lo dispone el art.

122 de la Carta Política que fue modificado por el acto legislativo 01 de 2009.

Respecto al subrogado penal, lo negó, con base en que el acusado no cumplía con los requisitos necesarios para acceder a él, de acuerdo a lo establecido en las normas pertinentes como factor subjetivo, ya que la conducta que se le endilgó verdaderamente despierta reproche social, por ser un comportamiento en extremo ambicioso; haciéndose con ello necesaria la ejecución de la pena en un establecimiento penitenciario y carcelario designado por el INPEC. En cuanto a la prisión domiciliaria no realizó mayor pronunciamiento, toda vez que en el presente asunto no se cumplía con el requisito objetivo[1].

L A A L Z A D A:

Mediante recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de marras y sustentado de manera oportuna, el ente acusador presentó sus argumentos de inconformidad con lo decidido por el Juez *A quo* en lo que tiene que ver con el porcentaje de descuento punitivo reconocido al procesado por su aceptación de cargos desde la audiencia de imputación, como consecuencia de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, el cual debe ser tenido en cuenta por el juzgador durante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal en casos de flagrancia, por cuanto en dicha norma se establece un descuento punitivo inferior al concedido por la primera instancia.

Así las cosas, el Fiscal acepta la potestad legal que nuestra legislación le ha dado a los jueces de la República para declarar la excepción de inconstitucionalidad o ejercer un control difuso de constitucionalidad, cuando las normas que deben aplicar son abierta y evidentemente contradictorias con la Constitución, pero hace hincapié en que es limitada y no procede en todos los casos en donde un Juez considera que una norma por una u otra razón viola normas constitucionales.

[1] Que la pena mínima a imponer para el delito juzgado se encuentre por debajo de los cinco años de prisión.

Respecto a la norma bajo análisis, hace saber que la excepción aplicada no tiene cabida, pues la posición al respecto no ha sido pacifica, puesto que en los distintos Distritos Judiciales el asunto se viene manejando de distintas maneras, encontrándose así pronunciamientos, incluso en este Distrito, que niegan la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, tanto así que el mismo Juez Quinto reconoce en su decisión que la norma cuestionada es confusa y por tanto admite diferentes interpretaciones.

Reitera que para el caso concreto no debió darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 y por tanto, el descuento debió hacerse con base en lo allí regulado, y una muestra del error del Juez *A quo*, es la decisión de casación 38285 del 11 de julio de 2012 proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia, donde esa Colegiatura zanjó la discusión que en torno a asuntos como este se está presentando.

Con base en lo anterior, solicita la modificación de la sentencia apelada, aplicando la rebaja de la pena según lo contemplado en el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 y la interpretación que del mismo ha hecho esta Honorable Sala, por favorabilidad en atención a la época de aceptación de los cargos, salvo que exista al tiempo de la decisión nueva posición de autoridad judicial de mayor jerarquía que haya unificado la Jurisprudencia.

Adicionalmente, solicita revocar lo concerniente a la inhabilidad intemporal de que trata el artículo 122 de la Constitución Nacional, y que fuera aplicada en el caso bajo estudio, pues dicha restricción esta encaminada a evitar que los grandes narcotraficantes, quienes derivan un gran lucro de la actividad ilícita del narcotráfico, puedan hacer parte de la vida política del país, pero no le es aplicable a quienes se dedican a la venta al menudeo de estupefacientes, pues si bien su actuar es igualmente ilícito, en ningún momento puede ser comparado al narcotráfico en gran escala, pues la venta de estupefacientes al menudeo no deja ese lucro que es requerido por la jurisprudencia; por tanto, dicha inhabilidad no corresponde a la realidad de los hechos, en virtud que además, la Fiscalía jamás demostró que el señor Kevin Orozco hiciera parte de una organización o red de narcotraficantes a una escala que verdaderamente ameritara esa sanción.

