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 - 20 de abril de 2017

Proceso: Penal – Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 110016000000-2013-00675-04

Procesados: VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.** “Para la Sala, en consonancia con lo referido por el a quo, lo que se aprecia es que las conductas enrostradas al señor URBANO BARRERA son de aquellas que mayor conmoción causan en la sociedad, pues con las mismas se atenta contra la salud pública de la colectividad, en tanto el flagelo del narcotráfico y por ende su consumo ha conllevado a que miles de individuos caigan en el abismo de la drogadicción con las consecuencias nocivas que ello les genera a título personal y que igualmente perturba a todo el conglomerado, con mayor razón cuando el tráfico de drogas traspasa nuestras fronteras, lo que afecta ostensiblemente la integridad del país, situaciones éstas que parece no importarles a quienes hacen parte de esas organizaciones criminales, en tanto la única finalidad que los mueve son los inmensos dividendos que puede dejarles dicha actividad ilícita. Considera el Tribunal que no obstante que el señor VÍCTOR MANUEL haya superado las 3/5 partes de la pena asignada, ello no es óbice para predicar, como así lo estimó el a quo, que debe purgar la totalidad de la condena en tanto la valoración del aspecto subjetivo no le resulta positiva y por ende impide que acceda a ese beneficio, ello con miras a la satisfacción de la función de prevención general, pues las conductas cometidas merecen el máximo reproche social. (…) Por lo anterior, hay lugar a concluir que no se reúnen las exigencias legales para conceder el sustituto, en tanto el sentenciado requiere tratamiento intramural de conformidad con los fines de la pena, específicamente el de prevención general, y en consecuencia se confirmará el fallo de primer grado en lo atinente a la negativa de concederle la libertad condicional al sentenciado.”.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN No 348

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Abril 27 de 2017. 9:15 a.m. |
| Acusados:  | Víctor Manuel Urbano Barrera |
| Cédula de ciudadanía: | 6.910.032 de Pauna (Boy.) |
| Delito: | Concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos. |
| Víctima: | La Salubridad Pública |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio fechado marzo 13 de 2016. SE CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, fue dada a conocer por la Fiscalía de la siguiente manera:

1.1.- Con soporte en información recibida en agosto 17 de 2011 por el Agente enlace de la Embajada Británica ANDY BONSEY, se conoce de una organización criminal dedicada a la producción y transporte de clorhidrato de cocaína y sustancias para procesar narcóticos primeramente con centro de operaciones en Villavicencio, Puerto Boyacá y Bogotá. La droga tenía como destino final España y Francia. Durante la investigación se determinó que ese grupo de personas se ubicaban además de las ciudades mencionadas en los Departamentos de Risaralda, Caquetá, Tolima y Huila, y como característica especial se hace referencia a que en la ciudad de Pereira se ubica una ciudadano con el alias de “Grillo” y se coordinaron muchas veces el transporte del estupefaciente desde Florencia hasta Puerto Boyacá, de la misma forma se hicieron varias consignaciones para el pago de las sustancias correspondientes a cuatro hechos delictivos sin decomiso y a uno con incautación de 135 kilos de base de coca en diciembre 5 de 2011 en la capital del Huila.

De conformidad con los audiosylos EMP presentados porla Fiscalía la producción de la droga estupefaciente se hacía en cocinas rústicas, y laboratorios ubicados en Caquetá y se la transportaba hasta Puerto Boyacá donde se ubicaban los cristalizaderos para la obtención del clorhidrato. Desde esta ciudad se le llevaba hasta la Costa Atlántica para lo cual se utilizaban vehículos tipo automóvil, camiones y tráileres con caletas y otros sin ellas, y se prestaba la seguridad al acompañar a los automotores que llevaban el estupefaciente en las rutas que estaban definidas y así alertaban a los conductores de los puestos de control de las autoridades policivas.

Referente a la participación del señor **VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA** se informa que lo hizo en el hecho delictivo identificado como número 4 que se registró en febrero 20 de 2012, cuando se logró la incautación de 56 kilos, 760 gramos de clorhidrato de cocaína, e igualmente en el ilícito demarcado como número 5 por la retención que se presentó en vía pública de la avenida Boyacá con calle 13 de Bogotá, donde se incautaron 37 kilos 900 gramos de ácido sulfúrico.

**1.2.-** Entre los días 01 y 03 de noviembre de 2012 el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira (Rda.) realizó las audiencias preliminares a 12 capturados, entre ellos **VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA** alias “coco”, para quienes la Fiscalía había solicitado sendas órdenes de captura, imputándoseles los delitos de: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (arts. 376 y 384.3 C.P.); tráfico de sustancias para procesar narcóticos (art. 382 *ibidem*) -ambas en la modalidad transportar-, y concierto para delinquir con fines de narcotráfico (art. 340.2 *ejusdem*). El indiciado NO ACEPTÓ los cargos.

**1.3.-** Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía radicó escrito de acusación (mayo 29 de 2013) que le fue asignado al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira -hoy primero Penal del Circuito Especializado- y con antelación a la realización de la audiencia de formulación de acusación se allegó por la Fiscalía 15 Especializada Unaim preacuerdo celebrado entre ésta y el acusado **URBANO BARRERA** por los tres delitos imputados, el cual fue improbado por el funcionario de primer nivel (septiembre 9 de 2013) y que fuera confirmado en segundo grado por esta Corporación (abril 23 de 2014), con salvamento de voto de uno de los magistrados que para esa época integraba la Sala. Reanudada la audiencia de formulación de acusación por el juzgado de conocimiento, el abogado defensor recusó al funcionario judicial (octubre 14 de 2014), siendo remitida nuevamente la actuación a esta Corporación donde se declaró infundada la misma (octubre 31 de 2014). Luego de ello y después de diversos aplazamientos el a quo dio continuación a la acusación (abril 10 de 2015), en la que la Fiscalía varió la imputación jurídica de los cargos al señor **VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA** respecto al grado de coparticipación, a quien en consecuencia se le tendrá como cómplice y seguidamente formuló el preacuerdo, que nuevamente fue improbado por el a quo (octubre 9 de 2015), y confirmado por esta Sala (noviembre 18 de 2015).

**1.4.-** Una vez fue convocada nuevamente la audiencia de formulación de acusación, con antelación a la misma se allegó acta de preacuerdo en la que el señor **URBANO BARRERA** acepta su compromiso por los delitos endilgados a cambio de que se le reconozca la circunstancia de marginalidad, habiéndose realizado la audiencia por medio de la cual el despacho aprobó dicho acuerdo (agosto 11 de 2016) para proceder en marzo 13 de 2017 a dictar la sentencia respectiva, en la cual: (i) declaró penalmente responsable al señor **VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA** de los delitos de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico, en concurso heterogéneo y a título de coautor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, en la modalidad de “transportar” y éstos a su vez en concurso heterogéneo con el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos; (ii) le impuso como pena privativa de la libertad la de 5 años y 6 meses de prisión, y multa equivalente a 468 salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal; y (iii) le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, la prisión domiciliaria, y la libertad condicional.

1.5.- El defensor del procesado se mostró inconforme con la decisión, y manifestó que sustentaría apelación por escrito.

2.- Debate

2.1.- Defensor -recurrente-

Centra su disenso exclusivamente en el hecho de que el funcionario judicial negó a su prohijado la libertad condicional, pese al acatamiento de las 3/5 partes de la pena impuesta, con fundamento en un aspecto netamente subjetivo al indicar que no obstante darse el requisito objetivo, por la gravedad de las conductas endilgadas debía mantenérsele privado de su libertad hasta que cumpla la pena.

El señor URBANO BARRERA está detenido desde noviembre 1º de 2012 y a la fecha está en prisión domiciliaria por su condición de padre cabeza de familia, sin tener ninguna queja por las autoridades penitenciarias, por lo que lleva detenido 55 meses y 16 días y si se tiene en cuenta que la condena fue por 56 meses, ya ha superado con creces las 3/5 partes de la misma.

En su sentir, el análisis subjetivo que hizo el a quo no aplica en este caso, pues su cliente desde el comienzo contribuyó con la justicia, buscó reconocer su responsabilidad al dar muestras de arrepentimiento y que el Estado no incurriera en mayor desgaste, así mismo durante su detención no ha tenido queja, y con ello da muestras de entender que cometió un error y estuvo dispuesto a pagar por él, sin entender por qué motivo se dice que debe pagar en prisión intramural lo que le queda de la pena, con lo que se desconoce su calidad de padre cabeza de familia que le fue otorgada por un juez de control de garantías, y mucho menos que deba purgar la totalidad de la sanción cuando la ley permite que se conceda la libertad condicional al haber purgado el lapso allí descrito.

