REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, martes once (11) de agosto de dos mil quince (2015)
Hora: 8:10 a.m.
Aprobado Acta No. 477

Radicación No.:	66001-60-000-35-2010-02765-02
Procedente:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira
Contra:	Jhon James Zapata Toro
Delito:	Transporte de Estupefacientes

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensora del procesado señor **JHON JAMES ZAPATA TORO**, contra la decisión adoptada por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, el veinticuatro (24) de marzo del año en curso por medio de la cual se le niega la petición de concederle el subrogado de la libertad condicional.

ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado Primero Penal del Circuito local en sentencia calendada el 2 de octubre de 2012, condenó al señor Zapata Toro a la pena principal de 103 meses de prisión y multa de $63.860.00, al ser declarado penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, negándole la suspensión condicional de la

ejecución de la pena, razón por la cual se encuentra privado de la libertad desde el 2 de octubre de 2012.

La verificación de la ejecución de la sanción hasta el momento ha sido desplegada por parte del Juez condenador, toda vez que la sentencia fue apelada y la misma hasta la fecha se encontraba surtiendo el trámite respectivo, sin embargo el encausado coadyuvado por su defensora, presentó escrito desistiendo de la apelación.

Encontrándose dentro del penal, el señor Jhon James ha desarrollado labores de educación, lo que le ha servido para descontar pena; con base en ello y en el tiempo físico que lleva detenido, presentó la documentación pertinente y necesaria para solicitar el beneficio de la libertad condicional.

El 24 de marzo de los corrientes, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira niega solicitud hecha por la Defensa del sentenciado de conceder Libertad Condicional como mecanismo sustitutivo de la pena, decisión que fue recurrida por ésta dentro del término.

A U T O I M P U G N A D O

El 24 de marzo de 2015, el Juez Primero Penal del Circuito local, niega la solicitud hecha por la Defensa del señor Jhon James Zapata Toro, de concedérsele la libertad condicional.

Argumenta el A quo en su auto que si bien es cierto que el sentenciado ya cumplió el requisito objetivo, esto es, haber cumplido las 3/5 partes de la sentencia, el adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario, y demostrar arraigo social y familiar, aun sobrevive lo que respecta a la gravedad de la conducta cometida.

Aduce el *A quo*, que el señor JHON JAMES ZAPATA TORO, no es merecedor de la libertad condicional dada la gravedad de la conducta, toda vez que aceptó llevar consigo una gran cantidad de cocaína con destino a España, a pesar de ser una persona que por haber viajado fuera del país en varias oportunidades, conocía de antemano las medidas de seguridad que se adoptan para evitar el tráfico de estupefacientes y sin embargo las ignoró; por tanto, considera el fallador, que el enjuiciado hace parte de una red de narcotráfico que extiende su comercio a ámbitos internacionales, afectando con ella gran parte del conglomerado social, a la seguridad pública y al orden económico y social, bienes jurídicos que se protegen con la sanción de este ilícito. Circunstancias que no permiten inferir que pueda ser beneficiado con el subrogado.

L A A L Z A D A

Argumenta la Defensa en el escrito de su disenso que el A-quo no realizó un estudio de los otros dos requisitos que establece la norma para la concesión del subrogado penal pedido, los cuales en el presente asunto se cumplen a cabalidad, puesto que como se determinó en el auto opugnado el señor Zapata Toro ya ha cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta que fue de 103 meses de prisión de los cuales lleva 57 meses y 5 días en detención física, más la redención de 230 días por trabajo y estudio, teniendo con ello un total de 64 meses y 25 días de prisión, lo que indica que supera el tiempo requerido; adicionalmente se demostró el arraigo social y familiar y la certificación de que su conducta dentro del penal ha sido ejemplar.

Respecto de la valoración de la conducta punible, considera la apelante que el Juez Primero Penal del Circuito, se equivoca en sus apreciaciones subjetivas, especialmente cuando insinúa que el señor Zapata es integrante de una red de narcotráfico que extiende su comercio a ámbitos internacionales, situación que no tiene ningún respaldo probatorio dentro del proceso, pues ello no se puede afirmar por el simple hecho de haber encontrado el estupefaciente en la maleta de una persona que iba a salir del país.

Por otra parte, pone de presente la condición psiquiátrica de su prohijado, la cual quedó probada dentro del juicio, en donde se estableció por parte del perito psiquiatra de Medicina Legal, que él sufre de trastorno bipolar, por ende es más fácil de engañar y manipular por ello aceptó hacerle un favor a un amigo, sin saber que con ello estaría cometiendo un delito.