L A R É P L I C A:

El defensor del joven Kevin Orozco, como no recurrente presentó escrito en donde se opone enfáticamente a lo solicitado por la Fiscalía en el primer punto de su escrito, por cuanto a su parecer, el Juez Quinto Penal del Circuito local, entendió la vulneración que del derecho a la igualdad se presenta con la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, y en razón de ello fue que hizo aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para darle un descuento mayor a su representado, pues actuar de manera contraria, estaría desconociendo igualmente, el principio de proporcionalidad, ya que en el sistema penal colombiano propende por una justicia premial, bajo la cual a aquellos procesados que aceptan los cargos que el ente acusador les imputa desde las primeras audiencias, tienen derecho a un descuento por ahorrarle tiempo y recursos a la administración de justicia.

Respecto a la segunda petición realizada por la Fiscalía, coadyuvó a la misma, pues consideró que el Juez *A quo* exageró con la prohibición impuesta a su representado, ya que dejó de lado el hecho de que en ningún momento se mencionó que Kevin hiciera parte de algún tipo de organización criminal dedicada al narcotráfico, y lo único que se logró probar es que estaba vendiendo una mínima cantidad de marihuana y ese solo hecho no lo convierte en integrante de una banda organizada de narcotraficantes; situación que lleva a concluir que la afectación al bien jurídico tutelado no fue tan grave, por tanto, aplicar la inhabilidad contenida en el artículo 122 constitucional modificado por el acto legislativo 01 de 2.009, vulnera de manera desproporcionada derechos intrínsecos de las personas condenadas, entre ellos, el derecho al trabajo.

En atención a lo anterior, solicitó se confirmara la sentencia en revisión en punto del descuento concedido a Kevin Orozco por su aceptación de cargos, pero que se revocara en lo atinente a la aplicación de la inhabilidad del artículo 122 constitucional.

P A R A R E S O L V E R S E C O N S I D E R A:

Competencia:

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira.

Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por la recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Es procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad aplicada al artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 cuando el procesado ha sido capturado en flagrancia y se allana a los cargos endilgados en la audiencia de formulación de imputación?

SOLUCIÓN:

Para iniciar la solución del escollo jurídico propuesto a esta Sala, resulta pertinente resaltar las amplias facultades del legislador para establecer la política criminal del Estado, como lo establecido en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2.011, que es la norma la cual hoy nos concita, debido a que es su aplicación la que genera gran discrepancia y diversas interpretaciones en las sentencias de los despachos y tribunales a nivel nacional, al igual que, la abstención por parte de otros de aplicarla apartándose de decidir en derecho y en lugar de esto, acuden a la excepción de constitucionalidad para fallar.

En este orden de ideas, en aquellos casos en los cuales el legislador en la expedición de una ley ordinaria se desborda de las

demarcaciones que la Constitución ha contemplado para regular el ejercicio de su potestad legislativa, de primera mano, se acude a la demanda de inexequibilidad para que sea la H. Corte Constitucional la que revise y acto seguido sea ella quien afirme si la ley expedida por el Congreso está ajustada a la Constitución[2]; empero, los funcionarios públicos -*incluidos en estos los Jueces de la República*- por facultades que les ha otorgado la misma jurisprudencia constitucional están acreditados para aplicar la excepción de inconstitucionalidad basados en los principios rectores de la Constitución Nacional y la primacía que estas mismas revisten.

Uno de esos principios fundamentales que orienta a la Constitución Política es el de Supremacía de la Carta, el cual se encuentra consagrado en el artículo 4º de nuestra Constitución, siendo la excepción de inconstitucionalidad una de las herramientas ideadas por el Constituyente con el objeto de hacer valer el referido principio, en virtud del cual se le confiere una competencia excepcional a cualquier autoridad para que durante el trámite de una actuación judicial o administrativa pueda efectuar un especial control de constitucionalidad respecto de una ley o de un acto administrativo del que se tengan dudas o reservas respecto de su incompatibilidad con la Constitución o con el bloque de constitucionalidad; en caso tal, que dichas dudas o reservas sean válidas, ello traería como consecuencia la inaplicación de la norma o del acto administrativo del que se ha puesto en duda su exequibilidad.

