



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Penal

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicado: 05001-60-00000-2015-00586
Procesado: Samuel Andrés Pérez Hernández y otro
Delito: Concierto para delinquir y otro
Asunto: Apelación de Sentencia –Allanamiento-
Sentencia: Segunda Instancia No. 0013 - Aprobada por acta No.037 de la fecha.
Decisión: Confirma íntegramente
Lectura: 7 de marzo de 2016

Magistrados Ponentes

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO y ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

1. ASUNTO A DECIDIR

Habiendo sido derrotado el segundo punto de la ponencia de quien fungía como Magistrado sustanciador en el presente proceso penal, doctor Oscar Bustamante Hernández, se apresta la Sala Mayoritaria a resolver la apelación interpuesta por el apoderado judicial de los señores **Herney Humberto Ramírez Correa y Samuel Andrés Pérez Hernández**, en contra del fallo condenatorio proferido el 05 de noviembre de 2015 por el Juzgado Quinto

Penal del Circuito Especializado de Medellín, dentro del proceso que se adelantó en su contra por las conductas punibles de **concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**.

2. ACONTECER FÁCTICO Y PROCESAL

El 13 de marzo del año 2013, una fuente humana anónima informó a las autoridades que tenía conocimiento de varias personas que hacían parte del grupo delincuencial “los Pachelly” y que operan en el Norte del Valle del Aburrá, especialmente en el municipio de Bello, entre ellos, alias “Bolivar”, “Hummer”, “Rubén”, “Cindy” y “Gorgojo”, los cuales se dedican al tráfico de estupefacientes, extorsión, homicidios, fleteo, porte de armas y desplazamiento forzado. Además esta persona suministró el abonado celular de alias “Bolivar”, el cual se dedica al parecer a la comercialización de estupefacientes. Una vez interceptado dicho numero celular, se pudo comprobar su comunicación con otros dos integrantes de la banda denominados alias “Hummer” llamado **Samuel Andrés Pérez Hernández** y alias “Ramón o el Paisa” de nombre **Herney Humberto Ramírez Correa**, hombres de confianza de dedicados a la comercialización y distribución de los estupefacientes.

En razón a lo anterior, se expidieron varias órdenes de captura, las cuales se hicieron efectivas el 26 de marzo de 2015 y en uno de los allanamientos a la residencia de Herney Humberto, ese encontró en la cocina una sustancia vegetal color verde similar a la marihuana, la cual fue sometida a prueba preliminar homologada, arrojando la muestra un peso neto de 304.56 gramos positiva para Cannabis.

El 27 de marzo de 2015, se legalizó la captura de 9 personas, entre ellas la de **Samuel Andrés Pérez Hernández** y **Herney Humberto Ramírez Correa**, luego

de lo cual la Fiscalía les formuló imputación por concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes, no obstante estos no se allanaron a los cargos. Posteriormente, el 25 de septiembre de 2015, la Fiscalía volvió a solicitar otra audiencia de imputación, endilgándole al primero el punible de **concierto para delinquir agravado** (340 inciso 2 C.P) y al segundo, **concierto para delinquir** en concurso con **tráfico de estupefacientes** (artículo 376 inciso 2), quienes una vez enterados de los derechos que les asisten y debidamente asesorados por su defensor, aceptaron los cargos en forma voluntaria, libre y espontánea.

Luego, por solicitud de la fiscalía, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Seguidamente, el 05 de noviembre de 2015, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, luego de la audiencia de individualización de pena, emitió sentencia condenatoria en contra de los procesados, la cual fue impugnada por la defensa, por no estar de acuerdo con la negativa de los subrogados ni con la dosificación punitiva del concurso.

3. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Juez Quinta Penal del Circuito Especializado de Medellín, tras efectuar un recuento de los hechos y de los elementos materiales probatorios allegados, concluyó que en este caso la Fiscalía demostró que los señores **Samuel Andrés Pérez Hernández** y **Herney Humberto Ramírez Correa**, hacían parte de la organización delincuenciales "Pachelly" que delinque en el municipio de Bello y sus alrededores, y se dedicaban entre otros a la comercialización, venta y suministro de estupefacientes; también se probó que llevaban tiempo dentro de la citada banda y que tenían funciones específicas,

especialmente **Samuel** quien tenía cierta posición de liderazgo dentro de la empresa criminal. En cuanto a **Herney**, fue sorprendido con una cantidad significativa de estupefaciente en la cocina de su residencia, sin que se pueda predicar que dicha sustancia estaba destinada al consumo, sino más bien a su expendio, lo que ratifica su función principal dentro del combo delincencial.

