El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 14 de marzo de 2017

Proceso: Penal - Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2016 01410 01

Acusado: GLORIA YANET CARDONA SANTANA

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA / EN LOS EVENTOS EN QUE AL DUPLICAR EL MÍNIMO SUPERE EL MÁXIMO LEGAL, SE HA DE IMPONER LA PENA MÁXIMA FIJADA EN EL TIPO PENAL Y NO LA PENA DUPLICADA.** “En el caso concreto, la pena básica para el delito investigado oscila entre los 64 y los 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 smlmv, pero como concurre la circunstancia de agravación punitiva aludida, el mínimo de la sanción antes referido debe ser duplicado con lo cual quedaría en 128 meses de prisión y 4 smlmv, quedando el máximo de esa sanción incólume en 108 meses de prisión y multa de 150 smlmv. Lo anterior permite inferir que para este tipo de casos que son tan particulares, el operador judicial se encuentra imposibilitado de realizar el proceso de individualización de la pena y su ámbito de movilidad, ya que inicialmente los resultados de las operaciones matemáticas que se realizan para la ponderación de la sanción arrojarían un resultado negativo. Aunado a que al duplicarse el monto de la sanción mínima, la pena supera el máximo establecido en la ley, lo que vulnera el principio de legalidad de la pena. (…) Lo anterior quiere decir que el ejercicio de dosificación y los parámetros y circunstancias tenidos en cuenta por el A quo para imponer la sanción a la procesada se ajusta a los marcos legales y jurisprudenciales por lo que resulta necesario confirmar la decisión objeto de apelación.”.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA PENAL

M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 231 del catorce (14) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, dieciséis (2016) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:41 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2016 01410 01 |
| Acusado  | Gloria Yanet Cardona Santana |
| Delitos | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  |
| Juzgado de conocimiento  | Primero Penal del Circuito de Dosquebradas  |
| Asunto a decidir  | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la FGN en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante la cual se condenó a la señora Gloria Yaneth Cardona Santana por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente:

*“El 30 de septiembre de 2.012, aproximadamente a las 14:55 horas, en el pabellón B del centro de reclusión de mujeres barrio La Badea de este municipio, luego de las visitas, es sometida a requisa por guardianas GLORIA YANET CARDONA SANTANA quien en curso de tal actuación procede a hacer entrega voluntaria de elemento en forma cilíndrica envuelto en cinta aislante color negro y preservativos que tenía en su vagina, contentivos de sustancia vegetal de características similares al estupefaciente popularmente conocido como marihuana. Sustancia estupefaciente, que en prueba preliminar de campo y pesaje arrojó resultado positivo para cannabis y derivados con peso neto de 111.4 gramos, que excede en más del doble la dosis establecida por la ley para este tipo de sustancias como de uso personal y sin que contara con autorización alguna para ello...”.[[1]](#footnote-1)*

2.2 El día 1º de octubre de 2012 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En dicho acto la FGN le comunicó cargos a la señora Gloria Yanet Cardona Santana por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 inciso 2º, con la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 384 numeral 1º del CP. La señora Cardona Santana se allanó a la imputación.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas asumió el conocimiento de la causa (folio 28). El día 8 de febrero de 2013 se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y se dio lectura a la sentencia (folio 29-40).

2.4 La decisión fue apelada por el representante del ente acusador (folio36-47).

3. IDENTIDAD DEL PROCESADA

Se trata de Gloria Yanet Cardona Santana, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 42.110.906 de Pereira, nacida el 1º de agosto de 1971 en Pereira, es hija de Nora y José Bernardo, de ocupación oficios varios.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

4.1 La juez de conocimiento sustentó el fallo condenatorio con base en los siguientes argumentos:

* Además de la tipicidad de la conducta desarrollada por la acusada, la prueba indica que se reunieron los componentes volitivos y cognitivo para realizar el *actus reus* de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ya que se cuenta con el informe policivo rendido con ocasión de la captura de la acusada quien fue sorprendida cuando portaba una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis destinada para consumo personal, además de la prueba de PIPH realizada al material incautado arrojó como resultado un peso de ciento once punto cuatro (111.4), gramos de estupefaciente positivo para Cannabis y sus derivados.
* En cuanto a la tipicidad objetiva adujo que la señora Cardona Santa sabía de la ilicitud de su conducta al portar una sustancia ilícita. Además la procesada se allanó a los cargos que le imputó la FGN, con lo que ratificó los elementos que configuran el dolo.
* En el proceso de dosificación de la pena refirió que la sanción prevista para el delito investigado oscilaba entre los 64 y 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, se debe tener en cuenta que a la acusada se le imputó la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 384 numeral 1º literal b) del CP, en consideración a que la conducta punible se realizó al interior de un establecimiento carcelario, norma que establece que el mínimo de la pena prevista se duplicará, por lo que el mínimo de la pena quedaría en 128 meses y el máximo en 108 meses de prisión.
* El A quo aclaró que como el mínimo de la pena superaba el tope máximo establecido por el legislador para la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se debía dar aplicación al procedente contenido en la sentencia del 11 de abril de 2002, radicado 12579 de la Sala Penal de la Corte Suprema.
* Con base en lo anterior, adujo fijó como pena única, el máximo establecido en el artículo 376 inciso 2, es decir, 108 meses de prisión, y multa equivalente a 4 smlmv.
* Finalmente reconoció a favor de la procesada una rebaja del 12.5% de la penaante la aceptación de cargos por parte de esta en la audiencia de formulación de imputación, quedando una pena definitiva de 94 meses y 15 días de prisión y multa de 3.5 smlmv, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual.
* Como en el presente caso no se cumplía el factor objetivo, ya que la pena supera el límite legal establecido para que se le concediera el subrogado penal de ejecución condicional de la pena, dispuso que la sanción impuesta debía ser descontada desde un centro penitenciario.