Es de anotar que dicha facultad opera de manera excepcional, en atención a que por regla general la institución que funge como guardián de la Carta es la Corte Constitucional, por lo que de manera obvia, con el fin de evitar una usurpación por parte de quien invoque la excepción de inconstitucionalidad de las funciones que le son propias en este asunto al Tribunal Constitucional, se hace necesario que la norma legal o el acto administrativo de cuya exequibilidad se cuestiona, cumpla con una serie de requisitos o

[2] **ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
… 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

condiciones que serían necesarios para la procedencia de dicho control difuso de inexequibilidad.

La principal condición que debe cumplir la norma legal o el acto administrativo del cual se tengan reservas de su exequibilidad, es, como bien lo destaca la recurrente, que *la misma al ser confrontaba con la Constitución resulte ser abiertamente y manifiestamente contraria a los preceptos constitucionales,* por lo que tal contradicción se perciba *"Ab initio"*, sin necesidad de acudir a elaboradas reflexiones y deducciones jurídicas para así poder pregonar sobre la eventual inaplicabilidad por vía de excepción.

Sobre la procedencia de este requisito, considera la Sala que es válido traer a consideración el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido citado por la recurrente, el cual es del siguiente tenor:

> *"Si bien es cierto que el artículo 4 de la Constitución permite inaplicar aquellas disposiciones que se ofrezcan incompatibles con el Estatuto Superior,* ***para ello se requiere de la abierta y obstante*** *(sic)* ***contradicción de sus reglas con las superiores, de modo que la presunción de constitucionalidad que las ampara quede desvirtuada,*** *facultando al funcionario judicial para inaplicarlas y preferir las normas constitucionales con efectos inter partes y en relación con las personas involucradas en un conflicto especifico, sin que pueda exceder ese preciso marco jurídico, pues lo contrario implicaría invadir la esfera de competencia de la Corte Constitucional encargada de definir por vía general y con efectos erga omnes el ajuste de un precepto a la Constitución……"*[3].

Respecto a la tesis con la cual la H. Corte propone la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, esta subraya el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que se derive la inaplicación de la norma, pues si bien no existe esta incompatibilidad, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argüir la inconstitucionalidad de la norma para eludir su cumplimiento.

---

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del siete (7) de marzo de dos mil seis (2.006). Proceso # 25113. M. P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO. (Negrillas fuera del texto).

De acuerdo a lo anterior, podría indicarse que los argumentos expuestos por el Juez deben estar encauzados a revelar la incompatibilidad manifiesta entre la Ley y la Constitución, de manera tal que debe exponer los fundamentos de desproporción e irrazonabilidad que encuentra de la una con la otra, siempre y cuando – *cabe resaltar*- la norma que pretenda inaplicar no haya sido objeto de control constitucional, en razón de que, si la Corte ha considerado que dicho precepto es compatible con la Constitución, el Juez estará llamado a aplicarla, por el carácter vinculante que ostentan las sentencias de exequibilidad del Honorable Tribunal Constitucional.

Al aplicar lo antes expuesto al caso subexamine, observa la Sala que le asiste la razón a la recurrente en los argumentos de su discrepancia para pregonar la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad, puesto que del contenido de las modificaciones que el artículo 57 de la Ley 1.453 del 2.011 le introdujo al artículo 301 C.P.P. no se advierte o avizora *prima facie* una flagrante y manifiesta contradicción con los preceptos superiores, y por el contrario, para poder llegar a esa eventual conclusión, es necesario acudir a unas más elaboradas y juiciosas elucubraciones jurídicas.

Otro aspecto que es importante tener en cuenta es que quien invoca la excepción de inexequibilidad está actuando de manera indirecta como Juez de Constitucionalidad, por lo que su desempeño en este rol se debe encontrar en consonancia con los preceptos que orientan el **"Principio de Conservación del Derecho"**, el cual se erige como un límite hermenéutico dentro del proceso de inexequibilidad al establecer que la exclusión de la norma demandada como inconstitucional opera como *ultima ratio*, por lo que el juzgador debe acudir a todas las alternativas interpretativas que racionalmente sean necesarias tendientes a buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático.