En relación a la dosificación punitiva y teniendo en cuenta los cargos a los cuales se allanaron los procesados en la formulación de imputación, se le impuso a **Samuel Andrés Pérez Hernández** una pena de 8 años de prisión y multa de 2700 SMLMV por el delito de concierto para delinquir agravado. No obstante se le rebajó la misma en un 50% en razón al allanamiento quedando una sanción definitiva de 4 años de prisión y multa de 1350 SMLMV.

Por su parte, al señor **Herney Humberto Ramírez Correa**, atendiendo que fueron dos delitos enrostrados, esto es concierto para delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se le impuso el mínimo de ambas conductas, quedando una pena de 4 años y multa de 1350 SMLMV por la primera de ellas, y 4 años y 8 meses de prisión con multa de 1.75 SMLMV, por el delito contra la salud pública, pues a este último solo se le rebajó un 12.5% por el allanamiento, puesto que fue capturado en flagrancia cuando cometía el mismo. Como las conductas se ejecutaron en concurso, se partió de la más grave que es el porte de estupefacientes y se le sumó un año mas por el concierto, quedando la sanción final en 5 años, 8 meses de prisión y multa de 1.351,75 SMLMV.

En cuanto a los subrogados penales, los mismos fueron negados por expresa prohibición de la ley 1709 de 2014. Así mismo, les negó la sustitución de la prisión por domiciliaria, por cuanto no acreditaron ser padres cabezas de familia, sin mencionar que la gravedad de los delitos, impide cualquier beneficio, ya que constituyen un peligro para la sociedad, pues utilizaban esa

organización criminal para lucrarse económicamente de los consumidores de estupefacientes sin distinción alguna.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En escrito allegado oportunamente, el defensor de los procesados apela la decisión por no estar de acuerdo con dos aspectos básicos:

El primero, se relaciona con la negativa de los subrogados penales, afirmando que en este caso no podía aplicarse la ley 1709 de 2014, sino las leyes 1453 de 2011 y 1474 de 2011, pues si bien la captura de los procesados ocurrió el 26 de marzo de 2015, por tratarse el concierto para delinquir de un delito de ejecución permanente, se debían aplicar esas normas por favorabilidad penal, en la medida en que el ilícito comenzó a ejecutarse desde el año 2013.

El segundo punto se relaciona con la dosificación de la pena en el concurso para el caso del señor **Herney**, ya que en su criterio, el delito mas grave debe analizarse sin tener en cuenta las respectivas rebajas de ley y en ese orden, la juez se equivocó en la dosificación, ya que debió partir del concierto para delinquir e incrementar el otro tanto por el porte de estupefacientes y a partir de allí, efectuar el respectivo descuento de ley.

Por lo anterior, solicita revisar la decisión de primera instancia y modificar la pena si a ello hay lugar.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en virtud de lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, artículo 176 de la ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

Acogiendo la limitación temática que impone la apelación, la Sala se ocupará de resolver el recurso de apelación presentado por el defensor de los señores **Samuel Andrés Pérez Hernández y Herney Humberto Ramírez Correa** que se contrae exclusivamente a examinar la procedencia o no de los subrogados penales y si existe un error en el proceso de dosificación de la pena.

En primer término, debe recordarse que los subrogados contenidos en los artículos 38, 63 y 64 de la ley 599 del 2000 y demás beneficios judiciales o administrativos son consecuencias que derivan en modalidades alternativas para lograr que las personas condenadas penalmente estén por fuera del establecimiento carcelario y obtengan la libertad. Sin embargo, su otorgamiento no opera de manera automática, por el contrario, en cada caso concreto, se requiere acreditar el cumplimiento de los requisitos tanto objetivos como subjetivos, los cuales deben ser analizados de manera crítica por el funcionario judicial al momento de determinar la viabilidad de su concesión.

En el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el artículo 63 original del Código Penal establecía los siguientes requisitos para su concesión:

1. “Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”

Es decir, que si el condenado cumplía con los factores objetivo y subjetivo de la pena, legalmente se hacía acreedor a la suspensión de la ejecución de la misma por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, el cual era determinado por el juez.

Sin embargo, esta norma fue modificada por el artículo 29 de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014, el cual establece como nuevos requisitos para el otorgamiento del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena los siguientes:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y **no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A** de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Entonces, dicha norma remite para su aplicación al artículo 68A del Código Penal que a su vez fue modificado 32 de la ley 1709 en los siguientes términos:

“Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; **concierto para delinquir agravado**; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida

anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones**; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.”

Ahora bien, según el recurrente la norma vigente para la fecha de los hechos en el caso del concierto para delinquir serían las leyes 1453 y 1474 de 2011, ya que el mismo comenzó a ejecutarse desde el año 2013, fecha para la cual no existía la prohibición del artículo 68A en relación con este punible y por ende resultan mas favorables que la Ley 1709 de 2014, vigente para cuando culminó su ejecución en marzo de 2015.

Empero, es lo cierto que el criterio esbozado por la defensa no es el acorde con el actual precedente jurisprudencial por cuanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que en tratándose de delitos de ejecución permanente, como lo es el concierto para delinquir, la ley a aplicar es la última vigente al momento de ejecutarse o consumarse el hecho delictivo.

Al efecto, baste recordar que en decisión AP2727-2015 del 25 de mayo de 2015, dentro de la radicación 45.896, la Corte señaló:

“Todo lo contrario, al presente se tiene claro, como tesis reiterada de la Sala, que de las varias normatividades pasibles de haber operado durante el lapso en que se desarrolló el delito permanente, se aplica la última de ellas.

Esto se expresó con contundencia en decisión del 25 de agosto de 2010, radicado 31407:

En dicha labor encuentra la Colegiatura que tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:

Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.

Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.

Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

Tercera, si de acuerdo con el artículo 6º de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto.

Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior.

Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades: Una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v.g. liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en la ley para tal momento vigente.

La otra, continuar con la comisión del delito permanente dentro de su autonomía y posibilidad efectiva de determinación, pero, desde luego, asumiendo los nuevos costos punitivos más gravosos dispuestos por el legislador, pues no se aviene con una política criminal coherente que el incremento de penas para los delitos permanentes ya iniciados no se traduzca efectivamente en su imposición, con lo cual se estimularía

la prolongación en el tiempo de tales comportamientos con la correlativa afrenta persistente para el bien jurídico objeto de tutela.

Es, la anotada, posición pacífica y reiterada de la Corte, que se ha plasmado después, entre otros, en los radicados 36591, del 22 de mayo de 2013, 41800, del 16 de julio de 2014, y 43022, del 2 de abril de 2014.”

Aplicando los anteriores criterios al caso objeto de estudio, se observa que muchos de los actos configurativos del concierto para delinquir agravado del señor **Samuel Andrés** y el porte de estupefacientes de **Herney Humberto** ocurrieron con posterioridad al 20 de enero de 2014, fecha en la que entró en vigencia la Ley 1709, pues ambos seguían delinquiendo al interior de la organización delincencial de los “Pachelly”, tal y como lo demostraron las actividades investigativas de la Fiscalía, concretamente las interceptaciones telefónicas que dan cuenta de sus operaciones y maniobras criminales, así como la captura en flagrancia del señor **Herney**, quien fue sorprendido con una cantidad significativa de estupefaciente en su hogar, la cual estaba destinada a la distribución, hecho que se llevó a cabo el 26 de marzo de 2015.

