

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA / PRUEBA OFICIOSA-** El Juez podrá solicitar información, oficiosamente, para individualizar la pena por imponer.

*“Se estima que si bien está en cabeza de las partes procesales (Fiscalía y defensa) aducir los elementos probatorios y evidencia física con que cuentan para respaldar sus planteamientos que se contraen estrictamente a las condiciones que le permitirán al juez arribar a la probable determinación de la pena aplicable y a la concesión de algún subrogado, más si en este caso es la defensa la que solicita la libertad por pena cumplida, también lo es, que el artículo 447 de la ley 906 de 2004 autoriza al juez a solicitar oficiosamente información que amplíe la ofrecida por las partes procesales si lo estimare necesario.”*

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

**Dr. JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA**

Aprobado Acta No **105** de 15 de julio de 2020

Santa Marta, ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

**OBSERVACIÓN PREVIA:** Teniendo en cuenta las medidas adoptadas por el honorable Consejo Superior de la Judicatura

por medio de los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11520, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11548 y PCSJA20-11549 de 2020, por los cuales se autoriza el teletrabajo desde las residencias de los jueces y magistrados del país con el fin de evitar el contagio de Covid-19, **y del mismo modo, acatando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, esta providencia podrá llevar la firma digitalizada o escaneada de los tres magistrados que conformamos la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.**

## ASUNTO

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda acerca del recurso de apelación oportunamente presentado y debidamente sustentado por la defensa contra la sentencia condenatoria con allanamiento a cargos proferida el 4 de junio de 2020 por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta (Magdalena) en contra de RPG por el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

## ACONTECER FÁCTICO

De acuerdo con lo narrado por la Fiscalía se conoce que RPG pertenecía a la banda delincuenciales llamada LOS C.....

donde su función era la de expender drogas en los barrios Florida y Juan Veintitrés. Dicha estructura criminal estaba compuesta por alias J....o J..., siendo el jefe de la organización que desde la ciudad de Barranquilla llevaba la droga al municipio de Plato (Magdalena) siendo distribuida por alias M. y alias A. Igualmente, había unos miembros de la organización que recibían el estupefaciente y vendían la mercancía desde su lugar de residencia.

### **DE LA ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- El 2 de octubre de 2015, el procesado fue conducido ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta (Magdalena) a fin de llevar a cabo las respectivas audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, por la conducta punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, siendo su voluntad aceptar los cargos censurados por el delegado de la Fiscalía adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata - URI. Además, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva de carácter domiciliario.

2.- Asignado el conocimiento, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Santa Marta (Magdalena) procedió a programar el 23 de noviembre de 2016 para la audiencia de verificación de allanamiento e individualización de la pena, sin que la misma pudiera llevarse a cabo por numerosos motivos, reprogramándose para el 24 de mayo de 2018. Durante el curso de la diligencia, se verificó el allanamiento a cargos, se emitió sentido del fallo y se dio paso

al procedimiento reglado en el artículo 447 de la ley 906 de 2004.

3.- Posteriormente se fija fecha para lectura de la sentencia sin que pueda llevarse a cabo el 29 de agosto de 2018 y 16 de agosto de 2019. Sin embargo, mediante Acuerdo PCSJA 20-11486 de 30 de enero de 2020 fue asignado al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta (Magdalena) procediendo a programar fecha para la audiencia de lectura de fallo los días 20 y 27 de mayo de 2020 sin que se pudiera llevar a cabo, reprogramándose para el 4 de junio de 2020.

4.- Llegado el día y la hora señalada, el despacho judicial resolvió condenar a RPG como autor del punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO. De igual manera, determinó no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la libertad por pena cumplida. Contra la precitada determinación la defensa interpuso recurso de apelación.

### **DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia de 4 de junio de 2020, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta (Magdalena) decidió condenar a RPG como responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR

AGRAVADO a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso como autor del punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO. Así mismo determinó no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la libertad por pena cumplida tras la aceptación de cargos realizada por éste en la diligencia de 2 de octubre de 2015.

A continuación el Juez *a quo* explicó que de los elementos materiales probatorios allegados a la actuación y la aceptación de forma espontánea y consciente de cargos en audiencia de formulación de imputación en la que el procesado reconoció su participación en los hechos investigados y además renunció no solo al derecho de no auto incriminarse sino también a la posibilidad de tener un juicio oral, público y concentrado, a allegar pruebas y controvertir las aducidas en su contra, es posible inferir más allá de toda duda razonable que RPG es responsable de la conducta imputada.

Así mismo respecto a la concesión de subrogados penales, consideró el sentenciador no otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la de pena cumplida.

