TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA PENAL

Medellín, veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 49
Radicado Nro. 05 001 60 00 000 2017 00383
Delitos: Trafico, Fabricación o porte de estupefacientes agravado en concurso con concierto para delinquir agravado
Sentencia de Segunda Instancia Nro. 12
Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Lectura: Viernes, 6 de junio de 2018. Hora: 08:30 a.m.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de ALEIDA YANETH GARCIA TABORDA, y el togado que representa los intereses de VALENTINA ZAPATA TAVERA, JUAN DAVID YEPES TABARES, JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRIA, JHON FREDY ALVAREZ SERNA y DIEGO FERNANDO RESTREPO, en contra de la sentencia emitida el 23 de Marzo de 2018 por la Juez Segunda Penal del Circuito Especializado de Medellín, por medio de la cual dictó condena en contra de los acusados al hallarlos penalmente responsables de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, negándoles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del C. Penal, así como la prisión domiciliaria contemplada en el canon 38 ibídem, que es la que se reconoce en sede de conocimiento. Además se les inhabilitó en el ejercicio de

derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal de prisión impuesta en cada caso.

ACONTECER FÁCTICO

Según lo manifestado por la Fiscalía, los hechos objeto de juzgamiento se contraen a lo siguiente:

Según información suministrada al grupo de policía judicial de la SIJIN, en el Barrio San Pedro sector céntrico de la ciudad de Medellín conocido comúnmente como Lovaina, específicamente entre la carrera 50 con calle con 67-65 y hasta la calle 68 con 67-68, operaba una organización criminal denominada "La Oficina de Lovaina", que a su vez dependía de una estructura mayor conocida como "Odín la terraza", dedicada al expendio de sustancias estupefacientes en su sector de injerencia, amenazas, desplazamiento forzado, constreñimiento ilegal, homicidios selectivos, entre otros. Dicha banda operaba desde el año 2011 y contaba con una estructura jerarquizada, con componente administrativo, y bajo su control se encontraban las zonas aledañas al cementerio San Pedro en donde vendían y almacenaban sustancias estupefacientes, utilizando en algunas oportunidades a menores de edad para su expendio; tal es el caso del menor VICTOR MANUEL SCOTT MEDINA.

Las actividades investigativas permitieron identificar como integrantes de la cofradía a ALEIDA JANETH GARCÍA TABORDA, alias "la chucha", quien desempeñaba el rol de coordinadora encargada de recibir el dinero y entregar los estupefacientes a los expendedores. Se le atribuyen 36 ventas de estupefacientes entre los años 2016 y 2017. VALENTINA ZAPATA TAVERA, conocida con el remoquete de "Mariana" o por su nombre de pila "Valentina", expendedora, camuflaba los estupefacientes en sus partes íntimas y almacenaba las sustancias en su residencia ubicada en la calle

68 No. 50-18, se le atribuyen 28 eventos de venta de estupefacientes entre los años 2016 y 2017. JUAN DAVID YEPES TABARES, conocido como "Juan David", expendedor, almacenaba la sustancia estupefaciente en su domicilio, además estaba encargado de contabilizar el dinero producto de las ventas de la organización, se le enrostran 12 eventos de venta de estupefacientes entre los años 2016 y 2017. JHON FREDY ÁLVAREZ SERNA, distinguido con el seudónimo de "John Fredy" o "el flaco"; expendedor con cuatro eventos de venta documentados. JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA, distinguido con el apodo de "Juan Manuel", tenía el rol de acompañante y expendedor al que se le atribuyen cinco eventos de venta de alucinógenos entre los años de 2016 y 2017. DIEGO FERNANDO RESTREPO, conocido con el alias de "El calvo" o "Diego"; expendedor con cinco eventos de venta registrados.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín y en audiencias los días 7, 8, 9 y 10 de abril del año 2017 se legalizó el procedimiento de captura de los justiciables, allanamiento y registro, e incautación de elementos.

2. Con excepción de ALEIDA JANETH GARCIA TABORDA, a los demás coprocesados se les imputó un concurso heterogéneo por los delitos de uso de menores de edad para la comisión de delitos, art. 188D del C. Penal., concierto para delinquir agravado por ser con fines de narcotráfico, art. 340, inc. 2º ibídem, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art. 376, inc.2º ibíd., cometido en la circunstancia de agravación del canon 384 numeral 1º, literal b, ejusdem, a su vez en concurso homogéneo y en la modalidad de venta. Se les enrostraron el número de eventos puestos de presente en la narración de los hechos. A GARCÍA

TABORDA, además la ilicitud de concierto para delinquir pero agravado por actuar en calidad de cabecilla de la cofradía, art. 340, inc. 2º y 3º del Estatuto Sustantivo Penal. En dicha sede, ninguno aceptó el delito de uso de menores de edad en la comisión de delitos, negando además ALEIDA JANETH el concierto para delinquir agravado. Frente a los demás cargos operó la aceptación unilateral de responsabilidad vía allanamiento.