Sobre este principio, la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente:

> *"De acuerdo con el principio hermenéutico de conservación del derecho, también conocido como principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración*

> *de inexequibilidad, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional. De ser así, el juez de la Carta se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilia con el Estatuto Superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera tal que se conserve, al máximo, la voluntad del legislador…."*[4].

Al aplicar el enunciado principio al caso sub examine, considera la Sala que la actuación del Juez *A quo* al invocar la excepción de inconstitucionalidad fue precipitada, puesto que antes de acudir a la misma, le asistía la obligación de agotar por vía de descarte las diferentes hipótesis o alternativas que justificaban la exequibilidad de la norma dubitada.

Dentro de dichas hipótesis hermenéuticas, existían dos corrientes interpretativas que de manera racional rebatían uno de los principales argumentos invocados para cuestionar la Constitucionalidad de las modificaciones que el artículo 57 de la Ley 1.453 del 2.011 le introdujo al artículo 301 de la Ley 906 de 2004 C.P.P. Dicha tesis de inexequibilidad tenía como fundamento principal establecer que los descuentos punitivos de una cuarta parte (¼) para las personas que en los casos de flagrancia se allanaban a los cargos atentaban contra el debido proceso, puesto que el monto del descuento punitivo de quien se allanaba a los cargos en la audiencia de imputación era inferior respecto de los descuentos reconocidos a quienes se allanaban a los cargos en una fase posterior del proceso, Vg. audiencia preparatoria. Tal situación desconocería los postulados del derecho premial que establecían la gradualidad de los descuentos punitivos acorde con la etapa del proceso en la cual la persona haya admitido los cargos, los cuales serían decrecientes según la fase del proceso en la que haya tenido ocurrencia el fenómeno del allanamiento a cargos.

Las tesis que tenían por objeto revalidar tal situación y demostrar que la norma no era inconstitucional, partían del supuesto que el descuento punitivo de la cuarta parte (¼) no recaía sobre la pena

---

[4] Corte Constitucional: Sentencia # C-499 de septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

individualizada sino sobre el beneficio, el que correspondería al descuento punitivo al que se haría merecedor la persona capturada en flagrancia por allanarse a los cargos, pero que el mismo variaría acorde con la etapa procesal en la cual tuviese ocurrencia el allanamiento a cargos.

Por lo tanto, la norma no puede ser considerada como inexequible, debido a que no se presenta una violación al debido proceso por desconocimiento de los postulados del derecho premial en lo que respecta a la gradualidad de los descuentos punitivos a los que se haría merecedor un procesado que se allana a los cargos en los casos de flagrancia, tal situación, acorde con lo antes expuesto respecto del principio de conservación del derecho, conspira de manera determinante para impedir que el Juzgador de Instancia aplique *primae facie* la excepción de inconstitucionalidad.

Colofón de lo anterior esta Sala modificará la decisión proferida por el Juez A quo y en su lugar realizara una nueva dosificación de la sanción a imponer, como se pasara a desarrollar a continuación.

EN CUANTO A LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Esta Colegiatura no desconoce que ya existe pronunciamiento proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[5], con la cual se pretende ponerle solución al maremágnum interpretativo que ha generado las modificaciones que el artículo 57 de la Ley 1.453 del 2.011 le introdujo al artículo 301 C.P.P. en lo que tiene que ver con el monto de los descuentos a los cuales se haría acreedora una persona captura en flagrancia que decide allanarse a los cargos, articulo que fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional cuando mediante sentencia C-645 de fecha agosto 23 de 2012, Magistrado Ponente Nilson Pinilla declaró su exequibilidad condicionada[6], pero el aspecto por determinar es si dicho precedente puede ser utilizado como herramienta

[5] Sentencia del 11 de julio de 2012. Rad. 38285. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
[6] En el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de los eventos

hermenéutica para solucionar el problema jurídico que nos ha sido propuesto en la presente alzada.