Por manera que al prolongarse en el tiempo la ejecución de las conductas violatorias de los bienes jurídicos de la seguridad y la salubridad pública, así como el acuerdo criminal y la distribución de funciones dentro de la empresa criminal de los Pachelly, durante el año 2014 y parte del 2015, pese a que las mismas estaban cubiertas por un precepto penal que les dispensó un tratamiento más riguroso, ninguna afrenta se proyecta ni sobre la legalidad ni sobre la favorabilidad, pues la severidad del nuevo castigo, que ya para entonces surgió como preexistente a los comportamientos que se siguieron realizando, no fue obstáculo para que estos continuaran llevándolas a cabo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que para la fecha en que se ejecutó el último acto (26 de marzo de 2015) ya estaba vigente el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del Código Penal, es claro que la

decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, pues resulta evidente que ninguno de los dos procesados cumple con el aspecto objetivo que demanda la norma, toda vez que las conductas punibles por las que fueron condenados (concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) se encuentran expresamente excluidas de todo tipo de beneficios, al tenor del inciso 2º de la norma señalada, circunstancia que torna inane un examen del aspecto subjetivo y por ende les impide acceder al beneficio deprecado por la defensa.

En cuanto al segundo aspecto objeto de inconformidad relacionado con la pena impuesta por el concurso de conductas punibles al señor **Ramírez Correa**, una vez examinado el proceso de dosificación punitiva efectuado por la *a quo*, la Sala Mayoritaria observa que tampoco le asiste razón al recurrente en su planteamiento por lo que se establecerá a continuación:

El artículo 31 C.P., dispone:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada 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...”

Frente a la interpretación de este artículo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido desde antaño que la pena más grave, en los casos de concurso de conductas punibles, no es la que señala el tipo penal en abstracto, sino la que resulte luego de individualizar cada castigo en particular, incluidas, por supuesto, las modificaciones punitivas por hechos post delictuales. Así fue explicado en CSJ SP, 9 jun. 2004, Rad. 20134:

“Ya es doctrina de la Corte señalar que en casos de concurso de conductas punibles, la fijación de la pena más grave no está fatídicamente atada a la previsión legal, sino

que es el resultado de la individualización de la consecuencia punitiva que a cada uno de los comportamientos en concurso le corresponde, porque bien puede ocurrir que una conducta con mínimo normativo inferior al señalado para otra que con ella concurre, resulte sancionada con mayor severidad habida cuenta de sus particularidades ejecutivas. (...)

El artículo 31 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) consagra el concurso de conductas punibles con el siguiente texto, que en lo sustancial es igual al artículo 26 del código anterior: “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada 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” (se ha subrayado).

De esta preceptiva claramente se advierte que cuando alguien es hallado responsable de la comisión de varios delitos, para establecer la condigna sanción es necesario dosificar las penas correspondientes a todas las conductas, con este doble propósito: primero, para conocer cuál de ellas establece la pena más grave, y segundo, para poder calcular la suma aritmética de todas las penas, guarismo éste que se constituirá en el límite máximo de la punición conglobante (...)

Dicho en otras palabras, cuando se calcula la sanción en un concurso de delitos, la cuota de pena correspondiente a las conductas concurrentes no consideradas como la más grave, no tiene relación con su propia punibilidad o con el marco punitivo dentro del cual se determinaría la sanción en caso de haberse juzgado la conducta independientemente, sino con “la pena más grave”. Esto, porque el referente de la pena final o total es la del tipo base incrementada hasta en una proporción de sí misma por lo que concierne a las conductas concurrentes, cuya propia punibilidad sólo se mira para establecer con la suma de ellas un baremo no susceptible de ser rebasado por la pena conglobante o totalizada.”

Esta interpretación del artículo 31, viene de vieja data como quiera que la misma ya fue expuesta en la sentencia 20849 de 2004, y ha venido siendo reiterada consistentemente, entre otros, en las sentencias 20354 de 2005, 25304 de 2008, 39286 de 2013 y 41350 de 2014.

No obstante, esto, la Sala de Casación Penal en el año 2011 profirió la sentencia 35361 que se aparta de este lineamiento, pues afirmó que para la determinación del delito más grave en los concursos no se debe tener en cuenta los fenómenos post delictuales. Dicha posición fue reiterada en el auto 39869 y se mantuvo vigente hasta marzo de 2014, fecha en la cual, la Corte volvió a su posición inicial al proferir la sentencia 38795 de 2014, lo cual indica sin lugar a dudas que realmente el precedente a seguir es el

originalmente planteado por la misma Corporación, esto es, que para la determinación del delito base en los concursos se deben individualizar íntegramente las penas y no el aislado y ya revaluado criterio que propendía para que en la tasación de las sanciones no se tuvieran en cuenta los fenómenos post delictuales, siendo este último criterio el que erradamente esgrimen los defensores en sus sendos escritos de apelación.

La posición, entonces, que mantiene vigente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es la siguiente:

“Ningún error en el proceso de individualización de la pena aprecia la Sala y mucho menos el que supone el demandante; además, porque la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la pena más grave, en los casos de concurso de conductas punibles, no necesariamente al que señala el tipo penal en abstracto, sino la que resulte luego de individualizar cada castigo. Así lo explicó en CSJ SP, 9 jun. 2004, Rad. 20134:

...

Criterio que ha venido reiterando esta Corporación, entre otras, en CSJ SP, 26 mar. 2014, Rad. 38795:

Por tanto, respetando los límites que impone el primer cuarto de punibilidad, la Corte fijará la pena de prisión para el delito de desplazamiento forzado **en 90 meses de prisión**, conclusión que permite afirmar que es este, y no el concierto para delinquir agravado, el delito más grave, pues, como la jurisprudencia lo tiene dicho: “es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales” (CSJ SP, 25 de agosto de 2010, Rad. 33458).

En consecuencia, si la pena para el atentado contra la seguridad pública se tasó en 18 años de prisión y la del hurto se fijó en 6 años, queda suficientemente esclarecido que la primera establece la sanción más grave, misma que fue incrementada en 4 años, respetando el límite máximo de la punición permitida, es decir, «...aumentada 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.»¹

En ese orden de ideas, esta Sala Mayoritaria en aplicación estricta del precedente judicial, debe optar por la inicial postura hermenéutica propuesta por la Corte, no solo porque es la que realmente configura lo que se puede

¹ AP5716-2014 radicado 43439 de 2014

llamar una línea jurisprudencial, sino porque es la que consulta de mejor manera los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad de la pena, en el entendido que solo esta fórmula, y no la segunda, llevarán siempre a tener como delito base el reato que tenga la pena en concreto con más entidad.

Ello implicaba entonces que el juez de instancia dosificara las penas en concreto para cada uno de los delitos, concierto para delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tal y como lo hizo aplicando a la última conducta descrita, en este proceso previo, la rebaja por el allanamiento a cargos del 12.5%, como quiera que la captura para ese punible se realizó en flagrancia, y una vez hecho esto tomara la más grave para tenerla como base de la dosificación siguiendo las reglas del artículo 31 penal en comento.

Así, entiende la Sala Mayoritaria que la dosificación realizadas por la primera instancia es legal, ya que por el concierto para delinquir (artículo 340 CP) que se le imputó a **Herney Humberto Ramírez Correa** y que establece una pena de 4 a 9 años de prisión, la juez optó por aplicar el mínimo de la pena, y asignó 4 años de prisión y, por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes en cantidades que no excedan a los 100 gramos de marihuana (artículo 376 inciso 2°), el cual se sanciona con pena de 5.3 a 9 años de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la funcionaria también decidió imponer el mínimo de la pena, luego de lo cual le rebajó a este *quantum* el 12.5% por el allanamiento a cargos que ocurrió en flagrancia, quedando en 4 años y 8 meses de prisión con multa de 1.75 SMLMV

Entonces, como tales conductas se ejecutaron en concurso, era evidente que debía partirse de la que, en concreto, establece la pena más grave y que en el

presente corresponde evidentemente al porte de estupefacientes y a ello le aumentó otro tanto por el concierto.

Todo lo anterior es indicativo de que la juez de instancia al proferir la sentencia que hoy por apelación se revisa, obró en estricto acogimiento al principio de la legalidad y a la jurisprudencia, sin que se evidencia algún error en su labor que sea susceptible de reparar en esta segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín en contra de los señores **Herney Humberto Ramírez Correa** y **Samuel Andrés Pérez Hernández**. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado
(Con salvamento parcial de voto)