Considera la libelista, que el Juez debe realizar ese análisis de la gravedad de la conducta, teniendo en cuenta también los fines de la pena, esto es, su carácter resocializador y rehabilitador; circunstancias que en el presente asunto se han venido cumpliendo con gran éxito, puesto que ningún sentido tiene el desconocer el buen comportamiento que el encausado ha demostrado dentro del centro de reclusión y el desarrollo de actividades de trabajo y estudio que en la actualidad permiten su ubicación en una fase de mediana seguridad, además de realizar actividades de apoyo en el comité de derechos humanos de la cárcel. De allí, se puede establecer, que Jhon James, quien presuntamente cometió un ilícito, ha logrado ese fin resocializador y ello es demostrado por los profesionales del INPEC que dan cuenta en sus calificaciones de conducta y su desempeño dentro del penal, por ende resultaría absurdo negarle la libertad condicional, especialmente cuando de todas las maneras posibles se ha tratado de demostrar que fue su problema mental y su ingenuidad lo que lo llevo a verse inmiscuido en un delito, pues él no sabía que la maleta que le pidieron el favor de llevar tenía droga camuflada.

Entendido lo anterior, la libertad condicional sería la última fase del cumplimiento de la condena, algo así como el cuarto grado del sistema progresivo en todos los sistemas penitenciarios, en aras de continuar con el proceso del resocialización del condenado, pues con ello tanto el Estado como la sociedad le está brindando, a quien ya está a punto de terminar su condena, su confianza dándole la oportunidad de volver a hacer parte ella de manera activa.

Por todo lo dicho, y atendiendo las condiciones de salud de su representado, la libelista solicita se revoque la decisión adoptada por el Juez A-quo y se le conceda la libertad condicional solicitada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 34, numeral 6º de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para resolver la alzada impetrada por la defensora del sentenciado Jhon James Zapata Toro contra la decisión asumida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.

Planteamiento jurídico.

El problema jurídico se circunscribe a establecer si fue violentado por el A quo el principio de *non bis in ídem* al negar la solicitud del mecanismo sustitutivo de prisión de libertad condicional al realizar un análisis relacionado con el aspecto de la gravedad de la conducta del condenado.

Solución.

Analizado el auto que dio origen a la controversia hoy sometida a estudio se colige que el Sr. Juez A quo, negó el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión por la libertad condicional al considerar que de acuerdo a los planteamientos hechos en la Sentencia de instancia, la conducta desplegada por el enjuiciado Zapata Toro reviste gravedad y es de alto reproche social, por cuanto se hace necesario el cumplimiento a cabalidad de la condena.

Antes de entrar a dilucidar el presente asunto, es necesario hacer mención a que en días pasados la unidad de defensa presentó escrito de desistimiento a la apelación interpuesta en contra de la sentencia condenatoria[1], por tanto, es necesario pronunciarse

[1] Folio 223 del cuaderno del proceso.

primero frente a ese punto, para poder pasar, de ser viable, a abordar el asunto de la libertad condicional pedida.

Así las cosas, es necesario indicar que el artículo 179F del Código de Procedimiento Penal aplicable, adicionado por el artículo 97 de la Ley 1395 de 2010, consagra que los recursos podrán desistirse antes de que el funcionario los decida, razón suficiente para aceptar la manifestación realizada por el señor Zapata Toro la cual fue coadyuvada por su defensora y en consecuencia se dispondrá la devolución del expediente a la oficina de origen.

De acuerdo a lo anterior, la Sala queda habilitada para resolver la apelación del auto proferido el 24 de marzo de 2015 por el Juez Primero Penal del Circuito, por medio del cual le negó la libertad condicional al señor Jhon James Zapata Toro.

A fin de entrar a decidir el presente asunto, encuentra la Sala pertinente hacer un pequeño esbozo de lo que es la libertad condicional, figura que está establecida en el artículo 64 del Código Penal así:

> ***"ARTICULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL.*** *<Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> 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."*

A la luz de la norma transcrita, y teniendo en cuenta tanto lo dicho por la abogada solicitante como por el Juez A-quo en su decisión, encuentra la Sala que ambos son enfáticos en indicar que el señor Jhon James cumple con el requisito de tiempo cumplido de la pena impuesta y de arraigo familiar para acceder al beneficio deprecado; igualmente por lo visto en el expediente se puede establecer que ha tenido un buen y adecuado desempeño dentro del penal, cumpliendo de esa manera con los requisitos de carácter objetivo consagrados por el legislador para que las personas que se encuentran privados legalmente de la libertad, puedan acceder a ella antes de cumplir la totalidad de su condena.

Ahora bien, como en el presente asunto toda la discusión gira en torno a la valoración realizada por el A-quo respecto a la gravedad de la conducta punible por la cual el señor Zapata Toro fue condenado, es necesario entrar a revisar tanto la sentencia por medio de la cual se le condenó, como las apreciaciones realizadas en el auto que hoy se revisa.