Sobre este tema ya esta Corporación se había referido en donde se concluyó que los precedentes jurisprudenciales o las líneas jurisprudenciales al tener una especie de poder o de fuerza vinculante, se constituyen en puntos de referencia que de manera obligatoria deben ser tenidos en cuenta por los Juzgadores de Instancia en el momento de resolver problemas jurídicos que han surgido a partir del momento de su vigencia y deben darse su aplicación bajo las Interpretaciones "*Pro Homine*" y la Interpretación analógica "*In Bona Partem*",.

Al aplicar lo antes expuesto al caso subexamine, tenemos que era un hecho notorio que en este Distrito Judicial se encontraba vigente una de las tesis de la gradualidad de los descuentos sobre los beneficios punitivos, en la que el monto de los mismos correspondería hasta un máximo de 37,5% en aquellos casos en los cuales el capturado en flagrancia se allanara a los cargos en la audiencia de formulación de la imputación. Tanto es así que esa fue la oferta de descuento punitivo que la Fiscalía General de la Nación le hizo al procesado **KEVIN OROZCO LOPEZ** durante la celebración de la audiencia de formulación de la imputación, lo que motivó para que el susodicho decidiera allanarse a los cargos. Por ello es que posteriormente cuando en las calendas del 11 de Julio de 2012 se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena, la Fiscal Delegada, rememora lo dicho en la audiencia de formulación de imputación, y le solicitó al Juez *A quo* que le reconociera al procesado los beneficios que le otorga la ley.

Lo antes enunciado, nos indica que el comentado precedente jurisprudencial de la Corte no podría ser aplicado al presente asunto, debido a que no se encontraba vigente al momento en que surgió el problema jurídico de marras y porque la solución que ofrece dicha posición jurisprudencial le generaría una consecuencia más gravosa y perjudicial para la situación jurídica del señor **OROZCO LOPEZ** de la que lo abrigaba al momento de configurarse el allanamiento. Ello nos hace colegir que con tal postura se estaría atentando contra los derechos y garantías fundamentales del enjuiciado, quien amparado bajo los postulados de la buena fe y la confianza legítima, decidió allanarse a los cargos con la expectativa

razonable que se le aplicaría a su favor unos descuentos punitivos más generosos, tal como fue expuesto por la Fiscalía ante el juez en la audiencia de imputación y posteriormente en la audiencia de individuación de pena y sentencia.

Así las cosas, por no encontrarse vigente para la época de los hechos y por ser más perjudicial y gravoso para la situación jurídica del encartado **KEVIN OROZCO LOPEZ**, esta Colegiatura no aplicará al caso el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia atrás mencionado.

Es deseo de esta Colegiatura, dejar en claro que la inaplicación del enunciado presente jurisprudencial, solo procedería en hipótesis afines o similares a la del caso subexamine, con base en las siguientes reglas: **a)** La existencia del caso antes de la entrada en vigencia del citado precedente jurisprudencial; y **b)** Que el procesado se haya allanado a los cargos como consecuencia de una oferta punitiva más favorable o beneficiosa que aquella consignada en la tesis que ahora pregona la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, esta Colegiatura con el objeto de determinar cuál sería el monto de los descuentos punitivos a los que se haría merecedor el aquí enjuiciado, quien fue capturado en flagrancia, y haberse allanado a los cargos durante la audiencia de formulación de la imputación corresponderán al 37,5%[7].

Para redosificar dichas penas, se partirá de los montos bases que fueron tenidos en cuenta por el Juez *A quo*, es decir, la pena de 64 meses de prisión y la multa de dos s.m.l.m.v. A dichas penas se les efectuará el descuento del 37,5%, lo cual arroja una pena definitiva de 40 meses de prisión y una multa de 1,25 s.m.l.m.v.

