

Dosificación de la pena/ Reglas - Criterios... El juzgador debe encontrar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa, revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible. Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes, y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo.

Rebaja de pena/ Concurrencia /Circunstancias de marginalidad, Ignorancia y pobreza extrema/..."Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas hacen referencia a fenómenos concurrentes y concomitantes con la realización de la conducta punible. Por esa razón el artículo 56 señala que se debe realizar la conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan contribuido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad. Como son circunstancias concurrentes que hacen parte de la realización del comportamiento punible tienen que ser imputadas por la fiscalía y si no se hizo fue porque estimó que no existían. El procesado se allanó a los cargos imputados, que equivalen a la acusación y con base en ellos, en estricta observancia del principio de congruencia el juez debe dictar la correspondiente sentencia. Cuando la circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas no hayan sido imputadas en la audiencia de formulación de imputación en la que medió allanamiento a cargos, tampoco es posible suscitar debates sobre su existencia en la audiencia de individualización de pena y sentencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, porque de aceptarse su existencia se contrariaría el principio de congruencia..."

SENTENCIA 014

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2016-0542-01

Procesado: Herney Suárez Alvarado

Delitos: Fabricación, Tráfico y porte de armas  
de fuego

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 021 de febrero 21 de 2017, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja marzo doce (12) de dos mil dieciocho (2018). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.).

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Herney Suárez Alvarado contra la sentencia condenatoria anticipada del 12 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja con funciones de conocimiento por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

## HECHOS

El subintendente Francisco Benavidez y el patrullero Hernando Ruiz Ruiz, miembros de la policía nacional, el 3 de enero de 2016 a eso de las 23:25 horas, cuando realizaban patrullaje sobre la carrera 10 de Villa de Leiva les informaron por la central de radio que en la carrera 12 entre calles 5ª y 6ª del barrio La Palma, había una riña. Se desplazan al lugar y observan a un hombre dentro de un Renault 9 TSE rojo de placas HKC-737 que fue identificado como Herney Suarez Alvarado y a Mary Dayana Niño Niño al lado, quien dijo que su compañero llegó embriagado a su residencia, discutieron y la amenazó con arma de fuego que había guardado en el vehículo.

Al realizar una requisita y registro del automotor, encuentran en la guantera un arma revólver, Rohm, calibre 22 corto, sin munición, que dijo le pertenecía y que no tenía el respectivo salvoconducto, por lo que fue capturado en flagrancia por el delito de porte, tráfico y fabricación de armas de fuego o municiones, haciéndole saber sus derechos como capturado, trasladándolo a la estación de policía y posteriormente al hospital San Francisco para realizarle prueba de embriaguez por presentar aliento alcohólico.

## ANTECEDENTES PROCESALES

El 5 de enero de 2016, a solicitud de la Fiscalía diecinueve (19) local de Villa de Leiva se realizaron en el Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leiva con función de control de garantías audiencias preliminares de (i) legalización de captura, (ii) formulación de imputación e (iii) imposición de medida de aseguramiento. Se declaró la legalidad de la captura; se le formuló imputación a Herney Suarez Alvarado como autor del punible de Tráfico, fabricación, porte de armas de fuego, o municiones, cargos que aceptó el imputado y se le impuso la medida de aseguramiento no privativa de la libertad establecida en los numerales 3, 4, 5 literal B, numeral 2 del artículo 307 de la ley 906 del 2004, y prohibición de salir del país.

El despacho verificó e impartió aprobación a dicho allanamiento a cargos, realizado en la audiencia celebrada el 5 de enero de 2016, en la que de manera libre, consciente y voluntaria, asistido por su defensor, aceptó su responsabilidad en el hecho investigado como autor del delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, establecido en el artículo 365 del C.P., modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. Se anunció el sentido del fallo condenatorio y se individualizó la pena en los términos del artículo 447 del C.P.P.

## DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

### 1.- De la providencia impugnada.

El juzgado de primera instancia puso fin al presente proceso a dictar la sentencia del 12 agosto 2016. En ella relata el objeto de la decisión, los hechos, sintetiza la actuación procesal, identifica al procesado, refiere los medios de conocimiento allegados y en el capítulo de las consideraciones, respecto de la autoría y participación señala que Herney Suarez Alvarado fue capturado el 3 de enero de 2016 a las 23:45 horas en la carrera 10 con calles 5' y 6ª, barrio La Palma de Villa de Leiva, por miembros de la Policía Nacional, porque en un automotor de su propiedad, se encontró un revólver ya descrito.

Además se estableció que el arma incautada es apta para realizar disparos y se estableció que la autoridad competente no le había expedido salvoconducto o licencia para porte o tenencia de armas de fuego.

Predicó tipicidad según las voces del artículo 365 del C.P, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011; antijuridicidad porque dicho punible constituye peligro y atenta contra la seguridad pública, imputabilidad porque el procesado tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de auto determinarse de acuerdo con dicha comprensión y culpabilidad de acuerdo con el artículo 12 del C.P.

Que el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el

comportamiento merecedor de reproche punitivo, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

Para fundamentar una sentencia condenatoria con base en un allanamiento a cargos, el juez de conocimiento debe verificar que haya sido libre, consciente, voluntaria, informado y asistido de defensor. Adicionalmente deben existir unos elementos materiales probatorios que permitan desvirtuar la presunción de inocencia en los términos del artículo 327 del C.P.P., requisitos que encontró satisfechos.

Que la rebaja de pena no excede la establecida por la ley en el artículo 351 del C.P.P. para los casos de flagrancia, en concordancia con el parágrafo del artículo 301 del C.P.P, y además los elementos materiales probatorios, permiten derruir la presunción de inocencia.

Cita la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 45736 del 24 de febrero de 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera, para señalar que la aceptación de cargos se efectuó sin vicio alguno, se le respetaron sus garantías procesales y la fiscalía cuenta con elementos materiales probatorios que permiten desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, pues fue capturado en flagrancia, pudo ser el autor del delito imputado y manifestó que no tenía permiso expedido por las autoridades correspondientes, derivando antijuridicidad material de la conducta.

Como el allanamiento está ajustado a derecho, profiere sentencia condenatoria contra Herney Suarez Alvarado, a título de autor, por el delito de tráfico, fabricación y porte de armas de fuego, en la modalidad de porte.

Resume la intervención de las partes en punto a la audiencia de individualización de pena y sentencia del art. 447 del C.P.P., y en el capítulo de dosificación de la pena señala que el artículo 365 del Código Penal,

modificado por el artículo 19 de la ley 1453 de 2011, establece sanción de nueve (9) a doce (12) años, equivalente a ciento ocho (108) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión. Establece los cuartos punitivos y conforme al artículo 61 del C.P. selecciona el mínimo porque no le fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 del C.P., y concurre la de menor punibilidad derivada de la carencia de antecedentes penales y la pena mínimo de ciento ocho (108) meses de prisión.

Por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación y por existir captura en flagrancia, según los artículos 351 y 301 del C.P.P. tiene derecho a una rebaja de la octava (1/8) de la pena, es decir 13.5 meses, imponiendo finalmente pena de noventa y cuatro punto cinco (94.5) meses de prisión. Además el procesado no cometió el delito bajo influencia de circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, de que trata el artículo 56 del C.P., como lo refirió la defensa y no se le atribuyó tal condición en la audiencia de imputación, que equivale a la acusación.

También le impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena de prisión impuesta y la prohibición de portar armas de fuego por el mismo término, acorde con los preceptos de los artículos 44 y 49 del C.P.

Como la pena impuesta excede los 48 meses de prisión, no se cumple el requisito objetivo y ello releva análisis del aspecto subjetivo, le niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor del condenado.

Respecto de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, conforme lo dispuesto en el artículo 38B del C.P., adicionado por la ley 1709/14, la pena mínima establecida para el delito es de 108 meses de

prisión, sobrepasando la máxima de ocho (8) años, por lo que no se satisface el requisito objetivo y como todos los requisitos deben concurrir, niega este subrogado.

Tampoco se acredita la condición de padre cabeza de familia, en tanto si bien es cierto tiene esposa e hija, no se acreditó que la señora padezca enfermedad que le impida trabajar.

Por último ordenó expedir la correspondiente boleta de captura, el comiso del arma conforme lo normado en el artículo 100 del C.P., y el artículo 82 del C.P.P. y la expedición de copias con destino a las autoridades que ordena la ley.

## 2.- Del motivo de impugnación.

En un extenso y confuso memorial, lo dice con respeto la Sala, el señor defensor del condenado Herney Suarez Alvarado señala que su prohijado aceptó responsabilidad desde la audiencia de imputación de cargos, colaborando con la justicia, para obtener los beneficios de la justicia predial y por ello solicita de esta Colegiatura se estudie la posibilidad de disminuirle la pena por indebida dosificación; se reconozca la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extremas con que actuó Herney Suarez Alvarado y que al disminuir la pena ello posibilitaría el otorgamiento de la prisión domiciliaria con permiso para trabajar, con miras a reintegrarlo a la sociedad y hacerlo útil en su entorno familiar.

## 3.- En Argumentos de los no recurrentes.

El agente del Ministerio Público después de sintetizar a los motivos de impugnación en el capítulo que denomina graduación de la pena dentro de un marco más justo y equitativo, señala que Herney Suárez Alvarado aceptó

los cargos formulados por la fiscalía en la audiencia de imputación como autor de la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, situación que verificó el juez de conocimiento imprimiéndole legalidad.

El fallo impugnado está conforme a la aceptación de cargos, porque el juez de conocimiento condenó a Herney Suárez Alvarado a la pena principal de 94.5 meses de prisión, como autor responsable del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, teniendo en cuenta que fue capturado en flagrancia, porque el procesado se allanó a los cargos en la formulación de imputación y tiene derecho en los términos de los artículos 351 y 301 del C.P.P., a una rebaja de la octava parte de 108 meses, es decir de 13.5 meses, que reducidos arrojan una condena a 94.5 meses de prisión, condena que respeta la situación fáctica imputada.

El reconocimiento de las circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza extremas de Henry Suárez Alvarado, es impertinente porque esas situaciones no encontraron demostración en el procesado, ni menos que hayan influido directamente en la comisión de la conducta punible, máxime cuando el procesado cuenta con un hogar conformado, tiene grado de instrucción de quinto de primaria y es ayudante de construcción.

Además no basta con que estén demostradas esas circunstancias, porque para atemperar la pena se requiere o exige la existencia de una relación de causalidad entre la comisión del delito y la concurrencia de dichas circunstancias, de tal manera que el delito sea perpetrado como consecuencia del influjo de esas extremas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza.

Aduce que la defensa en la audiencia de que trata el artículo 447 del C.P.P., no demostró la condición de pobreza extrema, y menos que la comisión del delito fuera consecuencia de esa condición de marginalidad extrema.

Por dichas razones solicita que se confirme la sentencia impugnada.

## INDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

Herney Suarez Alvarado, se identifica con la cédula de ciudadanía 1.002.549.379 de Villa de Leiva, natural de esa ciudad, de 29 años de edad, piel trigueña, contextura mediana, nació el 7 de Septiembre de 1987, actualmente con 31 años de edad, es ayudante de construcción, cursó hasta quinto de primaria, reside en la carrera 12 No. 5-71 barrio La Palma de Villa de Leiva; es hijo de Rita Delia Alvarado y José Álvaro Suarez, sin señales particulares, y convive con Mary Dayana Niño Niño, identificada con la cédula de ciudadanía 23.691.347 de Villa de Leiva, con 32 años de edad.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Precisión previa.

La Sala encuentra que el motivo de inconformidad del defensor del procesado está referido esencialmente a la tasación punitiva dosificada por el juez de primera instancia y a algunos aspectos complementarios. En virtud del principio de limitación adquirimos competencia en referencia a ese

motivo de impugnación y a los asuntos que resulten necesariamente vinculados a él.

Cuando se trata de sentencia condenatoria opera el principio de la no reforma peyorativa, salvo que el fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, teniendo interés para ello la hubieran recurrido, principio que opera en este caso por ser la parte defendida, apelante único.

1.- De los presupuestos que habilitan al juez de conocimiento para dictar sentencia anticipada.

El examen que hace el juzgador de primera instancia y desde luego el de segunda, en tratándose de sentencia anticipada, se contrae a (i) determinar que el allanamiento o el acuerdo entre el procesado y la fiscalía estén exentos de vicios del consentimiento, para lo cual debe examinarse que haya sido libre, voluntario, espontáneo y debidamente informado.

A este respecto la Sala corrobora que en la audiencia de formulación de imputación el procesado aceptó los cargos formulados, de forma libre, consciente y voluntaria, con la debida asesoría de defensor técnico y esa aceptación fue verificada por el juez de conocimiento y le imprimió legalidad.

(ii) Que exista un examen de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados que permitan destruir la presunción de inocencia y por ende edificar más allá de toda duda el conocimiento acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Se advierte que la sentencia de primer grado contiene un capítulo denominado medios de conocimiento, en el que se relacionan todos los medios de convicción que le permitieron predicar con certeza la realización del comportamiento ilícito y la responsabilidad del acusado, anclados en el

análisis que realizó sobre la estructuración del comportamiento punible en sus estadios dogmáticos de tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad y desde luego a la aceptación de cargos por el procesado que constituye confesión. (iii) Que no se evidencie violación a garantías fundamentales, tales como el debido proceso y la libertad, entre otros.

Revisado el trámite, la Sala no advierte vulneración a garantías fundamentales y por lo tanto era procedente dictar la correspondiente sentencia condenatoria. Además el comportamiento constituye conducta punible a la luz del artículo 9° del Código Penal, pues corresponde perfectamente con la descrita en el tipo penal; sin que obre causal que lo justifique y porque el sujeto agente conocía los hechos constitutivos de infracción penal y se determinó a realizarlo, como evidentemente lo logró.

La Sala encuentra satisfechos los anteriores presupuestos y por tanto permiten el proferimiento de la sentencia anticipada condenatoria, tanto de primera como de segunda instancia.

## 2.- De los motivos de impugnación.

La Sala consecuentemente adquiere competencia para revisar los motivos de impugnación y para ello estudiará: (i) las pautas generales para la dosificación punitiva; (ii) dosificación concreta respecto del delito imputado y aspectos complementarios, y (iii) conclusiones.

### 2.1.- De las reglas y criterios para la dosificación de las penas.

Sea lo primero advertir que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, según lo exige el art. 59 del Código Penal y lo demanda la estructura del Estado Social de Derecho y el principio democrático en que se funda.

2.1.1.- El juzgador debe encontrar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa, revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible.

Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes, y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo.

Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), etc.

2.1.2.- Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal.

El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y; el máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación.

Es obvio que las circunstancias a las que aquí se refiere el Legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la

determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *nom bis in ídem*.

Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad, contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal, respectivamente. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando "*no hayan sido previstas de otra manera*", pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de vulneración del principio del *nom bis ídem* o de doble incriminación.

2.1.3.- Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

También tendrá en cuenta para la determinación de la pena en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

2.1.4.- Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal.

2.1.5.- Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva como base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, ya que la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas ni tampoco superior al máximo legal.

Estas son en síntesis las reglas que se deben tener en cuenta para el proceso de dosificación punitiva por vía general y específicamente las que hemos de aplicar en el caso de autos, como se verá.

2.2.- De la dosificación correcta en el caso en concreto.

El delito atribuido al hoy procesado fue el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, contenido en el art. 365 del C.P., modificado por la Ley 1142 de 2007 art. 38, modificado por la Ley 1453 de 2011 art. 19 que establece pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión, que equivale a ciento ocho (108) y a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión.

El ámbito punitivo de movilidad es de treinta y seis (36) meses que dividido en cuartos equivale a nueve (9) meses.

El primer cuarto oscila entre ciento ocho (108) a ciento diecisiete (117) meses; los cuartos medios de ciento diecisiete (117) meses un (1) día a ciento treinta y cinco (135) meses y el cuarto máximo de ciento treinta y cinco (135) meses un (1) día a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Como quiera que en la audiencia de imputación solo se le atribuyó al procesado el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sin la concurrencia de alguna de las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 del C.P., refulge obvio que en aplicación del inciso segundo del artículo 61 impera seleccionar el cuarto mínimo debido a que no le fueron atribuidas circunstancias agravantes, se recaba, y porque concurre la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 55-1 ibídem referida a la carencia de antecedentes penales.

Recuérdese que según las voces del artículo 293 del C.P.P. modificado por la Ley de 1453 de 2011, artículo 69, cuando el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía acepta la imputación, se entiende que lo actuado es suficiente como acusación. Por esa razón en los eventos de sentencia anticipada la congruencia se predica entre los cargos formulados en la imputación que merced a la aceptación equivalen a la acusación, con aquellos que rigen la sentencia condenatoria que se profiera, en perfecta correspondencia.

Como consecuencia de lo afirmado precedentemente, hizo bien el señor juez de primera instancia al seleccionar el cuarto mínimo punitivo para efectuar la correspondiente dosificación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Seleccionado el cuarto mínimo el sentenciador debe determinar la pena ponderando (i) la mayor o menor gravedad de la conducta, (ii) el daño real o potencial creado, (iii) la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, (iv) la intensidad del dolo, (v) la preterintención o la culpa concurrentes y (vi) la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

El señor juez de primera instancia no refirió ninguna de estas circunstancias, pero partió de la pena mínima, por lo que a este respecto su actuar se ajustaría al principio de legalidad.

Según las voces del artículo 351 del C.P.P. la aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de imputación comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible. Además, como el procesado fue capturado en flagrancia, tiene derecho a una cuarta parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-645 del 23 agosto 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entendiéndose que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos. Esto quiere decir que al 50% (la mitad) de la rebaja que opera por allanamiento cargos en la audiencia de formulación de imputación se le debe descontar o disminuir el 12.5% (una cuarta parte) de la pena.

La Sala encuentra que la dosificación efectuada por el señor juez de primera instancia se ajusta plenamente a la legalidad porque a la pena mínima del cuarto mínimo de 108 meses de prisión le aplicó una reducción del 12.5% y por esa razón lo condenó a 94.5 meses de prisión esto es 94 meses 15 días de prisión.

2.3. De la rebaja de pena por la concurrencia de las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, del Art 56 del C.P.

Respecto de esta rebaja de pena la Sala manifiesta desde ya su improcedencia debido a las siguientes fundamentaciones:

1.- Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas hacen referencia a fenómenos concurrentes y concomitantes con la realización de la conducta punible. Por esa razón el artículo 56 señala que se debe realizar la conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan contribuido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad.

2.- Como son circunstancias concurrentes que hacen parte de la realización del comportamiento punible tienen que ser imputadas por la fiscalía y si no se hizo fue porque estimó que no existían.

3.- El procesado se allanó a los cargos imputados, que equivalen a la acusación y con base en ellos, en estricta observancia del principio de congruencia el juez debe dictar la correspondiente sentencia.

4.- Cuando la circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas no hayan sido imputadas en la audiencia de formulación de imputación en la que medió allanamiento a cargos, tampoco es posible suscitar debates sobre su existencia en la audiencia de individualización de pena y sentencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, porque de aceptarse su existencia se contrariaría el principio de congruencia.