En relación a la solicitud de libertad condicional efectuada por la defensa técnica manifestó el Juez de conocimiento que no se cumplen con los requisitos para el

otorgamiento de dicho beneficio bajo los parámetros del artículo 64 modificado por el artículo 30 de la ley 1709 de 2014 dado que revisada la cartilla biográfica del encausado, pudo vislumbrar que tiene otro proceso de fecha 9 de octubre de 2014 seguido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Plato (Magdalena) por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones con radicado No. 2014-00..., el cual aparece en etapa de juzgamiento.

En ese sentido, el Juez cognoscente manifestó que la anotación mencionada en el párrafo precedente, le genera incertidumbre respecto en que proceso ha venido descontando pena, información de vital importancia ya que de ahí se parte para realizar los cálculos de sanción purgada para establecer si cumplió con las 3/5 partes de la pena impuesta. Además, no allegó certificado de buena conducta y resolución favorable expedida por la Dirección del establecimiento carcelario que vigila la privación de la libertad en su domicilio.

Por otro lado, en atención a la solicitud de libertad por pena cumplida, el Juez *a quo* indicó que el encartado por cuenta del proceso en referencia está requerido desde el 2 de octubre de 2015 y a *prima facie* se podría pensar que a la fecha tendría pena cumplida, sin embargo, indica que se evidencia en la cartilla biográfica otro proceso penal con radicación No. 201400... por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego que data del 9 de octubre de 2014.

En ese orden de ideas, enfatiza que el deber de la defensa era aportar las actas de las audiencias preliminares para que

se pudiera corroborar que por el proceso con radicado No. 201400... no le fue impuesta detención preventiva.

Por último, concluye que no se tiene constancia alguna que en el proceso con radicado No. 201400... se haya impuesto medida de detención preventiva o emitida sentencia, información de vital importancia para poder establecer si el encartado ha estado descontando pena por cuenta de este proceso y por esa vía otorgarle la libertad por pena cumplida o condicional en caso de reunir las exigencias legales.

### **DE LA APELACIÓN**

El defensor del procesado RPG interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2020 aseverando que no hay certeza si en el proceso con radicado No. 201400... se haya impuesto o no medida de detención preventiva, haciendo alusión a que el Juez *a quo* dejó por sentando que, si existe la mencionada medida, transgrediendo el principio de favorabilidad, equidad y justicia.

Afirmó que no conoce norma que obligue a la defensa a aportar actas del desarrollo de otro proceso penal, más cuando en el proceso por el que aceptó cargos y acaba de ser condenado su prohijado, no hizo parte ni se tuvo en cuenta el proceso con radicado No. 201400....

Indicó que el Juzgado de Primera instancia emitió su sentencia a sabiendas que faltaban elementos de juicio que le permitieran una decisión justa enfatizando que estos elementos de prueba debió solicitarlos el Juzgado Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta al Juez Promiscuo del Circuito de Plato (Magdalena) expresando que es este quien está legitimado para hacerlo y más cuando era un requisito modular de su decisión.

Enfatiza la defensa que la finalidad del recurso instaurado es para que se declare la pena cumplida a su prohijado en el presente proceso en razón a que el fallador negó este beneficio muy a pesar de la evidencia que la pena fue redimida.

Finalmente debe señalarse que existe constancia de M. G., oficial mayor del Juzgado de primera instancia en el sentido que el defensor anunció en la sustentación escrita del recurso de apelación que presentaba dos documentos haciendo la salvedad que no fueron aportados anexos a la sustentación de la alzada.

### **TRASLADO A LOS NO RECURRENTE**

La **delegada del Ministerio Público** y de la **Fiscalía General de la Nación** no hicieron uso del traslado a los no recurrentes.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1 del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior decidir sobre los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces de circuito y de las sentencias dictadas por los municipales del mismo distrito.

De manera que la sustentación de la apelación constituye límite de la competencia del superior porque establece el objeto del pronunciamiento del *ad quem*, referido a discutir los términos y conclusiones a que arribó el *a quo*, dando lugar a afirmar, que resulta evidente la relación de necesidad que se produce entre la providencia impugnada, la sustentación de la alzada y la decisión del funcionario judicial de segunda instancia.

De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el *ad quem* sólo revisará los aspectos que son materia de impugnación porque los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada.

Revisada la carpeta, se verifica que, de acuerdo con lo planteado en el escrito de sustentación del recurso de apelación impetrado por el defensor, la inconformidad radica básicamente en un aspecto a saber y es que el Juez *a quo* no

respetó el principio de favorabilidad, equidad o justicia al no conceder en la sentencia adiada el 4 de junio de 2020, la libertad por pena cumplida.

Pues bien, *ab initio* anuncia la Sala que el pedimento del recurrente no está llamado a prosperar, en consecuencia, la decisión objeto del recurso vertical que nos ocupa, será confirmada integralmente, toda vez que contrario a lo expuesto por el defensor, la decisión del Juez *a quo* se encuentra ajustada a la legalidad.

Lo anterior, por cuanto considera la Sala que la defensa debió aportar los elementos probatorios pertinentes que sustentaran que en el proceso con radicado No. 201400... por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego en contra del encartado, se impuso o no medida de detención preventiva, o en su defecto, se hubiera proferido sentencia condenatoria o absolutoria que permita determinar claramente por cuenta de qué proceso penal ha descontado pena o se haya detenido.

Ahora bien, sin tener certeza de lo anterior al no poseer los elementos de convicción necesarios para determinar si el procesado cumplió la pena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta en sentencia adiada el 4 de junio de 2020, mal haría el Juez de Conocimiento o en su defecto la Colegiatura en otorgar la libertad inmediata por pena cumplida dado que existe incertidumbre sobre si RPG se encuentra descontando pena por este proceso o por otro o

cualquier situación atinente a suprivación de la libertad.

Es menester enfatizar que es de vital importancia para esta Colegiatura establecer si el procesado se encuentra privado de la libertad por este proceso y desde que fecha para poder otorgarle la libertad por pena cumplida en caso de que efectivamente la haya cumplido.

Además, es pertinente acotar que puede darse que se encontrara detenido por cuenta del proceso con radicado No. 201400... y, en consecuencia, estaría descontando pena por cuenta del proceso precitado y no por este, por lo que no se puede compartir lo aducido por la defensa al no tener elementos probatorios que sustenten una u otra situación.

Por otro lado, esta Colegiatura considera pertinente precisar que le asiste razón al defensor cuando señala que le correspondía a la juez de conocimiento verificar lo planteado en la audiencia de individualización de pena, haciendo uso de sus facultades oficiosas a fin de establecer si en el proceso penal con radicado No. 201400... se impuso o no medida de detención preventiva o en su defecto sentencia, a efectos de estudiar cabalmente la libertad por pena cumplida.

Se estima que si bien está en cabeza de las partes procesales (Fiscalía y defensa) aducir los elementos probatorios y evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos que se contraen estrictamente a las condiciones que le permitirán al juez arribar *a la probable*

*determinación de la pena aplicable y a la concesión de algún subrogado*, más si en este caso es la defensa la que solicita la libertad por pena cumplida, también lo es, que el artículo 447 de la ley 906 de 2004 autoriza al juez a solicitar oficiosamente información que amplíe la ofrecida por las partes procesales si lo estimare necesario.

Frente a dicha facultad oficiosa, la Corte Suprema de Justicia en decisión SP2144 de 24 de febrero de 2016, radicación 41712, M.P. José Leónidas Bustos Martínez señaló:

*“...Esta expresa facultad legal se halla acorde con la estructura del sistema acusatorio, por cuanto para ese momento procesal ya se ha superado el debate probatorio del juicio oral que tiene como objetivo deducir la responsabilidad criminal del procesado, y en esta fase posterior, los elementos de juicio que se le presentan al juez o que este ordena, tienen un cometido totalmente distinto, esto es, determinar los aspectos relacionados con la individualización de la pena y la procedencia o no de los subrogados penales...”*

En ese sentido, para la Sala resulta relevante hacer un llamado de atención al Juez de conocimiento para que, en futuros eventos, ante una probable viabilidad de otorgar libertad por pena cumplida, se haga la labor adecuadamente, esto es, que se obtenga la información que se echa de menos y necesaria para la resolución de dicha concreta petición de libertad impetrada por la defensa.

Ahora bien, su petición de libertad condicional o pena cumplida podrá intentarla la defensa nuevamente ante el Juez Ejecutor de la pena en el evento que lo estime necesario y acredite los presupuestos legales para ello.

En consecuencia, procederá la Sala a **CONFIRMAR** integralmente la sentencia calendada el 4 de junio de 2020 en la cual se condenó a RPG como responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Así mismo, determinó no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la libertad por pena cumplida tras la aceptación de cargos realizada en la audiencia preliminar de 2 de octubre de 2015.

Por lo expuesto, LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de junio de 2020 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta en Descongestión (Magdalena) a través de la cual se condenó al ciudadano RPG, de anotaciones personales y civiles conocidas en el proceso, al ser encontrado responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** - Contra la presente determinación procede el recurso de casación, el cual podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a esta audiencia, tal como lo preceptúa el canon 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

**TERCERO.** - Devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**Los Magistrados,**



**JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA**



**CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA**



**DAVID VANEGAS GONZÁLEZ**

**JONÁS DAVID GAMEZ ARRIETA**

**Secretario**