4.2 El delegado de la FGN apeló dicha determinación.

5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

5.1 FGN (Recurrente)

* Inicialmente solicitó que se corrigiera la sentencia ante un error aritmético en el quantum punitivo impuesto, teniendo en cuenta que en la parte motiva se dijo que se daría aplicación a la sentencia 12579 de la CJS que implica la duplicación del mínimo de la pena para el delito aquí investigado, es decir a 128 meses de prisión, sin que fuera legal dejar de aplicar dicha duplicación.
* Al momento de hacerse el proceso de dosificación se dijo que se partiría de 108 meses que sería el máximo fijado para dicha sanción sin causal de agravación alguna.
* La motivación está encaminada a que se parta del mínimo de la pena duplicada, es decir de 128 meses de prisión, que al aplicarse la rebaja de pena del 12.5% la pena a imponer sería de 112 meses de prisión.
* Si no se considera que es un error aritmético, sino que se hizo de manera consciente, interpone el recurso de apelación en aras de que se revoque la decisión y se modifique la pena, pues de lo contrario se vulneraría el principio de legalidad y de la pena.
* Adujo que sus argumentaciones eran suficientes para que se diera trámite al recurso.
* Como el A quo no accedió a la solicitud de corrección de la sentencia, indicó que la dosificación de la pena no estaba acorde con el precedente jurisprudencial aludido.

5.2 Defensa (no recurrente)

El tope de la pena y tasación de la sanción fueron adecuados, al igual que la rebaja del 12.5% por aceptación de cargos, y consideró que la pena impuesta era la indicada.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia:

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

6.2. Problema jurídico a resolver:

En atención al principio de la limitación de la doble instancia se contrae a resolver lo concerniente a las situaciones referidas por delegado de la FGN al sustentar el recurso propuesto, que se relacionan específicamente con el grado de acierto de la decisión del juez de conocimiento, que consideró adecuado fijar a la procesada una pena corporal única de 108 meses de prisión y multa de 4 smlmv (a la que posteriormente le hizo una la rebaja del 12.5% ante el allanamiento a cargos por parte de la señora Gloria Yanet Cardona Santana), en aplicación a lo dispuesto en la SP CSJ 12579 del 11 de abril de 2002.

6.3 El delito que le es atribuido a la señora Gloria Yanet Cardona Santana es el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el artículo 376 inciso 2º del CP, agravado de conformidad con lo establecido en el artículo 384 numeral 1º literal b) ibídem, esas normas señalan los siguiente:

***“ARTÍCULO 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.*** *El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión…*

*Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*(…)”*

*“ARTICULO 384. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:*

*1. Cuando la conducta se realice:*

*a) Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada;*

*b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;*

*(…)”*

6.4 En el caso concreto, la pena básica para el delito investigado oscila entre los 64 y los 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 smlmv, pero como concurre la circunstancia de agravación punitiva aludida, el mínimo de la sanción antes referido debe ser duplicado con lo cual quedaría en 128 meses de prisión y 4 smlmv, quedando el máximo de esa sanción incólume en 108 meses de prisión y multa de 150 smlmv.

Lo anterior permite inferir que para este tipo de casos que son tan particulares, el operador judicial se encuentra imposibilitado de realizar el proceso de individualización de la pena y su ámbito de movilidad, ya que inicialmente los resultados de las operaciones matemáticas que se realizan para la ponderación de la sanción arrojarían un resultado negativo. Aunado a que al duplicarse el monto de la sanción mínima, la pena supera el máximo establecido en la ley, lo que vulnera el principio de legalidad de la pena.