Pide en consecuencia, se le conceda al señor VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA la libertad condicional por tener derecho a la misma.

**2.2.-** Debidamente sustentado el recurso, el juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si el señor **VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA** se hace merecedor a la libertad condicional por haber superado las 3/5 partes de la pena impuesta, como así lo pide el abogado recurrente, o si por el contrario, debe cumplir la totalidad de la condena atribuida, como lo dispuso el funcionario a quo.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la admisión de los cargos por parte del procesado por medio de la vía del preacuerdo, al cual acudió de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido, y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento unilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad existen elementos de convicción que determinan que las conductas ilícitas que se pregonan sí ocurrieron y que el hoy involucrado tuvo participación activa en la mismas.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

Como se aprecia, el señor **VÍCTOR MANUEL URBANO BARRERA** aceptó su responsabilidad en la comisión de los delitos imputados, por lo cual no se hace necesario ingresar en análisis del grado de su participación en el acontecer delictivo, toda vez que ello quedó debidamente clarificado con la aceptación de los cargos que ameritó la terminación anticipada del proceso, lo que por consiguiente conllevaba la aplicación en su desfavor de un fallo condenatorio, respecto del cual no existe cuestionamiento alguno.

En lo que no está de acuerdo el profesional que asiste a sus intereses, es en la negativa del a quo de otorgarle la libertad condicional a su prohijado, pese a cumplir con el requisito objetivo, por cuanto ingresó en el análisis subjetivo de las conductas endilgadas para considerar que por su gravedad se hace necesario que el mismo expíe la totalidad de la pena impuesta en su centro de reclusión y bajo la modalidad intramural, con lo cual incluso se está en contravía de la prisión domiciliaria que en su momento le concedió un juez de control de garantías al señor **VÍCTOR MANUEL URBANO** por ostentar la calidad de padre cabeza de familia.

Para el análisis que en derecho corresponde, se debe indicar en primer término que durante la comisión de las ilicitudes cometidas por el señor **VÍCTOR MANUEL URBANO**, ocurridas en el año 2012, estaba vigente el artículo 64 C.P., modificado por el artículo 25 de la Ley 1453 de 2011, el cual disponía:

**“Artículo 64. Libertad condicional**. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad **previa valoración de la gravedad de la conducta punible**, cuando haya cumplido **las dos terceras partes de la pena** y **su buena conducta durante el tratamiento penitenciario** en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima o se asegure el pago de ambas mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo de pago.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto”. (negrillas de la Sala)

No obstante, para el momento en que fue dictada la sentencia condenatoria, dicha norma había sido modificada por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, el cual reza:

**“Artículo 64**. **Libertad condicional.**El juez, **previa valoración de la conducta punible**, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. **Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena**.

2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo. En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario”.

Existen por tanto dos normativas a las cuales se podría acudir para estudiar el asunto puesto en conocimiento de esta Corporación, y como quiera que el principio de favorabilidad de la ley penal ha de aplicarse en cada caso en particular, debe definirse cuál de las dos normas de libertad condicional (el Art. 5º de la Ley 1453 de 2011 o el 30 de la Ley 1709 de 2014) le resulta más beneficiosa al condenado, sin que con ello se pueda construir una tercera disposición con partes de ambas, como así lo clarificó la Sala Penal de la H. Corte Suprema[[1]](#footnote-1).

Del estudio de esas reglas, se observa que las mismas poseen los siguientes requisitos para el otorgamiento de la libertad condicional, a saber: (i) valoración de la conducta; (ii) buen comportamiento durante el tratamiento penitenciario; (iii) reparación a la víctima; y (iv) en la porción que debe haberse descontado de la pena privativa de la libertad para obtener el beneficio -2/3 partes según la Ley 1453, y 3/5 parte conforme a la Ley 1709-.

Tales circunstancias nos conducen a asegurar que la norma que más favorece en su aplicación al sentenciado es la última aludida porque le corresponde descontar menos pena para acceder al beneficio, aunado al hecho de que mientras la Ley 1453 exigía para la procedencia del subrogado penal el pago de la multa impuesta, el artículo 3º de la Ley 1709 dispuso: “En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo, podrá estar condicionado al pago de la multa”,lo que por supuesto favorece aún más los intereses del sentenciado.

Siendo así las cosas, es necesario aceptar que fue correcto que el a quo diera aplicación a lo reglado en la Ley 1709/14, en punto de la valoración de la gravedad de las conductas, aunque ello, en sentir del recurrente, no era necesario, por cuanto su defendido cumplía las exigencias objetivas de dicha norma, esto es, haber superado con creces las 3/5 partes de la pena impuesta.

Contrario a la postura del recurrente, la norma es clara al indicar que previo a la concesión de la libertad condicional, el juez debe valorar la gravedad de la conducta punible, y al respecto considero el a quo que el señor **URBANO BARRERA** fue condenado por pertenecer a una organización dedicada al transporte internacional de narcóticos, así como de precursores químicos, delitos que trascienden la órbita de lo personal para afectar a la salud pública de la colectividad, en busca de un interés particular -seguramente económico- sin importarle las causas nocivas de su accionar.

Esa valoración de la gravedad de la conducta se hacía imperativa para el funcionario judicial en cumplimiento de lo allí normado, lo cual incluso debía hacerse con antelación a establecer si ese límite objetivo había sido rebasado por el condenado, como se advierte de la literalidad de la norma cuando se indica que “previa valoración de la conducta punible”, y ello lo podía haber relevado de ingresar en el análisis de los demás presupuestos aludidos en el artículo 64 C.P.

Para la Sala, en consonancia con lo referido por el a quo, lo que se aprecia es que las conductas enrostradas al señor **URBANO BARRERA** son de aquellas que mayor conmoción causan en la sociedad, pues con las mismas se atenta contra la salud pública de la colectividad, en tanto el flagelo del narcotráfico y por ende su consumo ha conllevado a que miles de individuos caigan en el abismo de la drogadicción con las consecuencias nocivas que ello les genera a título personal y que igualmente perturba a todo el conglomerado, con mayor razón cuando el tráfico de drogas traspasa nuestras fronteras, lo que afecta ostensiblemente la integridad del país, situaciones éstas que parece no importarles a quienes hacen parte de esas organizaciones criminales, en tanto la única finalidad que los mueve son los inmensos dividendos que puede dejarles dicha actividad ilícita.

Considera el Tribunal que no obstante que el señor **VÍCTOR MANUEL** haya superado las 3/5 partes de la pena asignada, ello no es óbice para predicar, como así lo estimó el a quo, que debe purgar la totalidad de la condena en tanto la valoración del aspecto subjetivo no le resulta positiva y por ende impide que acceda a ese beneficio, ello con miras a la satisfacción de la función de prevención general, pues las conductas cometidas merecen el máximo reproche social.

Y aunque alude el recurrente que con tal determinación el a quo va en contravía de lo dispuesto por un juez de control de garantías, como autoridad que le había otorgado al señor **URBANO BARRERA** la detención domiciliaria, debe indicarse que dicha providencia como medida cautelar ostenta como característica su provisionalidad, y aunque en efecto el procesado estaba cobijado por la misma, al haberse adoptado la sentencia de condena en su contra, tal medida cesó sus propósitos para ordenarse la ejecución de los fines de la pena.

Ahora bien, no obstante el a quo no se refirió en su providencia de forma expresa a la condición de padre cabeza de familia que al parecer le había sido reconocida al señor **VÍCTOR MANUEL,** al haberse ordenado en la sentencia que debía purgar la totalidad de la pena que le resta por cumplir de forma intramural, amén de la gravedad de los hechos endilgados, ello comporta de manera implícita la revocatoria de la decisión emitida por el juez de garantías, y por consiguiente las autoridades penitenciarias deberán disponer su traslado a las instalaciones carcelarias que consideren procedente, como así lo dispuso el a quo y lo cual comparte esta Colegiatura. Se oficiará en tal sentido por la Secretaría de esta Corporación a las autoridades del INPEC encargadas de la custodia.

Por lo anterior, hay lugar a concluir que no se reúnen las exigencias legales para conceder el sustituto, en tanto el sentenciado requiere tratamiento intramural de conformidad con los fines de la pena, específicamente el de prevención general, y en consecuencia se confirmará el fallo de primer grado en lo atinente a la negativa de concederle la libertad condicional al sentenciado.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. “[…] tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado –señaló la Sala en pasada oportunidad—, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad”. CSJ AP, 30 abr. 2014, Rad. 43256 [↑](#footnote-ref-1)