Así las cosas se tiene que en el auto por medio del cual se le negó a Jhon James el beneficio de la libertad condicional dijo el señor Juez Primero Penal del Circuito local:

> *"De acuerdo a las circunstancias como sucedieron los hechos esta dependencia concluye que el comportamiento en el que incurrió el acusado es grave porque, tal como se dijo en el fallo, se trata de un sujeto que ha viajado en varias oportunidades al extranjero y sabe de las medidas que se adoptan para evitar el tráfico de estupefacientes, y a sabiendas de esta situación aceptó llevar en su equipaje gran cantidad de cocaína con destino al país de España.*

> *Es decir, Zapata Toro hace parte de una red del narcotráfico que extiende su comerció a ámbitos internacionales y con este actuar afecta gran parte del conglomerado social, la seguridad pública y el orden económico y social, bienes jurídicos que se protegen con la sanción de este ilícito."*[2]

De acuerdo a lo trascrito, se procedió a revisar la sentencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito local, el 2 de octubre de 2012, encontrando en ella que nada se dijo realmente en punto de la gravedad de la conducta desplegada por parte del señor Jhon James Zapata Toro, pues si bien es cierto se indicó que él por haber "*viajado en varias ocasiones al extranjero debía conocer hasta la saciedad las campañas que todos los días se publican en aeropuertos y medios de comunicación, de abstenerse de traficar con droga."*[3], no lo es que en esa decisión se haya indicado o insinuado en manera alguna que ello sea considerado como algo grave y menos que por las circunstancias en que sucedieron los hechos, se pueda llegar a pensar que haga parte de una red del narcotráfico (sic). Aunado a ello al momento de hacer la tasación de la pena y referirse a los motivos por los cuáles no era procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena o algún otro subrogado penal, simplemente hizo referencia a que ello no era viable dado el quantum de la condena.

Visto todo lo anterior, es claro para esta Colegiatura que el señor Juez Primero Penal del Circuito local, procedió en el auto ahora revisado, a realizar un análisis y a pronunciarse sobre el cómo la conducta desplegada por Jhon James Zapata Toro afectaba a la sociedad y por tanto de ello se puede desprender su gravedad, cuanto tal cosa no la hizo en el fallo condenatorio, dejando de lado lo que ha estipulado la Corte Constitucional en cuanto a que para hacer ese análisis al momento de estudiar la posibilidad de conceder la libertad condicional, se debe seguir lo que al respecto se haya dicho en la sentencia condenatoria.

Frente al tema dijo la Corte Constitucional:

[2] Folio 29 cuaderno de auto.
[3] Folio 16 de la sentencia condenatoria (192 del cuaderno del proceso penal)

> *"En los mismos términos, cuando la norma acusada dice que la libertad condicional podrá concederse* ***previa valoración de la gravedad de la conducta, no significa que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quede autorizado para valorar la gravedad de la conducta.*** *Lo que la norma indica es que dicho funcionario deberá tener en cuenta* ***la gravedad del comportamiento punible, calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de conocimiento****, como criterio para conceder el subrogado penal.*
>
> *(…)*
>
> ***En atención a lo anterior, la Corte Constitucional declarará exequible la expresión 'previa valoración de la gravedad de la conducta punible', contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal,*** *pero para garantizar su correcta aplicación, la condicionará a que se entienda que la valoración que hace el Juez de Ejecución de Penas y Medidas d Seguridad debe estar acorde con los términos en que haya sido evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria, por parte del juez de la causa".*[4]

De acuerdo a lo anterior, si al Juez de Ejecución de Penas le está vedado analizar de fondo temas que no hayan sido tocados por la instancia falladora, tal prohibición también aplica para asuntos como el que hoy nos convoca, en donde el sentenciador es el mismo que debe definir en primera instancia sobre una solicitud de un subrogado penal toda vez que por no estar la sentencia ejecutoriada él es quien hace las veces del juez que vigila el cumplimiento de la pena, toda vez que para ese momento su decisión estaba en trámite de apelación. Ello por cuanto él es el primer llamado a ser coherente con sus decisiones, sin pretender mediante ese auto corregir o pronunciarse sobre aspectos sobre los cuales omitió hacerlo en el momento oportuno.

En consonancia con todo lo dicho, y teniendo en cuenta los cambios introducidos al artículo 64 del Código Penal por parte de la Ley 1709 de 2014, en sentencia C-757 de 2014 la Corte Constitucional ha dicho:

[4] Corte Constitucional, sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

> *"(…) Las valoraciones de la conducta punible que hagan los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.*
>
> *(….)*
>
> *50. Sin embargo, sí se vulnera el principio de legalidad como elemento del debido proceso en materia penal, cuando el legislador establece que los jueces de ejecución de penas deben valorar la conducta punible para decidir sobre la libertad condicional sin darles los parámetros para ello. Por lo tanto, una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas a penas privativas de su libertad para decidir acerca de su libertad condicional es exequible,* ***siempre y cuando la valoración tenga en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional****.*
>
> *51. Finalmente, la Corte concluye que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deben aplicar la constitucionalidad condicionada de la expresión "previa valoración de la conducta punible" contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados." (Negrillas de la Sala)*

Para reforzar todo lo que hasta aquí se ha dicho, es pertinente traer a colación una decisión de esta Sala proferida hace algunos años, mediante la cual nos pronunciamos respecto a un tema similar diciendo:

> *"De allí, que no sean de recibo los argumentos presentados por la falladora de segunda instancia respecto a este tema, pues la conducta es una sola y no se pude decir que no es grave para establecer el quantum de la pena, pero que en cambio si lo es para hacer el estudio del elemento subjetivo que se exige para acceder a un subrogado penal, ya que los elementos de graduación punitiva de la conducta, que se indican en el artículo 61 del Código Penal, no sólo hacen relación a la gravedad del delito en sí mismo, sino, al comportamiento humano previó concomitante y posterior a la*

> *comisión del punible[5], y en este caso la Juez de conocimiento, como ya se vio anteriormente, consideró que la conducta penal realizada por el señor Albeiro no fue grave."[6]*

Con todo lo expuesto hasta ahora, considera esta Magistratura que ha quedado suficientemente bien ilustrado el error en que incurrió el Juez Primero Penal del Circuito al momento de estudiar la petición de libertad condicional solicitada por el señor Jhon James Zapata Toro y su defensora; por consiguiente, es deber de esta Corporación proceder a resarcir la situación y la única manera de hacerlo es revocando la decisión del A-quo y en su lugar conceder el subrogado deprecado.

Acorde con estas razones, y toda vez que por lo visto en el expediente y de acuerdo a lo dicho por el Juez A-quo, el señor JHON JAMES ZAPATA TORO cumple con los requisitos objetivos para acceder al beneficio de la libertad condicional, puesto que ya ha cumplido más de las 3/5 partes de su condena que fue de 103 meses y en la actualidad ya lleva más de 62 entre detención física y descuentos por trabajo y estudio; y además, demostró su arraigo familiar y social según consta a folios 20 a 22 del cuaderno del auto, en donde también consta que la madre del procesado, la señora Cenelia Toro Castillo, está dispuesta a recibir a su hijo en su vivienda ubicada en la Calle 12 No. 8C-29 del barrio Balsillas del municipio de la Virginia, lugar en el que ha vivido los últimos años. Se le concederá la libertad condicional previa suscripción de los compromisos que esta medida implica, dejando claro que el tiempo que le falta para el cumplimiento de la condena será de prueba y por tanto de llegar a incumplir uno de los compromisos adquiridos, el beneficio podrá ser revocado inmediatamente.

Adicionalmente, y atendiendo lo dispuesto en los parágrafos 1º y 2º del artículo 3º de la Ley 1709 de 2014, se le fijará una caución del 25% de un salario mínimo legal mensual vigente, con la cual se busca garantizar el cumplimiento por parte del procesado de las obligaciones establecidas en el acta compromisoria.

---

[5] Al respecto se puede ver la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la tutela No 29788 del 29 de junio de 2008, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
[6] Fallo de tutela del 3 de agosto de 2012, rad. 2012-00174-00, M.P. Dr. Manuel Yarzagaray Bandera.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR el desistimiento presentado por el señor **JHON JAMES ZAPATA TORO** en calidad de encausado y coadyuvado por su defensora la Dra. Ima Xiomara Cardona Molina su defensora, contra la sentencia condenatoria proferida el 2 de octubre de 2012, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, en la cual se le condenó por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de "Transportar".

SEGUNDO: REVOCAR la decisión proferida el 24 de marzo de 2015 por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONCEDER, previa la suscripción del acta de compromiso, **LA LIBERTAD CONDICIONAL** solicitada por la defensa del señor **JHON JAMES ZAPATA TORO**, con base en todo lo dicho en precedencia.

CUARTO: FIJAR, como requisito para acceder al beneficio aquí otorgado, el pago de una caución del veinticinco por ciento (25%) de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que el señor Zapata Toro deberá suscribir, a fin de garantizar el cumplimiento por parte del procesado de las obligaciones establecidas en el acta compromisoria.

QUINTO: ADVERTIR al señor Zapata Toro que el incumplimiento de alguno de los compromisos suscritos en el acta de compromisos, implicaría la revocatoria inmediata del subrogado concedido.

SEXTO: ORDENAR la devolución del expediente a la oficina de origen y advertir que contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
MAGISTRADO

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
SECRETARIA