6.5 Sobre la materia, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1080 de 2002 dispuso lo siguiente:

*Primero.- Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado en esta Sentencia, las expresiones “El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:” contenidas en el artículo 384 de la Ley 599 de 2000, bajo el entendido que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la Ley para cada delito.*

6.6 Sobre ese mismo tema el doctor Nelson Saray Botero en su obra “Dosificación judicial de la pena”, expuso que:

*“Así las cosas, según la decisión de la Corte Constitucional, la pena en los eventos en que al duplicar el mínimo supere el máximo legal, se ha de imponer la pena máxima fijada en el tipo penal y no la pena duplicada. Es decir, que en este caso concreto será de 108 meses de prisión.”[[2]](#footnote-2)*

6.7 Resulta oportuno señalar que el tema objeto de análisis ya ha sido decantado por las Altas Cortes, y esta Corporación no ha sido ajena a la aplicación de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia, al respecto esta Sala en decisión del 29 de marzo de 2005[[3]](#footnote-3), M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, expuso lo siguiente:

*“(…)*

*La discusión no ha sido nueva ni pacífica. Observemos que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, ha tenido argumentos sui generis para aplicar el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal:*

*De esta manera, si en casos como el presente, la pena “mínima” aumentaría a doce años de prisión y la “máxima” permanece en ocho, este nominal contrasentido impone recuperar la materialidad de la norma, que a no dudarlo, en tratándose de aquéllas que prevén la pena legal límite respecto a una determinada conducta punible, está dada por su cantidad y calidad. Objetivamente, no surgiendo variante alguna en cuanto a su naturaleza, es la cantidad numéricamente considerada la que indica cuál será la pena mínima y cuál la máxima, y no su literal nominación, que ante la contraria concreción, necesariamente resulta irrelevante, frente a la ratio legis, el contenido y el tenor de la previsión legal, imponiéndose de lógica colegir, que el mínimo de pena legal es la magnitud menor, 8 años, y el máximo la superior, 12 años, sin que ello implique interpretación analógica ni extensiva alguna sino, por el contrario, la recuperación y aplicación del contenido material del precepto, con pleno respeto al principio de legalidad de las penas*

*Esa hermenéutica fue ampliamente rechazada por la Corte Constitucional en examen de exequibilidad del artículo mencionado. La Corporación se vio en la necesidad de hacer las siguientes precisiones:*

*Ahora bien, dado que la voluntad del Legislador fue claramente la de agravar el mínimo de las penas en las circunstancias a que alude el artículo 384 de la Ley 599 de 2000, el único condicionamiento que respeta la competencia y la voluntad expresada del Legislador es el de entender que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la Ley.*

*Podría aducirse que, en razón del principio de legalidad de la pena, al juez constitucional también le estaría vedado autorizar la interpretación de la norma en el sentido a que se hace referencia. Sin embargo para la Corte es claro que el principio de interpretación constitucional que impone buscar la mayor efectividad de las normas constitucionales lleva a preferir la conservación condicionada de la disposición legal en lugar de declarar su inconstitucionalidad frente a la incongruencia en que incurrió el Legislador al no tomar en cuenta que en algunos casos al duplicarse el monto de la pena mínima, la pena resultante superaba la pena máxima establecida en la Ley.*

*El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. En el presente caso como ya se explicó dicha interpretación existe y por tanto debe ser tomada en cuenta por la Corporación, máxime cuando ella deja a salvo la voluntad expresada del Legislador, así como la salvaguarda de los bienes jurídicos que la agravación punitiva establecida en el artículo 384 de la Ley 599 de 2000 pretende proteger.*

*Se deduce entonces, que por razón del principio de legalidad de las penas (situado en la Carta Política y en las normas rectoras penales), no puede aceptarse la imposición de penas que superen el máximo establecido en la ley.*

*Así tuvo que proceder la Corte porque al duplicarse el mínimo punitivo de algunos delitos (como lo manda el artículo 384 ibídem), la cifra que se obtiene es igual al máximo punitivo (es el caso de los artículos 375 -primer inciso-, 377, 381 y 383), y en otros casos, al realizar la misma operación, el resultado es superior al máximo (375 -segundo inciso-, 376 -segundo y tercer inciso-, y 382 -primero y segundo inciso). Estas situaciones evidencian un terrible yerro legislativo.*

*Ante ese desconsolador panorama, la Corte Constitucional aceptó la idea de imponer una pena única, que no sobrepase el máximo legal. Es esta la tesis contenida en la sentencia C-1080 de 2002 por la que finalmente se ha decantado esta Sala de Decisión en las últimas decisiones sobre tan polémico asunto.”* (Subrayado fuera de texto).

6.6 Lo anterior quiere decir que le asistió razón al juez de primer grado al imponer como sanción única el máximo de pena establecido para el tipo penal por el cual viene siendo investigada la señora Cardona Santana, que al hacerle la retracción del 12.5% por el allanamiento a cargos realizado en la audiencia de formulación de imputación, la misma queda en 94 meses y 15 días de prisión, tal y como se indicó en el fallo recurrido.

6.7 Lo anterior quiere decir que el ejercicio de dosificación y los parámetros y circunstancias tenidos en cuenta por el A quo para imponer la sanción a la procesada se ajusta a los marcos legales y jurisprudenciales por lo que resulta necesario confirmar la decisión objeto de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, en contra de Gloria Yanet Cardona Santana por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folio 1-4 [↑](#footnote-ref-1)
2. Editorial Leyer. Segunda edición. Septiembre de 2011. Pág. 101 [↑](#footnote-ref-2)
3. Proceso radicado Nro. 660013104004-2005-00072-01. Acusado. Jhon Alejandro Gallego García. [↑](#footnote-ref-3)