La Corte Suprema de Justicia al respecto ha señalado<sup>1</sup>:

*"(...) Del texto transcrito<sup>2</sup> surge que las circunstancias allí previstas de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas no son excluyentes de*

---

<sup>1</sup> C.S.J. Sala de Casación penal. AP4455-2015. Radicación 45918 del 5 de agosto de 2015. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

<sup>2</sup> La Alta Corporación había transcrito el art. 56 de C.P.

*responsabilidad sino diminuentes de la punibilidad, pero siempre que hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible.*

*Así las cosas, no son post delictuales, sino concomitantes, por lo que hacen parte del entramado fáctico, y, en ese orden, afectan la calificación jurídica y, por ende, los extremos punitivos del tipo penal. De manera que su existencia, tal como lo ha reconocido la Corporación, debe ser alegada, tratándose de allanamientos, en la audiencia preliminar de imputación, a efectos de que la fiscalía las conozca y se surta el debate contradictorio correspondiente.*

*Por consiguiente, si no se expusieron en esa instancia procesal de acogimiento a cargos, no resulta admisible aducirlas con posterioridad, en tanto ello comportaría una retractación. (...)"*

Y más adelante continuó diciendo:

*"(...) Así las cosas, la circunstancia de marginalidad extrema corresponde a un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, por lo que resulta inescindible de ésta, como que permite su individualización y la caracteriza, pues se refiere a aquellas condiciones propias de modo o lugar en que se ejecutó el hecho, a manera de ejemplo, la tentativa (artículo 27 Código Penal), la complicidad (artículo 30 lb), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2 lb), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57 lb), etc.*

*La censora, entonces, se equivoca al pretender que, luego del allanamiento a cargos, en donde no se incluyó la circunstancia de marginalidad extrema del acusado, se pueda alegar ella durante la*

*audiencia de individualización de pena y sentencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.*

*Dar paso a esa tesis sería desnaturalizar la esencia del debido proceso dentro del sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004, habida cuenta que esa audiencia no está prevista para adelantar un debate probatorio en punto de aspectos propios de la conducta punible, que modifiquen la calificación jurídica ni los extremos punitivos del tipo penal. Esos asuntos, polémicos o controversiales, atentan contra la teleología de ese acto procesal. (...)"*

Y en esa misma providencia señaló:

*"(...) Nótese que, según se desprende del expediente, la fiscalía nunca consideró la existencia de la condición de marginalidad extrema del acusado al formular la imputación, diligencia en la que nada se dijo al respecto, y tampoco pidió luego variación de la calificación jurídica.*

*Ahora, de admitir, en gracia de discusión, que pudiera la defensa alegar la circunstancia de marginalidad extrema durante la audiencia del artículo 447, es claro, con todo, que en esta ocasión no había lugar a su reconocimiento, no solamente por la falta de aquiescencia de la fiscalía, sino porque los elementos materiales probatorios aportados por la jurista carecían de aptitud y suficiencia para demostrar tal condición. La mayoría de ellos, según lo consignó el a quo, al provenir del extranjero, incumplían las previsiones del artículo 425 del Código de Procedimiento Penal de 2004, en tanto no estaban apostillados. (...)"*

Así las cosas la Sala encuentra que el motivo de impugnación referido al reconocimiento de la disminución punitiva por la concurrencia de la

circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema no está llamado a prosperar.

De otra parte, como la dosificación punitiva no puede ser variada por inexistencia de esta circunstancia refulge que la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión no procede en razón a que la sentencia se impuso por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley es superior a ocho años de prisión, esto es a nueve años en el delito endilgado. Por esa razón, las solicitudes conexas que hace el señor defensor referidas al mecanismo de vigilancia electrónica en desarrollo de la prisión domiciliaria tampoco procede.

### 3.- Conclusiones.

Los motivos de impugnación no prosperan y por consiguiente se impone la confirmación de la providencia impugnada.

Por lo anteriormente expuesto la Sala de decisión Penal administrando justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia impugnada en lo que fue motivo de disenso.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ  
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ  
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ  
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ  
Secretario