3. La Fiscalía presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos, correspondiéndole por reparto el conocimiento del proceso en la etapa de juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín con función de conocimiento ante el cual se agotaron las previsiones del art. 339 del C.P.P., saneamiento del proceso, e individualización de pena y sentencia, art. 447 ibídem, y lectura de fallo, esta última se efectuó el 23 de marzo de 2018. La sentencia se dictó por el concurso imputado a cada justiciable y por el número de eventos indicado en dicha sede; por su parte ALEIDA JANETH GARCÍA TABORDA aceptó en sede de conocimiento y al inicio de la audiencia de acusación el delito de concierto para delinquir agravado, art. 340, inc. 2º y 3º del C. Penal, esto es, como cabecilla, siendo sentenciada a una pena de 162 meses de prisión y multa de 1.872 SMLMV. Los demás coprocesados recibieron las siguientes condenas: VALENTINA ZAPATA TAVERA 101 meses de prisión y multa de 1.406 SMLMV; JUAN DAVID YEPES TABARES, 85 meses de prisión y multa de 1.374 SMLMV; JHON FREDY ÁLVAREZ SERNA, 77 meses de prisión y multa de 1.358 SMLMV; JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA, 78 meses de prisión y multa de 1.360 SMLMV; DIEGO FERNANDO RESTREPO, 78 meses de prisión y multa de 1.360 SMLMV. Se les impuso la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal privativa de la libertad, con negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria, art. 63 y 38 del C. Penal respectivamente, por no cumplir con el objetivo, además de existir expresa prohibición

legal para su reconocimiento, sin que se haya demostrado la condición de madre o padre cabeza de familia en ninguno de los casos.

Frente al reato de uso de menores para la comisión de delitos se presentó la ruptura de la unidad procesal, aceptando la totalidad de los enjuiciados el cargo mediante preacuerdo con la Fiscalía, por lo que el 12 de octubre de 2017 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín los sentenció a 20 meses de prisión, cada uno, concediéndoles la suspensión de la ejecución de la pena.

DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de la sentenciada ALEIDA JANETH GARCIA TABORDA *interpuso y sustentó por escrito, y en el término legal, el recurso de apelación en el que plantea que su inconformidad gravita en torno al proceso de dosificación de pena adelantado por la a quo en el caso de su prohijada.*

Afirma que después de revisar los correspondientes registros de audio de la audiencia de imputación, se tiene que a su prohijada se le enrostró el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente como conducta única y autónoma, no en concurso sucesivo de 36 eventos, de los cuales tampoco se aportó prueba ya que solo se puede corroborar su participación en 8 ventas. Yerra en consecuencia la funcionaria al incrementar la pena en 36 meses, un mes por cada evento presuntamente imputado, como si se tratara de un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles.

Considera que además se equivoca la a quo al individualizar la pena partiendo de 128 meses de prisión por el delito tipificado en el artículo 376 inciso 2º del C. Penal, agravado por el artículo 384, numeral 1º, literal b, de la misma codificación, pues el aumento de

pena que en este último canon se consagra supera el máximo establecido en la ley para el delito en mención, esto es, 108 meses de prisión. En su criterio la funcionaria realiza una errada interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual el alto tribunal analizó la constitucionalidad del art. 384 ejusdem, y en su labor interpretativa, el fenómeno denominado pena única o irregular que se presenta en estos casos en los que el legislador duplica el mínimo de la pena y el quantum resulta igual o superior al máximo fijado en la ley, determinando la Corporación que no se puede imponer una pena mayor a la legalmente fijada previamente para cada delito. Sentencia C-1082/02, en la que además se alude a la sentencia con radicado 12.579 del 11 de abril de 2002 de la CSJ, Sala de Casación Penal.

En segundo término considera equívoco que el fallador de primera instancia aumente la pena para el delito de concierto para delinquir con fundamento en la intensidad del dolo, el daño causado a la comunidad del sector y la calidad que su prohijada ostentaba en la estructura criminal, ya que de esta manera se incrementa la pena dos veces por la misma causa, pues el legislador ya castigó con mayor énfasis a aquellas personas que tuvieran algún mando o jerarquía, aumentando la pena por el ilícito en comento en la mitad. Además no se concreta cuáles son los medios de prueba inferenciales de tales circunstancias en las que la falladora funda el criticado aumento. De tal manera se vulneran los principios de legalidad y non bis in ídem.