EN LO QUE RESPECTA A LA PENA ACCESORIA

[7] Consideración esta que se hace al tener en cuenta que el allanamiento a los cargos se realizó cuando en este Distrito Judicial era acogida la tesis del descuento del 37.5% y no existía pronunciamiento al respecto por parte de la Sala de Casación Penal.

En lo que tiene que ver con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo establecido en el artículo 52 C.P. esta será de 40 meses que correspondería al mismo tiempo de la pena de prisión.

Es de anotar que el término de la pena accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicas deberá ser modulado acorde con lo establecido en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta[8], en el cual se consignó como pena la inhabilidad perpetua para aspirar a cargos de elección popular, desempeñarse como servidor público, contratar con el Estado, para aquellas personas que *"hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior……"*.

Del contenido de la norma se desprende que una de las hipótesis de la inhabilidad está relacionada con la pérdida del derecho a ser elegido como *"candidatos a cargos de elección popular"*, pero en ningún momento hace referencia respecto de la pérdida del derecho al voto o de los derechos inherentes al ejercicio al sufragio. Tal situación le hace colegir a la Sala que en el presente asunto la pena de inhabilidad a perpetuidad que le correspondería purgar al procesado solo será procedente para las hipótesis de contratación con el Estado, inscripción como candidato para aspirar a cargos de elección popular, fungir como servidor público; pero en lo que respecta con el ejercicio del Derecho al Sufragio o el ejercicio de cualquier otro Derecho Público inherente a la condición de ciudadano, dicha pena de inhabilitación será por el mismo tiempo de duración de la pena principal.

CONCLUSIÓN

Plenamente acreditada la tesis propuesta por la recurrente, debido a que no se cumplieron los presupuestos para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, en atención a que no se advirtió una manifiesta y flagrante contradicción de la norma de marras con los mandatos de la Carta, y porque además existen alternativas

[8] Modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo # 01 del 2.009.

hermenéuticas que de manera razonable y plausible hacen viable la exequibilidad de la norma, ello se constituye en fundamento suficiente para que la Sala proceda a modificar la sentencia impugnada en todo lo que tiene que ver con los descuentos punitivos que le fueron reconocidos por el Juez *A quo* al procesado, los cuales no corresponderán al 46% de las penas a imponer sino al 37,5%.

Por lo tanto, al ser redosificadas las penas impuestas al encartado, las mismas corresponderían a una pena definitiva de cuarenta (40) meses de prisión y una multa de 1,25 smlmv.

Igual situación acontecerá con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que en consonancia con las consignadas en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta, corresponderá al mismo tiempo de la pena de prisión, es decir a 40 meses.

En los demás aspectos referentes a la negativa de reconocerle al procesado el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria, la sentencia impugnada se mantendrá en firme.

CONSIDERACIÓN ADICIONAL

Ahora, en cuanto a la posibilidad de conceder otro tipo de medida sustitutiva al condenado para que purgue la sanción de manera distinta a la intramural, ello no es posible en esta instancia, debido a que sobre el tema no hubo pronunciamiento por parte de la primera instancia y por lo mismo no hay nada que confirmar, revocar o modificar, y obrar en esa dirección iría en contravía del principio universal de la doble instancia. No obstante, se da vía libre a la defensa para que presente la solicitud ante el juez a quien corresponda la vigilancia de la pena.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar la sentencia proferida por el Juez Quinto penal del Circuito de esta ciudad el día 11 de julio de 2012, en el sentido que las penas impuestas al procesado **KEVIN OROZCO LOPEZ**, como consecuencia de haber sido declarado penalmente responsable por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de venta, corresponde a cuarenta (40) meses de prisión y una multa de 1,25 smlmv.

SEGUNDO: Modificar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que sin desconocer lo consignado en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta, corresponderá al mismo tiempo de la pena de prisión, es decir el de cuarenta (40) meses.

TERCERO: En contra de la presente decisión, procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario