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 –18 de septiembre de 2018

Proceso:                 Penal -

Radicación Nro. : 66170 60 00 066 2014 01164 01

Procesado: Mauricio Fernando Trejos Molina

Magistrado Ponente:  Jairo Ernesto Escobar Sanz

**TEMAS: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / DOSIFICACIÓN DE LA PENA/ PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL/ INCISO 2º DEL ARTÍCULO 61 DEL CP/ DOSIFICACIÓN Y CIRCUNSTANCIAS APLICADOS A LA TASACIÓN DE LA PENA INCUMPLE LOS PARÁMEROS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES/ FALTA DE PONDERACIÓN RESPECTO A LA GRAVEDAD DEL COMPORTAMIENTO DELICTIVO/ CONFIRMA PARCIAL Y MODIFICA**

Como en el caso sub judice se comprobó que el acusado transitaba con 297.4 gramos de marihuana y sus derivados, y 12.7 gramos de cocaína y sus derivados, se puede inferir que efectivamente existió la vulneración real del bien jurídico objeto de tutela legal, y que el grado de lesividad del comportamiento atribuido al señor Trejos Molina, se podía ver reflejado al momento de realizar el proceso de dosificación 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 al procesado no se ajustaron a parámetros legales y jurisprudenciales por lo que resulta necesario modificar la sanción impuesta al señor Mauricio Fernando Trejos Molina, advirtiendo que se acogerá los planteamientos enunciados por el A quo, en el sentido que de conformidad con lo reglado en el inciso 2º del artículo 61 del CP, el ámbito de movilidad para la tasación de la pena se hará en el cuarto mínimo, ante la existencia de una circunstancia de menor punibilidad, como lo es la carencia de antecedentes penales.

(…)

En consecuencia se imponen al procesado las siguientes sanciones: una pena de 60 meses de prisión y 24 días de prisión y multa de 16.18 smlmv, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA PENAL

M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nro. 816

Hora: 8:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66170 60 00 066 2014 01164 01 |
| Acusado  | Mauricio Fernando Trejos Molina  |
| 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 el delegado del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó al señor Trejos Molina por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el acta de audiencias preliminares el supuesto fáctico es el siguiente:

*“Hoy 15 de junio de 2014 siendo 12:050 horas la patrulla de vigilancia se encontraba realizando labores de patrullaje en el sector del barrio LUIS CARLOS GALÁN vía publica frente a la mz 1 casa 11 cuando observan a un sujeto con actitud sospechosa quien al notar la presencia policial se tornó nerviosa, la patrulla procedió a requisarlo, hallándole al interior de un canguro negro 21 cigarrillos con sustancia vegetal de color y olor similar a la marihuana, 13 bolsas plásticas de sello hermético que en su interior contenía sustancia vegetal de color y olor similar a la marihuana, una bolsa plástica transparente que contenía 120 cigarrillos con envoltura de papel blanco cada uno contiene sustancia vegetal de color y olor similar a la marihuana, 54 papeletas pequeñas de sello hermético las cuales en su interior contiene unas sustancia habana con olor similar al bazuco…”[[1]](#footnote-1)*

2.2 El 10 de junio de 2014 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor Mauricio Fernando Trejos Molina por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 inciso 2º, verbo rector “llevar consigo”, los cuales fueron aceptados por el acusado (fl 22).

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas asumió el conocimiento de la causa (folio 34). El día 3 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y se dio lectura a la sentencia de primer nivel (fl.35-45)

2.4 La decisión fue apelada por el delegado del Ministerio Público.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de Mauricio Fernando Trejos Molina, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.089.600.789 de Dosquebradas, nacido el 27 de febrero de 1990 en Pereira, es hijo de Ana María y Luis Arturo, de ocupación oficios varios

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

4.1 El juez de conocimiento sustentó el fallo condenatorio con base en los siguientes argumentos en lo que es objeto de apelación:

* La pena a imponer al procesado es la prevista en el artículo 376 inc. 2º del CP, la cual oscila entre 64 y 108 meses prisión y multa de 2 a 150 smlmv.
* El A quo consideró que era viable imponer la pena mínima del primer cuarto de punibilidad, pues a su modo de ver al señor Trejos Molina se le imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “llevar consigo”, y de conformidad con lo enunciado por la FGN este carece de antecedentes penales situación que configura una circunstancias de menor punibilidad, aunado al hecho de que no se avizoran circunstancias de mayor punibilidad y al respecto no obra prueba alguna, concluyendo que se trataba de un delincuente primario.
* El juez de conocimiento partió del mínimo de la pena previsto para la conducta punible investigada, fundamentando su determinación en lo enunciado en el inciso 2 del artículo 61 del CP, imponiéndole al señor Trejos Molina una sanción de 64 meses de prisión y multa de 2 smlmv.
* Finalmente y ante el allanamiento a cargos por parte del procesado, el juez de primer nivel le otorgó una rebaja del 12.5%, quedando una sanción definitiva en 56 meses de prisión y multa de 1.75 SMLMV.

4.2 El Delegado del Ministerio Público apeló dicha determinación.

5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

5.1 Delegado del Ministerio Público (Recurrente)

* El delegado del Ministerio Público interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primer nivel únicamente en lo que respecta al proceso de dosificación de la pena, pues consideró que la pena impuesta al señor Mauricio Fernando Trejos Molina no era proporcional a la gravedad de la conducta que se le endilga, que es uno de los factores previstos en el inciso 3º del artículo 61 del CP.
* En el presente asunto durante la audiencia del artículo 447 del CPP se hizo referencia al supuesto fáctico que dio origen a la investigación y en ningún momento se dijo que el acusado fuera un adicto a las sustancias estupefacientes, caso en el cual sería viable la atenuación de la pena por tratarse de una persona enferma tal y como lo refiere la ley 1566 de 2012.
* La defensa no alegó la condición de adicción de su prohijado porque dicha circunstancia no se pregona en el caso del señor Trejos Molina.
* A su modo de ver en caso sub judice la FGN debía haber formulado imputación bajo la inflexión verbal de expender. Sin embargo, el ente acusador consideró que se trataba de un mero porte de estupefacientes, situación frente a la cual no puede presentar reparos.
* El verbo rector “llevar consigo” que le fue comunicado al aquí procesado genera una desigualdad porque esté portaba marihuana y bazuco debidamente dosificada, y la sanción que le fue impuesta es igual a la de una persona con adicción a las sustancias ilícitas, pues se debe recordar que al señor Mauricio Fernando Trejos Molina le fueron incautados 12.7 gramos de bazuco y 297 gramos de marihuana, por lo que considera que al momento de realizar la ponderación de la pena se debía tener en cuenta la mayor gravedad de la conducta y que la misma genera un daño potencial mayor a la infracción del mismo tipo que comete un adicto.
* Considera que en juez de primer grado desconoció lo establecido en el artículo 63 inc. 3º del CP, y además se vulneró el principio de igualdad, pues al señor Trejos Molina se le dio el trato que se le suministra a las personas adictas a los estupefacientes.
* Solicitó que se revoque la decisión impugnada en el sentido de que la pena a imponer no partiera del mínimo de la sanción prevista en la norma, y que en consideración a lo enunciado en el artículo 61 inc. 3º del CP, se realice la ponderación respectiva y se imponga una sanción que parta siquiera de la mitad del cuarto mínimo.

5.2 Defensora (No recurrente)

Pidió que se confirmara la decisión de primer nivel con base en los siguientes argumentos:

* No solicitó el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad del procesado en atención a las cantidades de estupefacientes que le fueron decomisadas a su defendido.
* En la constancia de arraigo del procesado se encuentra plasmado que el señor Trejos Molina es agricultor, y durante la entrevista que le realizó previamente a la celebración de las audiencias preliminares, el acusado le manifestó que trabajaba en una finca y que sus compañeros le habían solicitado que les comprara su dosis de aprovisionamiento.
* El señor Mauricio Fernando Trejos es un adicto al uso de sustancias estupefacientes y se puede verificar que él y sus compañeros consumen sustancias ilícitas en el predio en el que trabajan.
* Se debe respetar la autonomía de la FGN pues nunca mencionó circunstancias de mayor punibilidad dentro del presente asunto, pero si se vislumbran las de menor punibilidad ya que el procesado no cuenta con anotaciones ni antecedentes judiciales.
* Solicitó que se confirmara la decisión de primer nivel.

5.3 Delegado FGN (No recurrente)

No realizó ningún pronunciamiento de fondo, dejando la decisión a discreción de esta Sala, señalando que durante la audiencia del artículo 447 del CPP había solicitado que se partiera del mínimo de la pena en consideración a que el señor Mauricio Fernando Trejos Molina no presentaba antecedentes judiciales.

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 aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, se contrae a determinar el grado de acierto de la decisión recurrida en el punto relativo a la dosificación de la pena impuesta al procesado, pues el censor considera injusta la pena que se le señaló, pues a su modo de ver la sanción que le fue impuesta no fue proporcionada frente a la gravedad de la conducta por la cual viene siendo procesado.

6.3 En el caso concreto, el Delegado del Ministerio Público considera que la pena que le fue impuesta al procesado no debía partir del cuarto mínimo de la sanción prevista para el tipo penal investigado, en consideración a la cantidad de sustancias estupefacientes que le fueron incautadas al procesado, aunado al hecho de que las mismas se encontraban dosificadas lo que daba a entender que en el caso del señor Trejos Molina no se trataba de un mero porte de estupefacientes, sino que se configuraba el verbo recto de “expender”, el cual no fue imputado por la FGN.

6.4 Para dar solución al problema jurídico es preciso establecer si la pena impuesta en el fallo recurrido fue debidamente tasada, no sólo porque el funcionario de primer nivel respetó los límites punitivos en cuanto se circunscribió a los rangos establecidos en el primer cuarto elegido, dada la concurrencia de circunstancias de menor punibilidad –carencia de antecedentes penales-, sino porque el motivo aducido para moverse dentro de marco punitivo fue atinado.

6.5 Además como lo ha aseverado esta Colegiatura en diversas oportunidades, la cantidad de estupefaciente es un factor que necesariamente incide en la graduación de la pena.

6.6 Al respecto se debe recordar que la norma establece las cantidades de estupefaciente para ir graduando las diferentes escalas de sanción frente a las conductas que atentan en contra de la salubridad pública, y en consecuencia, al juez le está permitido tener en consideración ese mismo factor de referencia para ponderar la sanción.

6.7 Sobre el asunto en particular, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

*“Es por demás entendible, que lo inequitativo sería lo contrario, es decir, que se impusiera una pena igual a quienes han transgredido el tipo penal en relación con cantidades diferentes. Aquí la regla de lo directamente proporcional, opera, esto es, a mayor cantidad de estupefaciente, mayor cantidad de pena, y viceversa, a menor incautación, menor sanción.*

*No vemos por parte alguna, ni la defensa nos trae un argumento a favor de su tesis, que lo razonable y proporcional sea imponer siempre el mínimo de pena independientemente de la cantidad incautada. Esa reflexión, repetimos, sí atentaría contra esos principios básicos que se anuncian y sería abiertamente insostenible.”[[2]](#footnote-2)*

6.8 Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta que la ley 30 de 1986, en su artículo 2º, literal j) estableció las cantidades que se consideran dosis personal de estupefacientes, que en el caso de la marihuana no debe exceder de 20 gramos, y la cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína no debe sobrepasar 1 gramo.

6.8.1 En el caso del señor Mauricio Fernando Trejos Molina, de conformidad con lo referido en el escrito de acusación se tiene que el 15 de junio de 2014, el señor acusado fue sometido a una requisa por parte de unos miembros de la Policía Nacional, procedimiento en el que le fueron halladas en un “canguro” que portaba: i) 21 cigarrillos con sustancia vegetal de color y olor similar a la marihuana; ii) 13 bolsas plásticas de sello hermético que en su interior contenía sustancia vegetal de color y olor similar a la marihuana; iii) una bolsa plástica transparente que contenía 120 cigarrillos con envoltura de papel blanco cada uno contiene sustancia vegetal de color y olor similar a la marihuana; y vi) 54 papeletas pequeñas de sello hermético las cuales en su interior contiene unas sustancia habana con olor similar al bazuco.

6.8.2 Dichas sustancias fueron sometidas a prueba de PIPH, las cuales arrojaron los siguientes resultados: i) 297.4 gramos netos de cannabis; y ii) 12.7 gramos netos de cocaína y sus derivados (folio 15 a 17).

6.8.3 Lo anterior quiere decir que en el caso objeto de estudio los topes establecidos por el legislador para el porte de sustancias estupefacientes fueron excedidos ostensiblemente por parte del señor Fernando Mauricio Trejos Molina, ya que rebasó en más de 14 y 11 proporciones la dosis permitida para consumo personal de marihuana y cocaína, respectivamente.

6.9 En ese sentido, en la jurisprudencia puntual de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha expuesto, en relación al principio de lesividad que: *“… además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del C.P.” [[3]](#footnote-3)*

6.9.1 En ese mismo sentido Precisamente, al referirse al tema en estudio, el autor Nelson Saray Botero expone en su obra “Dosificación Judicial de la Pena”, lo siguiente: “*Sobre el concepto de “mayor gravedad de la conducta” se debe establecer que éste debe constituir “un plus de la conducta que está más allá de la misma circunstancia de agravación, genérica o específica, y que es un comportamiento especial que aumenta la intensidad del injusto, sin que el legislador la haya contemplado expresamente como agravante y en tal medida se justifica la destinación que hace el precepto examinado. Son pues manifestaciones existenciales especiales que caracterizan determinada conducta”.[[4]](#footnote-4)*

6.10 A su vez, sobre el tema puntual relacionado con las conductas descritas en los artículos 376 y ss. del C.P. la misma Corporación ha fijado su criterio sobre la gravedad de ese tipo de comportamientos delictivos, referida a situaciones como la cantidad de sustancia decomisada para lo cual se expuso lo siguiente, en la sentencia del 7 de octubre de 1999, radicado 11.565 de la Sala de C.P. de la C.S.J. cuyo ponente fue el Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar en la cual se dijo que se debía asociar la cantidad de droga materia del delito a la noción de gravedad del hecho, para efectos de fijar la pena, así: *“…En cuanto mayor sea la cantidad de droga objeto de decomiso, mayor será la intensidad del daño potencial o real ocasionado al interés jurídico tutelado y consecuencialmente más grave el hecho“.*

6.11 Como en el caso sub judice se comprobó que el acusado transitaba con 297.4 gramos de marihuana y sus derivados, y 12.7 gramos de cocaína y sus derivados, se puede inferir que efectivamente existió la vulneración real del bien jurídico objeto de tutela legal, y que el grado de lesividad del comportamiento atribuido al señor Trejos Molina, se podía ver reflejado al momento de realizar el proceso de dosificación de la pena.

6.13 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 al procesado no se ajustaron a parámetros legales y jurisprudenciales por lo que resulta necesario modificar la sanción impuesta al señor Mauricio Fernando Trejos Molina, advirtiendo que se acogerá los planteamientos enunciados por el A quo, en el sentido que de conformidad con lo reglado en el inciso 2º del artículo 61 del CP, el ámbito de movilidad para la tasación de la pena se hará en el cuarto mínimo, ante la existencia de una circunstancia de menor punibilidad, como lo es la carencia de antecedentes penales.

Esa Colegiatura considera que en el asunto de la referencia, en atención a la cantidad de sustancias ilícitas que le fueron incautadas al procesado, al daño potencial generado con la ejecución de la conducta punible y a la gravedad de la misma, no era viable partir de la pena mínima del primer cuarto punitivo tal y como lo hizo el A quo, y por ello se impondrá la sanción correspondiente a la mitad de la diferencia existente entre los extremos punitivos de ese primer cuarto, fijando la misma en 69 meses y 15 días de prisión y multa de 18.5 smlmv, en atención al desvalor del comportamiento que se le atribuye al encartado. A la sanción enunciada se le debe hacer una rebaja del 12.5% en ocasión al advenimiento a los cargos por parte del acusado.

En consecuencia se imponen al procesado las siguientes sanciones: una pena de 60 meses de prisión y 24 días de prisión y multa de 16.18 smlmv, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión.

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 PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, en contra de Mauricio Fernando Trejos Molina por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero del fallo recurrido en el entendido de que la pena definitiva que debe descontar el procesado es de 60 meses de prisión y 24 días de prisión y multa de 16.18 smlmv, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folio 1-2 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia del 27 de marzo de 2009. M.P. Jorge Arturo Castaño Duque. Radicado 660016000035 2008 00716 01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. Sala de CP. Sentencia del 8 de agosto de 2005 Rad. 18609 .M.P. Herman Galán Castellanos [↑](#footnote-ref-3)
4. Dosificación judicial de la pena. Nelson Saray Botero. Segunda edición. Leyer. Pag. 226. [↑](#footnote-ref-4)