Un tercer aspecto que critica del proceso de dosificación punitiva tiene que ver con el porcentaje reconocido a su poderdante por allanarse al cargo de concierto para delinquir agravado, pues en todo caso lo hizo antes de la audiencia preparatoria del juicio oral. En consecuencia solicita el reconocimiento entre un 33% y hasta un 50 % de rebaja de la pena teniendo en cuenta el momento procesal de la aceptación y el connatural ahorro realizado a la justicia.

Sostiene que un correcto ejercicio de dosimetría penal respetuoso de la legalidad de las penas, en este caso debe partir de la mínima prevista para el delito de concierto para delinquir agravado, art. 340, inc. 2º y 3º del C. Penal, esto es, de 144 meses de prisión, quantum al que se le debe aplicar el 45% de rebaja en atención al momento procesal en que la fémina aceptó cargos por el reato en mención, lo cual arroja una pena de 79.2 meses de prisión, aumentada en 1 mes por el concurso con el delito del art. 376 ibídem., para una sanción final de 80.2 meses de prisión.

Por su parte el togado que representa los intereses de los demás enjuiciados, *al igual que su homólogo enristra su crítica al ejercicio de dosificación punitiva adelantado en primera instancia respecto de sus defendidos, coincidiendo ambos en los argumentos expuestos para reclamar que en el caso del delito contra la salud pública se parta del máximo establecido en inciso 2º del canon 376 el C. Penal, esto es, 108 meses de prisión, no de la pena de 128 meses de prisión que surge de duplicar el mínimo de la preestablecida por el legislador para dicha ilicitud. Agregando que es equívoco que con base en una interpretación doctrinaria se dé alcances diferentes a la jurisprudencia de la Corte Constitucional al tratar el tema de la pena única o irregular, sin analizar las razones por las que el fallador se aparta de la posición constitucional.*

Igualmente asevera que a sus prohijados no se les imputó el delito de tráfico de estupefacientes en concurso homogéneo y sucesivo. En consecuencia, independiente del número de eventos a los que alude la Fiscalía, así como aquellos que se pueden probar con base en el material probatorio allegado a la tramitación, en todos los casos se debe partir de 108 meses de prisión por el delito del artículo 376, inciso 2º del C. Penal, agravado por el 384, numeral 1º, literal B, quantum al que se le suman 20 meses de prisión por el

concurso con el ilícito de concierto para delinquir, para un total de 128 meses, que tras la rebaja del 50%, por aceptación temprana de cargos arroja como pena definitiva 64 meses de prisión y una sanción de multa proporcional.

Puntualmente señala que en el caso de VALENTINA ZAPATA TAVERA, solo se puede probar que el 8 de febrero de 2017 fue observada realizando tres actividades de ventas, no en 27 eventos como erradamente se concluye en el fallo confutado. A JUAN DAVID YÉPEZ TABARES se lo ve participar en 4 eventos, pero además en su caso se evidencia un yerro aritmético en la suma por cada evento que concursa por el delito de venta de estupefacientes ya que se dijo que se aumentaría 2 meses por los 11 eventos y erradamente se plasma en el fallo que el resultado de dicha suma aritmética son 48 meses. JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA en 3 oportunidades y a DIEGO FERNANDO RESTREPO en una sola ocasión. Los razonamientos expuestos tienen como fundamento el informe de investigador de campo FPJ 11, del 8 de marzo de 2017, en el cual se detalla cada uno de los eventos en los que participaron los incriminados, así como en el contenido del respectivo registro de audio de la audiencia de imputación de cargos. Estas son las razones por las que depreca la modificación del fallo recurrido para ajustar las penas a la legalidad, tanto las privativas de la libertad como las sanciones pecuniarias.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

Conforme lo dispone en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer y decidir la apelación.

Se destaca que la competencia de la Colegiatura se restringe a los aspectos impugnados. Entonces, al ser evidente en la actuación la materialidad de los delitos y la responsabilidad penal de los condenados en la comisión de los mismos, y como no existe causal

de invalidación de la actuación, la Sala decidirá de fondo. Así mismo, debe indicarse que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Magistratura de esta Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y como consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación de los coprocesados en virtud, se itera, de que la defensa es apelante único.

Acorde con la problemática planteada por los apelantes, resulta imperativo precisar que una vez escuchados los registros de audios de la audiencia de formulación de imputación agotada los días 7, 8, 9 y 10 de abril del año 2017, encuentra la Magistratura que en efecto la Fiscalía imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso homogéneo y sucesivo, art. 376 inc. 2º del C. Penal y 31 ibíd., a todos los coprocesados, detallando incluso las fechas y el número de eventos en los que incurrieron los procesados en cada calenda. Completó el catálogo de ilicitudes enrostradas en dicha sede al grupo de justiciables el delito de concierto para delinquir agravado, art. 340, inc. 2º ibídem., y en el caso de ALEIDA JANETH GARCIA TABORDA, además se le enrostró la agravante contemplada en el inciso 3º del referido dispositivo normativo por su calidad de cabecilla; informándoles además que se les llamaba a responder penalmente por el reato de utilización de menores de edad para la comisión de delitos, art. 188D ibíd. Escucharon entonces los imputados que el ente persecutor les enrostraba el siguiente número de eventos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: 36 a ALEIDA JANETH GARCÍA TABORDA. (Record 45.25-49-45) 5 a DIEGO FERNANDO RESTREPO (Record 01:28:00-01:31:25); 4 a JHON FREDY ÁLVEREZ SERNA (Record 01:45:00-01:48:00); 12 a JUAN DAVID YEPES TABARES (Record 03:31:00-03:35:00); 5 a JUAN MANUEL CASTAÑEDA (Record 03:54:00-03:58:00); 28 a VALENTINA

ZAPATA TAVERA (Record 04:02:00-04:19:00). Todas en audiencia adelantada el 8 de abril de 2017.

Habida cuenta de la aceptación unilateral de los cargos así formulados en sede de audiencia de formulación de imputación, el debate que plantean los apelantes en torno a la prueba de la materialidad de los eventos constitutivos del delito del art. 376 del C. Penal resulta ajeno a la sistemática que gobierna esta forma de terminación anticipada del proceso, o que sin lugar a dudas entrañaría una retractación implícita del allanamiento a cargos efectuada por los acusados, la cual, conforme al contenido del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el dispositivo 69 de la Ley 1453 de junio 24 de 2011 procede por: "… parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales", y a todas luces este no es el caso.

Ahora bien, despejados los anteriores puntos de la censura, resulta imperativo realizar algunas precisiones frente a la punibilidad de las conductas de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes cuando se cometen bajo alguna cualquiera de las circunstancias agravantes descritas en el artículo 384 del C. Penal.

Para una mejor comprensión de la problemática que plantea la forma de legislar bajo análisis, iniciemos por señalar que de acuerdo con el principio de legalidad de las penas art. 6 º y 10º del C. Penal, y 29 Superior, pero además con sujeción al imperativo legal consagrado en el art. 60 del Compendio Sustantivo Penal, es claro que las penas deben ser preexistentes, ciertas, claras, inequívocas, expresas, y sus elementos estructurales deben encontrarse puntualmente determinados, entre ellos, sus mínimos y máximos, esto último para efectos de la individualización de la pena, momento que corresponde al juez, lo que obviamente no tiene cabida en la determinación genérica o en abstracto reservada

al legislador. En conclusión la determinación de sus mínimos y máximos, "materialmente" cumplen con el principio de legalidad de las penas.

Empero el problema surge cuando la forma de legislar de manera estándar duplicando el mínimo de las penas para los casos de agravantes del delito del canon 376 del C. Penal, esto es, de manera totalmente antitécnica permite que en veces el mínimo de la pena supere el máximo establecido para el respectivo delito, y en otras lo equipare, lo que en la praxis judicial conlleva a que se presente el fenómeno de la pena única, proscrita por la sistemática actual, o de la pena irregular, casos que no pueden salvarse simplemente trastocando el mínimo y el máximo, pues el juez estaría legislando, esto es, determinando que el quantum que se obtiene de duplicar el mínimo de la sanción pasa a ser el tope, y el máximo de la pena preestablecida se convierte en el extremo inferior de lo cual deviene que la pena deje de ser necesaria, proporcional y racional, tras la eliminación del ámbito de movilidad punitiva, sistema con el cual se persigue un proceso de dosificación punitivo más razonable que el que regía anteriormente caracterizado por una amplia discrecionalidad del juez para dichos efectos.

Y es que se han escuchado voces que propugnan por diversas salidas para la inconsistencia y el absurdo creado por la falta de técnica legislativa criticada, unas encuentran factible avalar la pena fija, inmodificable; otras reclaman la inaplicación por inconstitucionalidad de la norma en cuestión; algunas menos extremas en el sentido de respetar la aplicabilidad del precepto, piden usar el aumento a los dos extremos de la pena, haciendo de esta manera operante los criterios establecidos en el artículo 61 del Código Penal, fundamentos reales modificadores para el proceso de individualización de esta.

Finalmente el máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 384 del C. Penal, condicionó su permanencia en el ordenamiento jurídico en el entendido que "el único condicionamiento que respeta la competencia y la voluntad expresa del Legislador es el de entender que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la ley." De esta manera el alto tribunal optó por la conservación condicionada de la disposición legal en lugar de declarar su inconstitucionalidad frente a la incongruencia vista. Es claro pues que para el delito bajo análisis el legislador fijó una sanción máxima de 108 meses de prisión, a cuyo tope debe sujetarse el fallador a la hora de individualizar la pena cuando se tenga por agravado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes conforme las voces del canon 384. Estas breves reflexiones a la luz de la jurisprudencia y las diversas posturas sobre la referida temática, nos permiten concluir que les asiste razón a los defensores en esta parte de la censura.

Despejados estos puntuales aspectos en los que confluyen los apelantes, la Sala pasa a analizar si las penas impuestas a cada uno de los procesados luego del ejercicio de dosimetría penal realizado por la Juez de primera instancia tienen sustento fáctico y legal, de ser así, se confirmará, en caso negativo, es deber de esta Magistratura realizar las respectivas modificaciones. De acuerdo al panorama perfilado resulta del todo pertinente iniciar por recordar que el proceso de individualización de pena, aunque reglado, concede al operador jurídico cierto margen de movilidad, necesario, por cuanto al Legislador le es imposible predecir de manera anticipada la sanción que debe imponerse en cada caso en particular, máxime cuando fácticamente ninguna conducta es idéntica a otra.

Obsérvese que la sanción penal genéricamente regulada va entre

un mínimo y un máximo, por ello, el artículo 61 del C. Penal, en su orden, dispone de parámetros objetivos y subjetivos para individualizar la pena. Estos últimos criterios en sí no son arbitrarios, pues, en todo caso deben tener sustento fáctico que se explicitan en la providencia.

El operador jurídico, entonces, acudiendo al sistema de cuartos agota un primer momento de individualización de la pena regido por parámetros objetivos[1]. Luego, en un proceso valorativo pero reglado[2] determina el quantum de pena imponible en el caso objeto de juzgamiento. Vale acotar, en el sub examine debido a la particular situación que se genera en punto de la punibilidad en tratándose del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme lo analizado más arriba, es innegable que el mencionado mecanismo de individualización de pena resulta desafortunadamente desconocido por la falta de previsión en la técnica utilizada por el legislador al aumentar las penas conforme a la agravante del art. 384 del C. Penal.

Conforme a lo discurrido hasta el momento, en lo que tiene que ver con el ejercicio de dosificación punitiva adelantado por la funcionaria de primera instancia en el caso de la mayoría de procesados, esto es, VALENTINA ZAPATA TAVERA, JOHN FREDY ÁLVAREZ SERNA, JUAN DAVID YEPES TABARES, JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA y DIEGO FERNANDO RESTREPO es menester precisar los siguientes aspectos:

Como se analizó en acápites anteriores de esta decisión, desacierta la falladora de primer grado al decidir partir de la pena de 128

---

1 *Circunstancias de menor y mayor punibilidad que prevén los artículos 55 y 58 respectivamente del Código Penal.*

2 *C. P. Art. 60. (…) Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena,* ***el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos****: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. (Negrillas de la Sala de Decisión).*

meses de prisión, avalando la postura de la pena irregular que se genera en este caso tras la aplicación de la agravante contenida en el numeral 1º, literal b del art. 384 del C. Penal. Como se dijo más arriba, en sede constitucional el alto tribunal determinó que lo correcto es partir de la pena máxima, la que sin lugar a dudas corresponde a 108 meses, no a los 128 como lo interpreta la a quo, ya que ello, se insiste trastoca los máximos y mínimos definidos por el legislador, comportando una evidente invasión de órbitas funcionales que no es permitida por el ordenamiento jurídico, dando al traste además con el principio de legalidad de las penas.

Como el delito del art. 376, inc. 2º del C. Penal se cometió en concurso homogéneo sucesivo, se aplica necesariamente lo dispuesto en el canon 31 del C. Penal, aumentando en consecuencia por cada una de las conductas extras por el delito contra la salud pública 2 meses como lo dispuso la funcionaria. En consecuencia los aumentos serán los siguientes: En el caso de VALENTINA ZAPATA TAVERA, 54 meses de prisión; a JOHN FREDY ÁLVAREZ SERNA, un total de 6 meses. JUAN DAVID YEPES TABARES, 22 meses. Y en el caso de JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA y DIEGO FERNANDO RESTREPO, un aumento de 8 meses. El anterior aumento, se insiste, corresponde a cada uno de los eventos extras en los que los mencionados enjuiciados incurrieron. Respectivamente se obtienen los siguientes hitos punitivos: ZAPATA TAVERA, 108+54=162; ÁLVAREZ SERNA, 108+6=114; YEPES TABARES, 108+22=130; CASTAÑEDA ECHAVARRÍA y RESTREPO, 108+8=116 meses de prisión, para cada uno.

Dado que la ilicitud así cometida concursa a su vez con el reato de concierto para delinquir agravado del art. 340, inc. 2º del C. Penal, cuya norma prevé una pena de prisión de 8 años o lo que es lo mismo, 96 meses de prisión, a 18 años o 216 meses de prisión, surge evidente que al partir de la pena mínima en este caso, la

mayor sanción es la determinada en cada caso para el delito contra la salud pública agravado y de esta se debe partir, para luego sumarle el aumento de "hasta otro tanto" por el delito contra la seguridad pública agravado.

En relación con el aumento por el tema concursal, vale significar que este encuentra su límite en lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 31 del C. Penal, cuando determina que puede ser hasta "en otro tanto" sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. Huelga señalar que en este caso la falladora de primer grado no realizó, como era su deber, frente al delito de concierto para delinquir agravado ninguna acotación en relación con el proceso de individualización de pena con base en los fundamentos reales modificadores del art. 61, o por lo menos no lo plasmó en la sentencia, sin embargo, todo indica, como se anunció más arriba, que decidió partir de la pena mínima allí establecida, esto es de 96 meses de prisión.

Ahora, se respeta igualmente el aumento de 20 meses por el delito de concierto para delinquir agravado adoptado por la primera instancia, pues este si se advierte legal dado la mayor gravedad de esta conducta; la consecuente operación aritmética resultante de sumarle a la pena mayor ese otro tanto por el delito contra la seguridad pública, se obtienen los siguientes hitos punitivos para cada uno de los justiciables: VALENTINA ZAPATA TAVERA: 108+54+20=182. JHON FREDY ÁLVAREZ SERNA: 108+6+20=134. JUAN DAVID YEPES TABARES: 108+22+20=150. JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA: 108+8+20=136. DIEGO FERNANDO RESTREPO: 108+8+20=136, meses de prisión.

En relación con la sanción pecuniaria para el delito consignado en el dispositivo legal 376, inc. 2º del C. Penal, refulge que el aumento

previsto en el artículo 384 ejusdem, no comporta dificultad alguna por cuanto el doble del mínimo de 2 SMLMV implica que el resultado no supera el tope fijado en la ley para el delito en cuestión, que para el caso es de 150 SMLMV. Multiplicando entonces los 4 SMLMV que resultan de la aplicación de la agravante en comento, por cada uno de los eventos que conforman el concurso homogéneo de conductas, según lo normado en el artículo 39, numeral 4º del C. Penal, y como acertadamente lo definió la juez singular se obtienen las siguientes sanciones monetarias en cada uno de los casos y en el orden en que se vienen analizando: VALENTINA ZAPATA TAVERA: 4x28= 112. JHON FREDY ÁLVAREZ SERNA: 4x4=16. JUAN DAVID YEPES TABARES: 4x12=48. JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA: 4x5=20. DIEGO FERNANDO RESTREPO: 4x5=20, SMLMV.

En relación con el delito de concierto para delinquir agravado del inc. 2º, art. 340 del C. Penal, la otra ilicitud que conforma el concurso heterogéneo en este caso, la sanción de multa de la cual se parte es la mínima prevista en dicho dispositivo, esto es, 2.700 SMLMV, partiendo de los criterios del art. 61 del C. Penal. La suma de las dos sanciones pecuniarias nos arrojan las siguientes cifras: VALENTINA ZAPATA TAVERA: 2.812 SMLMV. JHON FREDY ÁLVAREZ SERNA: 2.716 SMLMV. JUAN DAVID YEPES TABARES: 2.748 SMLMV. JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA: 2.720 SMLMV20. DIEGO FERNANDO RESTREPO: 2.720 SMLMV. Aplicado el descuento del 50% por el allanamiento temprano a cargos efectuado por los justiciables en audiencia de formulación de imputación, las penas que finalmente deben soportar, en el mismo orden que se viene indicando corresponden a: ***91, 67, 75, 68 y 68*** *meses de prisión y la sanción monetaria de* ***1.406, 1.374, 1.358, 1.360 y 1.360*** *SMLMV, respectivamente.*

Ahora bien, aplicando al caso de ***ALEYDA JANETH GARCÍA***

***TABORDA** los mismos razonamientos utilizados para sus compañeros de faena delictiva, en su proceso de individualización de pena se debe partir de 108 meses de prisión por el delito de **tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, art. 376, inc. 2º del C. Penal**, y 384, numeral 1º literal b, pena ésta a la que entiende la Sala, por el momento de aceptación de los cargos, en sede de la formulación de imputación, le reduce un 50%, por lo que la misma quedaría entonces para cada uno de estos 36 delitos cometidos en 54 meses de prisión.*

En relación con la pena de multa, el delito en comento contempla una sanción de 4 a 150 SMLMV; por lo que aplicando los derroteros del art. 61 del C. Penal, la juez singular decidió partir del primer cuarto y dentro de este de la pena mínima, esto es de 4 SMLMV que se multiplica por el número de eventos que estructuran el concurso homogéneo y sucesivo por el delito contra la salud pública, esto es, 36 eventos para un total de 144 SMLMV, que tras el descuento del 50% por el allanamiento a cargos en audiencia de imputación se reduce a 72 SMLMV.

*Por su parte el delito de **concierto para delinquir** según el inc. 3° del artículo 340 del C. Penal la pena para esta ilicitud oscila entre 144 meses y 324 meses de prisión, y al restarle al quantum superior el mínimo y dividir el resultado por cuatro se obtiene el ámbito de movilidad punitiva: 324 - 144 = 180 dividido por 4 = 45. Graficados los cuartos:*

Cuarto mínimo: 144 meses a 189 meses
Cuarto medio: 189 meses y un día a 234 meses
Cuarto medio: 234 meses y un día a 279 meses
Cuarto máximo: 279 meses y un día a 324 meses

***En cuanto a la sanción de multa:** La sanción pecuniaria*

consagrada para este delito oscila entre 2.700 a 30.000 S.M.L.M.V, y al restarle al quantum superior el mínimo y dividir el resultado por cuatro se obtiene el ámbito de movilidad punitiva: 30.000 – 2.700 = 27.300 dividido por 4 = 6.825. Graficados los cuartos:

Cuarto mínimo: 2.700 S.M.L.M.V. a 9.525 S.M.L.M.V
Cuarto medio: 9.525 S.M.L.M.V a 16.350 S.M.L.M.V.
Cuarto medio: 16.350 S.M.L.M.V a 23.175 S.M.L.M.V.
Cuarto máximo: 23.175 S.M.L.M.V a 30.000 S.M.L.M.V

*Como no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, se parte en su caso del cuarto mínimo y del quantum mínimo allí establecido, esto es de 144 meses de prisión y multa de 2.700 SMLMV. Sin embargo, acorde a los fundamentos para la individualización de la pena de que habla el artículo 61 del C. Penal, cuando dispone en su inciso 3º que: "Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor intensidad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.", la falladora de primera instancia decidió hacer uso de ese margen de movilidad reglada que le confiere el legislador y partir del tope máximo del primer cuarto, esto es de **189** meses de prisión debido a la mayor intensidad del dolo, el daño causado a la comunidad del sector y la calidad que la fémina tenía al interior de la estructura criminal, en la cual fungía como cabecilla, lo que huelga significar aparece ajustado a la norma bajo análisis, si se tiene en cuenta la manera como se desarrolló la actividad criminal en la que participó la acusada, la potencial afectación que con su actividad principal ocasionó a la comunidad. Lo anterior significa que tan solo la primera parte del análisis bastaría para justificar la pena de la cual se parte, pues se entiende que la calidad de cabecilla ya fue tenida en cuenta en la agravante del delito.*

Como puede verse no se trata de punir dos veces la misma conducta, se aumenta esta en atención a la facultad que el propio legislador le confiere al fallador de analizar ciertos aspectos referidos a la intensidad de la conducta, daño real o potencial, mayor o menor intensidad del dolo, funciones y fines de la pena aplicados al caso concreto. Acorde con lo decidido, la pena de multa debió sufrir el motivado aumento, sin embargo la juez singular dejó incólume la sanción mínima, 2.700 SMLMV, lo cual se respetará en esta sede habida cuenta que no se puede agravar la situación de los penados pues solo apeló la defensa.

En relación con la rebaja punitiva por allanamiento a cargos tras la radicación del escrito de acusación, tiene decantado la Corte Suprema de Justicia que en estos casos procede la rebaja de una tercera parte de la pena. Esto ha dicho el alto tribunal cuando la etapa procesal antecedente de la imputación ya ha sido superada:

> *"Como en ese estadio procesal ya estaba fenecida la oportunidad prevista por el artículo 288-3, la rebaja punitiva no puede ser la contemplada en el artículo 351, sino la prevista para la siguiente oportunidad habilitada por la ley, esto es de hasta una tercera parte (1/3), como reza el artículo 356-5. Así lo precisó la Corte en el pronunciamiento citado en precedencia y también en el que se transcribe a continuación:*
>
> *Y, si como pareciera serlo, el reproche más bien está dirigido a cuestionar la ausencia de descuento punitivo en cuantía de hasta la mitad, consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, suficiente es precisar que tal reducción punitiva únicamente está prevista para los que admiten su responsabilidad en la audiencia de formulación de la imputación, y no para los que avanzan a estadios posteriores y niegan su participación en los hechos, permitiendo que se les eleven formalmente los cargos en el acto complejo de acusación. (CSJ AP5853-2014, 24 sep. 2014, rad. 42450)."*[3]

Aplicada la mencionada rebaja de la tercera parte al caso objeto de análisis, se tiene que los 189 meses de prisión se convierten en

3 CSJ, SP. Sentencia del 8 de noviembre del 2017, radicado SP18534-2017, 49.209, M.P. José Luís Barceló Camacho.

virtud del descuento anunciado en 126 meses de prisión, mientras que la sanción monetaria pasa de 2.700 a 1.800 SMLMV. Graficados los descuentos corresponden a las siguientes operaciones matemáticas: 189-63=126 meses de prisión, para la multa: 2.700-900=1.800 SMLMV.

Aplicando la teoría de los concursos, tenemos que se debe partir entonces de la pena más grave, esto es de 126 meses de prisión y multa de 1.800 SMLMV, a la primera se le aumenta un mes de prisión por cada uno de los 36 eventos constitutivos de tráfico de estupefacientes agravado, para una pena final de prisión de ***162*** *meses. Mientras que para la sanción de multa se parte de 1.800 SMLMV, hito al que se le sumaran el total de 72 SMLMV SMLMV por los eventos ya referidos para una sanción pecuniaria de* ***1.872*** *SMLMV, que se obtienen tras el descuento del 50% por el allanamiento temprano a cargos, como se vio más arriba, aumento que se realiza con sujeción a lo dispuesto en el art. 39 numeral 4º, el cual dispone que en tratándose de pena de multa en tema de concurso de conductas punibles se realiza la suma aritmética de cada una de estas.*

En fin, los yerros detectados en el ejercicio de dosimetría penal efectuado por la a-quo demandaron su corrección inmediata por parte de esta Sala de Decisión, tal como ha quedado expuesto en el proceso de redosificación punitiva adelantado en este caso en cuartillas anteriores, y cuyos resultados quedarán consignados en la parte resolutiva de esta decisión.

En mérito de lo expuesto el ***TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,*** *Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

***PRIMERO: Confirmar parcialmente** la sentencia condenatoria impugnada.*

***SEGUNDO: Modificar** las penas impuestas en el proveído apelado, así: A procesada ALEYDA JANETH GARCÍA TABORDA, se le impone una pena de prisión de **162** meses, y una sanción de multa de **1.872** SMLMV, por los delitos de concierto para delinquir agravado, art. 340. Inc. 2° y 3° del C. Penal y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, art. 376 inc. 2° y 384, numeral 1°, literal b del C. Penal. A los sentenciados VALENTINA ZAPATA TAVERA **91** meses de prisión y multa de **1.406** SMLMV, a JHON FREDY ÁLVAREZ SERNA **67** meses y multa de **1.374** SMLMV, a, JUAN DAVID YEPES TABARES **75** meses de prisión y multa de **1.358** SMLMV, a JUAN MANUEL CASTAÑEDA ECHAVARRÍA **68** meses de prisión y multa de **1.360** SMLV y DIEGO FERNANDO RESTREPO **68** meses de prisión y multa de **1.360** SMLMV. Los anteriores por los delitos de concierto para delinquir agravado, art. 340, inc. 2° del C. Penal y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, art. 376, inc. 2° ibídem y 384, numeral 1°, literal b ejusdem.*

La pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas se impone a la totalidad de los coprocesados por el mismo término de la pena privativa de la libertad impuesta en cada caso.

***TERCERO:** Contra esta decisión procede el recurso de casación, que se interpondrá dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.*

Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ ***JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE***