



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal

AUDIENCIA PREPARATORIA – LEY 600 DE 2000.

CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO – Modificaciones normativas.

CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO – PRESCRIPCIÓN: No opera.

(...) en momento alguno el legislador con la expedición de la Ley 1121 de 2006 quiso despenalizar la frase “o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” en el contexto del artículo 340 del Código Penal; todo lo contrario, ello tuvo ocurrencia para fortalecer aún más la lucha contra la financiación del terrorismo y los grupos de delincuencia organizada, de modo que, la mentada Ley, también modificó el artículo 345 del código penal. (...)

(...) De este modo, el concierto para organizar, promover o financiar grupos armados al margen de la ley no fue suprimido, sino que, por el contrario, fue readecuado como “tipo especial y simple” en el artículo 345, estableciéndose para el mismo una pena mayor a la que antes tenía prevista el artículo 340.2 de la Ley 599 del 2000, modificado por la Ley 733 de 2002, situación que, en efecto, impediría aplicar el principio de favorabilidad deprecado por la defensa. (...)

(...) al realizar el cálculo punitivo de acuerdo al inciso 2 del artículo 340, más el incremento punitivo de 04 años por su condición de servidor público, para la data en que adquirió firmeza la resolución de acusación – 05 de diciembre de 2019 – la acción penal, en efecto, no se encuentra prescrita (...)

LEY 600 DE 2000 - CALIFICACIÓN JURÍDICA – Al ser provisional procede su variación.

CAUSALES DE NULIDAD -Taxatividad.

NULIDAD POR VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA - No se configura.

(...) la calificación jurídica que se realiza por el ente persecutor en el escenario de Ley 600 de 2000, es mucho más laxo al que contempla el vigente Sistema Penal Acusatorio amén de la Ley 906 de 2004. (...)

(...) existen otras herramientas al interior del proceso penal, que impiden en este caso decretar la nulidad y que por el contrario permiten continuar ejerciendo el derecho de defensa al interior del proceso penal.

Nótese como el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, contempla de manera taxativa las causales de nulidad (...) el recurrente, acudió a la 1 y 2, no obstante, ello, esta Corporación no encuentra mérito para su aplicación, máxime cuando el trámite ordinario aún se encuentra en curso y al pendiente de la práctica probatoria y desarrollo de juicio, donde se puede exponer los argumentos y pruebas de la defensa para soportar su dicho. (...)

SOLICITUDES PROBATORIAS – Acreditación de conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas.

LEY 600 DE 2000 - Principio de permanencia de la prueba.

(...) la inconformidad versa, frente a la negativa del Juzgado de instancia de decretar los testimonios (...) de la revisión del legajó, se encontró que los antes referenciados ya realizaron su intervención en la actuación penal (...)

De modo que, recontando el principio de permanencia de la prueba imperante en Ley 600 de 2000, resultaría innecesario que los mentados testigos vuelvan a reiterar su dicho en el juicio, pues toda prueba allegada o practicada en etapas preliminares de indagación o investigación perdura, permanece o continúa y debe ser valorada durante la fase de juzgamiento y desde luego también en la sentencia, máxime si en cuenta se tiene que «el medio de prueba y la prueba misma», que ingresa a la actuación penal queda a disposición de las partes y sujetos procesales desde entonces para su controversia. (...)

(...) tampoco se adujo una pertinencia adicional o cualquier aspecto que fuese explicado por la defensa, que justifique un nuevo llamamiento a rendir declaración a los precitados. (...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No. : 520013107001-2020-00011-01
Procesado : HSA
Delito : Concierto Para Delinquir Agravado
Aprobado : Acta No. 21 de 28 de junio de 2022

San Juan de Pasto, veintiocho (28) de junio de dos mil
veintidós (2022)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia la Sala respecto al recurso de apelación interpuesto por la defensa que representa al señor **HSA**, contra el auto de 27 de julio de 2021 proferido en audiencia preparatoria por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, a través del cual se negó la solicitud de prescripción, se negó la solicitud de nulidad y negó el decreto de unas pruebas en el proceso que se surte en contra del precitado, a quien la Fiscalía acusa de la comisión del delito de Concierto Para Delinquir Agravado.

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL
RELEVANTE**

Los hechos según la resolución de acusación de 09 de octubre de 2019 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito Especializado – Fiscalía Octava Destacada Para Asuntos de Ley 600 de 2000, se describen en lo relevante de la siguiente manera:

“II. SITUACION FÁCTICA:

Le correspondió a esta fiscalía conocer la remisión de copias fechada el 11 de agosto de 2010, por el doctor Carlos Alberto Aponte Mondragón, Fiscal 4 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, en donde pone en conocimiento la información obtenida tras la versión rendida por el señor AJGH, por colaboración suministrada ante Justicia y Paz, como comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia, Bloque Libertadores del Sur, que hizo presencia en el Departamento de Nariño, en contra de terceros participes de los hechos en los cuales hizo parte, en calidad de postulado ante Justicia y Paz.

(...)

V. HECHOS QUE SE PUEDEN ESTABLECER A PARTIR DEL ACERVO PROBATORIO:

En la diligencia de versión libre entregada por el postulado AJGH, dentro del radicado 110016000253200983833, suministrada en la ciudad de Medellín, el 4 de febrero, 4 de mayo y 5 de mayo de 2010 se extraen los hechos más relevantes que originaron la presente investigación.

Dentro de los hechos narrados por el comandante de las autodefensas, se estableció que en gran parte de los municipios que conforman el Departamento de Nariño, las Autodefensas Unidas de Colombia hicieron presencia en varios municipios, entre ellos, el municipio de Leiva, perteneciente a la zona norte del Departamento, en donde actuaron como grupo insurgente con el objetivo de ampliar su zona de injerencia y fortalecer la presencia de las autodefensas en varios puntos estratégicos de este territorio, ya sea para desplazar los grupos guerrilleros o menguar su presencia y aceptación de estos entre la comunidad, circunstancia que a su vez contribuyó al fortalecimiento militar y económico de las autodefensas, ya que de manera paulatina se convirtieron en una agrupación armada en todo el Departamento de Nariño, que se fortaleció con la colaboración directa o indirecta de algunos representantes de las administraciones locales, como se investiga ocurrió en este caso, concretamente con la alcaldía de Leiva, que contribuyó con la finalidad de la agrupación ilegal en ese municipio.

Dentro de la información suministrada por el postulado GH, básicamente manifestó que en varios municipios de la zona norte, se reunió con los mandatarios locales para darles a conocer la presencia de las autodefensas en sus localidades, como Taminango y Leiva. En Leiva hablo con el alcalde electo democráticamente en varias oportunidades, quien colaboró con medicinas y combustibles para vehículos, el apoyo solicitado se

hizo en torno a suministrarles medicinas, combustibles, que enterraran los integrantes de autodefensas fallecidos en combate costeano las honras fúnebres y el traslado al sitio de residencia de los dados de baja.

Informa de una reunión política, para las elecciones del 2004, en las que participaron AR y HSA, los dos candidatos le solicitaron el apoyo de las autodefensas, para alcanzar el triunfo en las elecciones a la alcaldía municipal de Leiva, solicitud que él rechazo, pero posteriormente el comandante urbano alias "el capi", tomó la decisión de inclinar las elecciones hacia el señor HS, porque era nuevo; y, por el acercamiento que éste con JN, quien fue decisivo en el propósito, ya que se presenta como líder político del sector del comercio, pero además, porque simpatizaba con autodefensas de tiempo atrás, relaciones que le permitieron ser nombrado como Secretario de Gobierno de la alcaldía de Leiva.

Informó que los sitios donde se realizaban las reuniones con ambos candidatos a la alcaldía, es decir, HS y AR, era en la zona rural, en las veredas El Rincón y El Cafeto y se menciona al corregimiento El Palmar, ilustrando la presencia de algunos líderes de quien se conoce fueron seguidores del señor HSA, a quien identifica como la señora ..., propiedad de la señora L.

Agrega que el señor HS, ganó las elecciones y posteriormente habérselo encontrado en las vías, en la vereda Altamira en una reunión política, en la cual el postulado dice no haber participado, y haberle recordado los compromisos adquiridos con las autodefensas en los tres puntos iniciales y además el cumplimiento del plan de gobierno.

Informan que las autodefensas hicieron presencia en el municipio de Leiva tanto en la parte urbana al mando de alias "el capi" y JN, a quien identificaron con el alias de "el secretario" quienes andaban sin uniforme, y por lo tanto, era de público conocimiento su vinculación con las AUC. En tanto, en la parte rural, se encontraban las tropas con uniformes y distintivos al mando de alias "Juan Carlos", identificado como AJGH, quien se desempeñó como comandante militar de todo el bloque Libertadores del Sur y GLMP, alias "El Doctor y/o Don Alex", quien se desempeñó como comandante general igualmente de todo el bloque, quienes informaron, explicaron, aceptaron y reconocieron los hechos ilegales de los cuales hicieron parte no solo en Leiva, sino en todo el departamento de Nariño, como quiera que nada dentro de la organización de las AUC se hacía sin su conocimiento y aprobación, al ser una organización piramidal, armada, irregular, con disciplina castrense, integrada por un número significativo de individuos en (sic)

todos el país y obviamente en el municipio que genero esta investigación.

La información entregada por los señores AJGH y GLMPn, ha ido corroborándose a lo largo de esta investigación, se ha ampliado, ha generado escuchar en ampliación de exposiciones, y se ha confrontado con otros medios de conocimiento que permitan desvirtuar o confirmar los hechos denunciados, sin embargo, a lo largo de ella, las explicaciones al no alcanzar a satisfacer el delito que se imputó en su momento, en contra de HSA, quien para le época de los hechos ostentaba el cargo de alcalde municipal de Leiva.” (Todo sic, en lo pertinente).

Con base en estos hechos y las pruebas aportadas, la mentada Fiscalía, profirió la resolución de acusación en contra del señor HSA, por el delito de Concierto Para Delinquir, decisión que al ser objeto de recurso de apelación por parte de la defensa del procesado, fue confirmada el 05 de diciembre de 2019 por la Fiscalía Cuarta Delegada Ante el Tribunal de Pasto, en calidad de autor y en modalidad dolosa de Concierto Para Delinquir Agravado.

El asunto fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, Despacho que a partir del 31 de enero al 20 de febrero de 2020, corrió el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 del 2000. Tiempo dentro del cual se deprecó las respectivas solicitudes probatorias por parte de la defensa, y en escrito previo y separado se instauró la revocatoria y en subsidio la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta al procesado. Mediante auto de 02 de abril de 2020 se revocó la medida de aseguramiento.

La defensa en el término de traslado elevó tres solicitudes, como principal la declaratoria de prescripción, en caso de no

prosperar que se acceda a la nulidad y subsidiariamente, que se realice un decreto probatorio.

Para continuar con el trámite, se convocó para audiencia preparatoria, el 27 de julio de 2021, donde finalmente se profirió el auto a través del cual la señora Jueza negó para la defensa, la solicitud de prescripción, la solicitud de nulidad, así como también algunas solicitudes probatorias, dando lugar a que se interpusiera el recurso de alzada.

Para lo que interesa en la presente decisión, es menester recordar lo fundamental de las solicitudes realizadas por el Dr. FRANCO SOLARTE JIMENEZ, en calidad de apoderado del acusado HSA, las cuales fueron objeto de apelación y que ocupan ahora la atención de esta Sala de Decisión, así:

1.1. PETICIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

1.1.1. La imputación.

Refirió que la Fiscalía, dispuso su inicio a partir de las declaraciones rendidas por unos postulados ante Justicia y Paz, haciendo referencia a la campaña previa a las elecciones municipales de 2004, en zona rural del municipio de Leiva – Nariño.

1.1.2. De la ocurrencia y permanencia en el tiempo de los hechos que se endilgan.

Resaltó los precarios señalamientos de la Fiscalía sobre las circunstancias de tiempo de ocurrencia de los hechos,

donde se demarca las supuestas reuniones del procesado SA con el grupo irregular en los últimos meses de 2003, es decir, en el marco de la campaña proselitista, previo a los comicios regionales de 2004, temporalidad y conducta, que según el ente acusador se extiende hasta el 25 de julio de 2005, data que corresponde con la desmovilización del autodenominado Bloque Libertadores del Sur de las Autodefensas Unidas de Colombia, con el cual se atribuyen presuntos actos de concertación delictiva.

Razón por la cual requirió, que se realice el análisis de prescripción desde esta última data.

1.1.3. Contabilización de términos frente a la norma contentiva del tipo penal imputado.

Dijo que el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, sin que en ningún caso dicho lapso, sea inferior a 05 años ni superior a 20 años.

Bajo tal premisa, recontó que la imputación jurídica se realizó por el reato de Concierto Para Delinquir Agravado, tipificado en el artículo 340 inciso 2 del C.P., donde el mismo, bajo la modalidad de organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, preveía para el momento de la presunta ocurrencia de los hechos, una pena de prisión de 06 a 12 años.

De esta manera calculó que, desde el 15 de julio de 2005, los 12 años en cuestión fenecieron el 25 de julio de 2017, es decir, mucho antes de que se dictara la resolución de acusación de 09 de octubre de 2019, y que, tras la impugnación de la misma por parte de la Defensa, adquirió firmeza el 05 de diciembre del año en comento.

Añadió, que al incrementarse a dicho término una tercera parte equivalente a 04 años más por la calidad de servidor público del procesado (alcalde municipal de Leiva), entonces, para el momento en que ganó ejecutoria la calificación del mérito sumarial, aun tal fenómeno no habría tenido ocurrencia.

No obstante, refirió, que se ha omitido considerar un tránsito legislativo frente al delito de marras que impone forzosamente la aplicación del principio de favorabilidad lo que conduce a la prescripción reclamada al tenor del artículo 29 Superior. Para sustentar su dicho, trajo a colación jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia SP5107-2017 Rad. 47974.

Bajo esa línea argumentativa, expuso que el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, modificó el inciso 2 del artículo 340 del C.P. – con las modificaciones de la Ley 733 de 2002 – de la siguiente manera:

“Art. 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esta sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)”

De tal manera, que en lo que tiene que ver con los agravantes del tipo penal, eliminó del inciso segundo, el hecho de “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” la cual había sido imputada al señor HSA.

Así, a juicio del recurrente, al tomar la nueva norma en su integridad y ante la desaparición de dicho agravante, se debe remitir al tipo básico (previsto en el primer inciso) para efectos de calcular la punición, donde la pena máxima imponible para el delito en mención es de 06 años, guarismo que a su vez aumentado en una tercera parte, equivale a 02 años, por la calidad de servidor público del procesado de marras, que arroja un monto de pena limite a 08 años de prisión.

De esta manera, efectuó nuevamente el cálculo de prescripción, desde el 25 de julio de 2005, concluyendo que el término máximo para la persecución penal se cumplió el 25 de julio de 2013, es decir mucho antes de que se profiriera la resolución de acusación.

1.1.4. Solicitudes.

Con todo, solicitó la declaratoria de prescripción y de contera la libertad inmediata del procesado, la cancelación de los registros originados y el levantamiento de medidas cautelares.

Por último, aclaró que los argumentos de la solicitud de prescripción son diferentes a los que se formularon en otrora por pretéritos defensores en la etapa de instrucción.

1.2. PETICIÓN DE NULIDAD DE LA ACTUACIÓN PENAL.

Rememoró que las nulidades se encuentran reguladas en los artículos 307 a 309 de la Ley 600 de 2000.

La petición, la fundó en las causales 2 y 3 del artículo 306 ibidem, es decir, (i) frente a la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso; y (ii) la violación del derecho de defensa, respectivamente.

1.2.1. Precisión del acto cuestionado.

Refirió que la misma tiene ocurrencia en la etapa de instrucción, concretamente, por ausencia de congruencia entre la indagatoria, la definición de la situación jurídica y la acusación.

Ello, porque en injurada de 31 de agosto de 2018, la Fiscalía le imputó el delito de Concierto Para Delinquir

Agravado, tipificado en el artículo 340 inciso 2 del C.P., conducta que se mantuvo invariable en la resolución de 01 de octubre de ese mismo año, por medio de la cual se definió la situación jurídica del procesado y aun hasta el cierre de la instrucción.

Empero, adujo que esta situación cambio en disfavor del procesado, cuando la Fiscalía Octava destacada para asuntos de Ley 600 de 2000 de Pasto, al calificar el mérito probatorio del sumario en el acápite X, concluyó que el fenómeno de la prescripción no había tenido ocurrencia, introduce una grave modificación a la imputación que no había sido contemplada hasta entonces desde la óptica fáctica y jurídica.

Recapituló entonces la imputación fáctica, argumentando que la misma debe ser invariable; y respecto la descripción jurídica, mencionó que la misma se orientó a la previsión normativa del inciso 2 del artículo 340 del C.P. denominada Concierto Para Delinquir Agravado, sobre la base de *financiar grupos armados al margen de la ley*, como se plasmó en la diligencia de indagatoria y al momento de definir su situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad de naturaleza intramural.

Empero, agregó que, en el llamamiento a juicio, el titular del Despacho instructor, dio un giro a la actuación, al señalar que, además del agravante del inciso 2, debía también aplicarse el del tercero de esa misma norma, que aumenta la pena “(...) en la mitad, para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asolación para delinquir” aseverando que la conducta estuvo

encaminada a financiar al grupo ilegal de las AUC, y por tanto, calcula la pena máxima a imponer sobre el incremento de la mitad que tal agravante prevé.

Arguyendo también, que dicha modificación, viola el principio del *non bis in ídem*, pues la conducta en cuestión ya agravada por el segundo inciso, sobre una presunta financiación de grupos ilegales, termina mayormente reprochada punitivamente, sobre las bases de tenersele como una gran promotor o financista del concierto o asociación para delinquir.

De esta manera, argumentó la falta de congruencia entre la resolución que definió la situación jurídica de 01 de octubre de 2018 y el pliego calificadorio del sumario de 09 de octubre de 2019, confirmado el 05 de diciembre del mismo año, por contener esta última hechos y circunstancias de agravación nuevos, trayendo a colación jurisprudencial de la Corte Constitucional C-025 de 2010 y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia AEP00043-2019 Rad. 49262, SP1794-2017 Rad. 47960, Auto de 04 de diciembre de 2013 rad. 42498 y AP911-2015 Rad. 44235.

Y por ello, solicitó nulitar todo lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive.

1.2.2. Ausencia de convalidación o coadyuvancia de la parte solicitante.

Expuso que ni el proceso ni la defensa técnica, han coadyuvado o convalidado, por vía de acción u omisión, la

situación generadora de nulidad por trasgresión al debido proceso y defensa.

1.2.3. Imposibilidad de sanearse por vías procesales diversas a la nulidad.

Afirmó que, ante la inesperada calificación sumarial, se sorprendió con una novedosa circunstancia de agravación, que no fue comunicada al momento de su injurada, así como tampoco al definirse su situación jurídica; y que, en ese sentido, al referirse a la misma, tras el cierre del debate probatorio en la instrucción, se impidió desplegar actividad defensiva respecto de la misma, avocando a un juicio en situación de desigualdad.

Aduciendo que no existe un remedio diferente al de la nulidad.

1.3. SOLICITUDES PROBATORIAS.

1.3.1. Testimonio del señor AJGH y Otros.

Solicitó se escuche en declaración juramentada a los señores AJGH, GLMP, JAD y LFVG, quienes se presentan como desmovilizados de las AUC – Bloque Libertadores del Sur.

La conducencia, la justificó mencionando que el testimonio es un medio probatorio permitido por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada y de la responsabilidad penal; sobre la pertinencia, dijo que se trata de personas que se han erigido como testigos

de cargo en contra del procesado, sindicándolo de manera directa de haberse concertado presuntamente con la organización ilegal a la que dicen haber pertenecido, y que será, a partir de las preguntas que se formularán por la defensa, que faltan a la verdad y que estaban motivados para ello en obtener indebidos beneficios de diferente índole; también expuso, que se trata de un medio racional, por cuanto su práctica es viable dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización; y que su utilidad, se deriva del aporte que será decisivo para demostrar la ausencia de responsabilidad del procesado, demostrando que los mismos han faltado a la verdad en perjuicio de SA.

1.3.2. Testimonio del señor ANB.

La conducencia, la justificó mencionando que la prueba testimonial es uno de los medios permitidos por la ley; sobre la pertinencia, dijo que se trata de un testigo de cargo, a quien señala de tener vínculos directos con su padre fallecido, JN, de quien informa pertenecía al brazo político de las AUC y asevera contar con información sobre las razones por las cuales se vinculó a la administración municipal como secretario de gobierno y frente a la existencia de una supuesta letra de cambio suscrita en supuesta garantía del cumplimiento de acuerdos celebrados entre ellos, y que con las preguntas que formularán, se demostrará que falta a la verdad y que estaban motivados en resentimientos y enemistad del hecho de aquél haber sido removido de su trabajo y que posteriormente fuera asesinado; también expuso, que se trata de un medio racional, por las circunstancias materiales que demanda su realización;

y que su utilidad, se deriva del aporte que será decisivo para demostrar la ausencia de responsabilidad del procesado.

1.3.3. Testimonio de la señora Teresa Ortiz Burbano y Otros.

Requirió el testimonio de la señora Teresa Ortiz Burbano, Michel Benavides, Marco Alirio Castaño, Jhon Sánchez y Gustavo Rojas, quienes laboraron en diferentes cargos en la administración municipal del señor SA.

La conducencia, la justificó de manera idéntica a las anteriores solicitudes; sobre la pertinencia, dijo que resulta apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite, pues se trata de personas que conocieron directamente como se desempeñaba el burgomaestre SA y las situaciones de amenazas y atentados que sufrió durante su cargo, así mismo para la ilustrar sobre la relación del procesado con el señor JN, también darán cuenta de todo lo que les conste sobre la supuesta financiación del procesado a favor de las AUC; argumentó, que se trata de medios racionales, por las circunstancias materiales de su realización; y que su utilidad, se deriva del aporte para demostrar la ausencia de responsabilidad del procesado.

1.3.4. Testimonio del señor JBC.

La conducencia, la justificó de identifica forma que en las peticiones anteriores; sobre la pertinencia, dijo que ésta persona alias “dj” era el comandante general de los paramilitares urbanos en Nariño, jefe o línea directa con el

comandante urbano del municipio de Leiva alias “el capi”, quien en su condición podría manifestar que el procesado no se reunió, no le solicitaron ni ofreció ninguna dativa a favor de los grupos paramilitares.

1.3.5. Testimonio del señor ARM.

La conducencia, la justificó en los términos ya expuestos; sobre la pertinencia, dijo que dicha persona es el ex alcalde de Leiva en el año 2003, quien para dicha época fue un rival político del procesado, quien fuera derrotado, y quien además depondrá que perdió las elecciones en franca lid.

1.3.6. Solicitudes probatorias documentales.

1.3.6.1. Pidió que se requiera al Ejército Nacional que expida certificación sobre la presencia del denominado Bloque Libertadores del Sur en el municipio de Leiva para los años 2003 – 2005 e información sobre la estructura y organización.

1.3.6.2. Pidió que se requiera a la Registraduría Nacional del Estado Civil información sobre reporte de incidentes o alteraciones de orden público en las elecciones para la alcaldía de Leiva de 2004, así como de la votación obtenida y de los escrutinios por el alcalde electo HSA.

La conducencia de estas pruebas, la justificó aduciendo que la prueba documental es un medio permitido por la ley para demostrar la materialidad de la conducta investigada y la

responsabilidad penal; sobre la pertinencia, dijo que ayudará a establecer si los testigos de cargo pertenecían o no a las AUC y si son veraces en sus dichos, particularmente sobre la supuesta injerencia en las elecciones de 2004 y su presunta interacción con la comunidad el día de las elecciones de Leiva, en esas mismas fechas, portando camisetas alusivas a un candidato, situación que de ser cierta, adujo, debió ser reportada a la Registraduría; sobre la racionalidad de las pruebas, mencionó que su práctica es viable; y que la utilidad, se ve enfocada en el aporte que se será decisivo para demostrar la ausencia de responsabilidad del procesado.

En dichos términos se pronunció la defensa técnica frente al traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

2. DECISIÓN IMPUGNADA

La *A Quo* analizó las solicitudes formuladas por la Defensa, en el mismo orden en que fueron planteadas.

2.1. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

La prescripción deprecada por la Defensa, fue despacha de manera negativa por el Juzgado de instancia.

Para ello dijo que, si se tiene en cuenta como la última fecha de comisión del reato, el 25 de julio de 2005, en la cual se desmovilizaron las AUC, en vista de que el máximo de la pena del delito es de 12 años y el incremento de cuatro años por su condición de servidor público, precisó que esta hubiese

tenido lugar el 25 de julio de 2021. Ello incluso sin tener en cuenta el agravante adicional por el cual se acusó al procesado al calificar el mérito del sumario del inciso tercero del artículo 340 del C.P. modificado por la Ley 733 de 2002, según el cual la pena se aumentará en la mitad *“para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”*.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad bajo el cual se pretende que la pena a avocar al acusado es la prevista en el tipo penal, con la modificación traída por el Art. 19 de la Ley 1121 de 2006 que eliminó el agravante enrostrado al procesado de *“organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”*, cuya pena máxima es más benigna, al establecerla en 6 años de prisión.

Dijo el Juzgado que dicho pedimento no era de recibo por cuanto, la eliminación de dicha redacción correspondió a la consagración a partir de la Ley 1121 de 2006 del reato de financiamiento al terrorismo, además, expresó que dicha Ley buscó precisamente incrementar las penas para estas conductas y que de ningún modo hubo un desinterés por parte del legislador para omitir considerar este agravante. Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, providencia de 29 de agosto de 2018, Radicado 49.351 de 2018, M.P. Luís Antonio Hernández Barbosa, refiriéndose a la variación de la Ley 1121 de 2006 del reato de Concierto Para Delinquir.

Concluyendo que es improcedente acceder a la favorabilidad incoada, pues no existió una eliminación del agravante, en cambio, se dio un incremento punitivo y que, de contera, la prescripción alegada, se despacha negativamente.

2.2. SOBRE LA SOLICITUD DE NULIDAD.

La solicitud de nulidad deprecada por la Defensa, fue despacha de manera negativa por el Juzgado de instancia.

Así, para referirse a la adición de la calificación jurídica realizada por el ente acusador con la Resolución de acusación, trajo a colación la sentencia C-025 de 2010.

Enseguida precisó que la calificación jurídica que se dio antes, es provisional, pero igualmente, aun refiriéndose a lo factual, dijo que lo determinante en caso de haber variado la resolución de acusación, es verificar que medie la oportunidad de contradecir los hechos nuevos, respecto de lo cual dijo que en este caso se garantizará con la etapa de juicio, en la cual puede realizarse solicitudes probatorias como efectivamente pasó en el término del traslado del artículo 400 de la Ley 600 del 2000.

Con todo, recalcó que en la indagatoria se cumplió con las formalidades que contiene el artículo 338 *ejusdem* y que, dentro de la actuación penal, existen otras etapas, como la presente, donde se puede hacer ejercicio del derecho de contradicción, procediendo en consecuencia a negar la solicitud de nulidad deprecada.

2.3. SOBRE EL DECRETO PROBATORIO.

2.3.1. Pruebas testimoniales.

La Judicatura de instancia accedió a los testimonios de los señores AJGH, GLMP, LFVG, ANB, JBC, ARM, al encontrarlos conducentes, pertinentes y útiles, pues si bien de esos, a excepción del último obran sus declaraciones, lo cierto es que en pro del derecho de contradicción que plenamente no pudo ejercerse por la defensa y en garantía del principio de investigación integral, son procedentes.

Por otro lado, respecto al testimonio de JAD, alias “pedro palanca”, mencionado por los postulados que ataron a la investigación al acusado, encontró que en el informe presentado por el investigador Iván Pérez Portilla, obrante a folio 53 del CO1, se da cuenta de la entrevista realizada a AJGH, que informó que JA y JN fallecieron; que no obra ninguna declaración que se haya obtenido de aquel, y que a su vez, las indagaciones sobre su posible paradero fueron infructuosas, por lo que fue despachada de manera desfavorable.

En cuanto a los testimonios de quienes laboraron durante la administración municipal del señor SA, únicamente decretó los de Jhon Sánchez y Gustavo Rojas.

Sobre los señores Michael Benavides, Marco Alirio Castaño y Teresa Ortiz Burbano, dijo que los mismos fueron despachados en la etapa de instrucción a petición precisamente de la defensa, que remitió los cuestionarios, en

los cuales se plasmó la información que ahora se dice pretender recopilar, que, por ende, no se ha sustentado y no encuentra el Despacho la razón para volver con dichos testigos, razón por la cual los consideró como superfluos y así los rechazó.

2.3.2. Pruebas documentales.

La Judicatura de instancia, accedió a solicitar al Ejército Nacional, certificación sobre la presencia del denominado Bloque Libertadores del Sur en el municipio de Leiva - Nariño para los años 2003 a 2005 e información que repose en sus archivos sobre su estructura y organización.

Respecto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, únicamente accedió a solicitar información acerca de incidentes o alteraciones al orden público en las elecciones para la Alcaldía de Leiva - Nariño de 2004. Omitiendo solicitar información sobre la votación en dichos escrutinios al no ser útil y porque además es parte del acervo probatorio recopilado a folios 135 y siguientes, 204 y 210 del CO1.

2.3.3. Pruebas de oficio.

Como tales, decretó solicitar a la presidencia de la República, lo siguiente:

-La Resolución No. 091 de 15 de junio de 2004, por medio de la cual se declara abierto el proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC de que trata el Art. 3 de la Ley 782 de 2002.

-La Resolución No. 124 de 8 de junio de 2005 y la 171 de 8 de julio de 2005, por medio de las cuales se reconoció el carácter de miembro representante de las AUC, a los señores CARLOS MARIO JIMÉNEZ NARANJO y RODRIGO PÉREZ ALZATE, respectivamente. Asimismo, que se remita la totalidad de la “lista de desmovilizados” que los últimos presentaron del Bloque Libertadores del Sur de las Autodefensas Unidas de Colombia- AUC.

Y que se consulte las bases de datos públicas para determinar el registro de antecedentes penales, donde de existir, se allegue copia de las sentencias correspondientes.

3. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado, ante la negativa de la *A Quo* a decretar las solicitudes antes indicadas, interpuso la alzada bajo los siguientes argumentos:

3.1. Inconformidad frente a la decisión de negar la solicitud de prescripción¹

Luego de realizar un recuento de la decisión de instancia frente a este tópico, indicó que la misma debe ser revocada, toda vez que, constituye una confirmación donde el agravante no se configura, para lo cual, a contrario sensu, argumentó que debe partir de una realidad normativa que concierna al asunto, y que, en esa medida, la realidad normativa para la fecha de los hechos configuraba un agravante independiente.

¹ Récord 00:52:00.

Aseveró que para la data de los hechos no existía ese tipo penal como autónomo e independiente, como de manera errada lo expuso la Judicatura de primer grado, pues ello fue constituido de manera posterior con la Ley 1121 de 2006, lo que confirmaría la tesis de que, si no se cuenta con el término de ese agravante, la conducta penal en este caso concreto estaría prescrita, lo que revive los fundamentos de la defensa para solicitar la prescripción, añadiendo que ni en la indagatoria, ni en la instrucción, la conducta de Financiación del Terrorismo o Promoción de Grupos al Margen de la Ley, fue imputada, ni fáctica ni jurídicamente, pues en el caso, de lo que se ha venido hablando es de Concierto Para Delinquir, y que por ende, dicha conducta no puede ser complementada con el agravante de la Ley 1121 de 2006, porque la misma fue suprimida.

Recalcó que, no se puede salvar la prescripción a partir de un tipo penal que no fue imputado en su momento.

Por lo expuesto, requirió que se declare la prescripción de la acción penal.

3.2. Inconformidad frente a la decisión de negar la solicitud de nulidad.²

Expresó que existe una falla estructural del proceso sobre la exposición de la situación fáctica, el tipo penal autónomo de Financiación del Terrorismo, y que el mismo se dio a conocer

² Récord 00:59:10.

apenas en la acusación en lo fáctico y jurídicamente en la fase preparatoria.

Que, en esa medida, la progresividad de las normas procesales no puede alterar el principio de congruencia, ni alterar las reglas del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Para soportar su dicho dijo que, en el caso de marras, la imputación por el cargo de Financiación del Terrorismo o Financiación de Grupos Armados Organizados viene a parecer en la fase de acusación.

Reiteró que, a su cliente, le cambió su situación, fácticamente, desde la indagatoria hasta la acusación, así como también le cambió la tipología penal inicial que pasó de ser un Agravante del Concierto Para Delinquir al de Financiación de Terrorismo o Grupos Organizados.

Señaló que la Fiscalía no comprobó el fáctico que cataloga el agravante de financiador u organizador y lo que quiso fue construir una conducta típica diferente, de modo que se afectó su debido proceso y derecho de defensa de manera trascendental, pues de ninguna manera se podía hablar de un líder o financiador del terrorismo, por lo que era necesario que la Fiscalía explicara cómo se concretó dicho agravante.

Por lo anterior, solicitó se revoque la decisión de instancia, y en su lugar, se decrete la nulidad de la actuación para que se retrotraiga hasta la fase de instrucción, donde se ponga de

presente el agravante o tipo penal independiente y además la base fáctica que lo soporte.

3.3. Inconformidad frente a las solicitudes probatorias negadas.³

3.3.1. Inconformidad frente a los testimonios no decretados.

Se refirió sobre los señores JAD y JN, respecto de quienes la Judicatura de primer nivel informó que habían fallecido, razón por la cual, dijo el apelante que, de ser así no apelaría la negativa de dicha prueba testimonial.

Frente a la negativa de la prueba testimonial de quienes laboraron en la administración municipal de Leiva durante el mandato del procesado, expuso su inconformidad a fin de que los diferentes perfiles expongan si existió o no alguna colaboración u orientación para con las AUC. Por ello consideró que, reducir el número de testigos, en ese aspecto, no le permite realizar una debida controversia en juicio.

Precisó finalmente, que la apelación está dirigida frente a los testigos que no fueron aceptados o admitidos, quienes, por demás, también conocían de amenazas o atentados de los que fue objeto el procesado, lo que, a juicio de la defensa, demostraría a contrario sensu que fue una víctima de las AUC.

³ Récord 01:12:30.

En igual sentido, frente a los demás testigos de quienes el Juzgado dijo se encuentran repetidos, haciendo referencia a los señores AJG, GLP, JD y LFVG, quienes se presentaron como desmovilizados y rindieron versiones en fase de instrucción, razón por la cual, para la defensa, resulta de relevancia tener la oportunidad de poder contradecir sus versiones en la fase de juicio.

Por lo tanto, solicitó que se revoque la decisión en cuanto no se admitieron estos testigos, y en su lugar, sean llamados los testigos para contradicción.

3.3.2. Frente a las pruebas documentales decretadas.

Sobre la materia, no mencionó inconformidad alguna.

4. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

4.1. La Fiscalía.⁴

Expuso que el defensor, en su intervención, no realizó una debida sustentación del recurso de apelación frente a la decisión adoptada.

Amplió su argumento haciendo alusión a que cuando se formula el recurso de apelación, se debe dejar en evidencia los hierros en los que se pudo haber incurrido al momento de adoptar la decisión, que por el contrario se limitó a realizar exposiciones extensas respecto de situaciones que a su criterio

⁴ Récord 01:22:10.

debieron favorecer a su prohijado y que de alguna manera la Fiscalía no las pudo haber tenido en cuenta.

Por lo anterior, concluyó que la providencia de instancia se debe confirmar.

4.2. Ministerio Público.⁵

4.2.1. Sobre la prescripción.

Expuso que, si bien la Ley 1121 de 2006 creó como delito autónomo el Financiamiento del Concierto Para Delinquir, en el contexto que se argumentó en la decisión de primer nivel, es un delito permanente y que por ende no se aplica el principio de favorabilidad, razón por la cual el agravante no se podía eliminar y que por ende la prescripción referenciada no se presenta en el caso de marras.

Por lo expuesto, solicitó se confirme la decisión de instancia.

4.2.2. Sobre la solicitud de nulidad.⁶

Dijo que el artículo 398 de la Ley 600 de 2000, en lo atinente a la resolución de acusación, en el numeral 3, establece que la misma tiene un carácter de provisional a diferencia de la Ley 906 de 2004 donde se liga la actuación a la formulación de imputación, el escrito de acusación y el juicio,

⁵ Récord 01:28:30.

⁶ Récord 01:31:00.

lo que a contrario sensu en Ley 600 de 2000 es más asequible la modificación a la calificación jurídica.

Que, en ese orden, en la acusación se encuentra la calificación jurídica donde se encuentra el agravante dentro del contexto probatorio.

Añadió que, incluso, en virtud del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, en la etapa de juzgamiento y evacuadas las pruebas, se puede modificar la calificación jurídica de manera más gravosa. Para soportar su dicho, trajo a colación el auto 34282 de 2013 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Con todo, consideró que no existe una causal de nulidad y que en ese sentido se debe confirmar la decisión de primer nivel.

4.2.3. Sobre las solicitudes probatorias.⁷

Sobre el número de testigos, argumentó que tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004, la petición probatoria se debe realizar de manera individual, testigo por testigo, donde se explique la pertinencia, admisibilidad y todo lo atinente a probar, y que por esa razón no sería viable la inconformidad vertida por el recurrente, pues tiene que explicar de manera clara, cuáles son los motivos en cada caso en particular para solicitar el decreto, por lo que requirió se confirme la decisión adoptada por la Jueza de primer nivel.

⁷ Récord 01:37:00.

De otra parte, en cuanto a la petición de la defensa de que testigos vuelvan al juicio para tomar su declaración, dijo que con base en el principio de permanencia de la prueba imperante en Ley 600 de 2000, las mismas ya no pueden volverse a tomar en el juicio. Y que si el señor defensor, pretende controvertir a los declarantes, advirtió que, en la dinámica de permanencia de la prueba, cuando ésta es recibida se tiene en cuenta dicho aspecto, así como también el nerviosismo, dudas y demás que pudiera llegar a presentar el declarante. Esto con el fin de dar agilidad al juicio.

De lo indicado, pidió se confirme la decisión de instancia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 COMPETENCIA.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 numeral de la Ley 600 de 2000, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión emitida el 27 de julio de 2021 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Especializado de Pasto.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se ocupará de establecer los siguientes problemas jurídicos:

1. Analizar si la decisión del Juzgado de instancia en cuanto a negar la solicitud de prescripción del delito de Concierto Para Delinquir Agravado, se encuentra ajustada a derecho,

o si, por el contrario, existe mérito para su revocatoria, y en su lugar declarar la prescripción deprecada.

2. Determinar si la solicitud de nulidad formulada por la defensa del procesado y negada por el Juzgado de instancia, tiene o no vocación de prosperidad.
3. En relación a la negativa de las pruebas testimoniales de Michael Benavides, Marco Alirio Castaño y Teresa Ortiz Burbano, se revisará si sobre los mismos se adujo una pertinencia adicional por parte de la defensa que amerite un segundo llamamiento a declarar en la audiencia pública de juzgamiento.

5.3 FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

5.3.1 Las modificaciones al artículo 340 del código penal.

El delito de concierto para delinquir es uno de los injustos que atentan contra la seguridad pública, originalmente tipificado en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 así:

“Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen,

constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.”

Posteriormente, se expidió la Ley 733 de 2002 “*para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo*” que introdujo modificaciones a varios artículos del código penal, entre los cuales aparece:

“ARTÍCULO 8°.El artículo 340 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

Como se observa la variación consistió en adicionar al segundo párrafo del artículo 340 del código penal como circunstancias de agravación punitiva, los injustos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos.

Después, y con el propósito de continuar fortaleciendo la lucha contra el terrorismo, el 29 de diciembre de 2006 se

expidió la Ley 1121, la que, entre otros artículos del código penal, modificó el artículo 340 así:

“ARTÍCULO 19. Modifícase el inciso 2o del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, el cual quedará así:

Artículo 340. Concierto para delinquir (...)

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Además de haber aumentado la punibilidad para las circunstancias de agravación consideradas en el segundo párrafo del artículo 340 *ibidem*, se insertó la frase “o *financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados, con actividades terroristas*” y, simultáneamente, se excluyó la frase “o *para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley*”.

Ante esta modificación, algún sector entendió que la supresión de la frase “o *para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley*”, equivaldría a despenalizar las mencionadas conductas en el contexto del artículo 340 del Código Penal. Sin embargo, la Corte rápidamente clarificó que esto no había ocurrido y señaló que, por técnica legislativa, y para fortalecer aún más la lucha contra la financiación del terrorismo y los grupos de

delincuencia organizada, la Ley 1121 también modificó el artículo 345 del código penal, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 16. Modifícase el artículo 345 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 345. Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Concluyó la Corte que el concierto para organizar, promover o financiar grupos armados al margen de la ley no fue suprimido, sino que, por el contrario, fue readecuado como “*tipo especial y simple*” en el artículo 345, estableciéndose para el mismo una pena mayor a la que antes tenía prevista el artículo 340.2 de la Ley 599 del 2000, modificado por la Ley 733 de 2002. Así quedó consignado:

“La ley 1121 de 2006, expedida para detectar, investigar y sancionar la financiación de actividades de terrorismo y justicia privada, entre otros objetivos, introdujo una modificación de sistemática legislativa y de aumento de penas al inciso 2º del artículo 340 del Código Penal. Pero también volvió a retomar, como tipo especial y simple, a través del artículo 345, el comportamiento consistente en promocionar y financiar grupos armados al margen de la ley, esta vez con una descripción normativa de más amplio espectro y con una mayor severidad punitiva.”⁸

5.3.2 La conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas.

⁸ CSJ. Sentencia del 26 de marzo de 2007, radicado 25629, folio 42.

El debate probatorio en la audiencia preparatoria gira en torno a la carga argumentativa que le corresponde a las partes para explicar la conducencia, pertinencia y utilidad de sus solicitudes tendientes al decreto de determinada prueba, sobre lo cual la CSJ de manera muy concreta en auto AP2399-2017 de 18 de abril de 2017, radicado 48965 explica lo siguiente:

“(v) Exigencias de conducencia, pertinencia, utilidad y racionalidad de la prueba, como presupuestos para la ordenación de su práctica

Esta Sala ha sostenido pacíficamente que la conducencia presupone que la prueba solicitada debe estar legalmente permitida como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta objeto de investigación o de la responsabilidad del procesado.

La pertinencia, que guarde relación con los hechos objeto del debate, y que tenga, por tanto, aptitud suficiente para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible investigada y sus consecuencias, así como sus posibles autores.

La racionalidad, que materialmente sea posible su práctica, dentro de las circunstancias específicas que demanda su realización. Y la utilidad, que tenga capacidad para demostrar o refutar la hipótesis fáctica planteada.”⁹.

6. ESTUDIO DEL CASO

En vista de que el recurso de apelación formulado por la defensa del procesado, versa sobre tres temáticas principales, se procederá a abordar cada una de ellas en el mismo orden en que se han venido presentando, a saber:

6.1. prescripción.

⁹ CSJ SP, 3 de septiembre de 2014, radicado 43254.

La tesis de la defensa es que la Judicatura de primer nivel omitió considerar el tránsito legislativo frente al delito de Concierto Para Delinquir Agravado, tipificado en el artículo 340 inciso 2 del C.P., pues a juicio del recurrente, se debe dar aplicación al principio de favorabilidad y de contera la prescripción reclamada al tenor del artículo 29 Superior.

Para sustentar su dicho, puso en contraste la redacción inicial del inciso 2 del artículo 340 del C.P., resaltando las modalidades de la conducta “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”, la pena de prisión que en su momento se preveía de 06 a 12 años, que incrementada en una tercera parte por la condición de servidor público, esto es 04 años, ascendía para ese entonces a 16 años, realizando así el cálculo desde el 25 de julio de 2005 (desmovilización de la AUC) hasta la data en que adquirió firmeza la resolución de acusación (05 de diciembre de 2019), y de esa manera determinar el término de prescripción.

Empero, aseveró que para la data de los hechos no existía ese tipo penal como autónomo e independiente, como de manera errada lo expuso la Judicatura de primer grado, pues ello fue constituido de manera posterior con la Ley 1121 de 2006, lo que a juicio del recurrente confirmaría la tesis de que, si no se cuenta con el término de ese agravante, la conducta penal en este caso concreto estaría prescrita, añadiendo que ni en la indagatoria, ni en la instrucción, la conducta de Financiación del Terrorismo o Promoción de Grupos al Margen de la Ley, fue imputada, ni fáctica ni jurídicamente, pues en el

caso, de lo que se ha venido hablando es de Concierto Para Delinquir.

Así, para dilucidar el enigma planteado frente a si se debe o no acceder a la prescripción deprecada, resulta menester traer a colación el texto anterior del artículo 340 C.P.:

“Texto modificado por la Ley 733 de 2002:

ARTÍCULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

*Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para **organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años** y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.” Subrayado y negrilla de la Sala.

Así como también, el texto normativo del artículo 340 C.P., pero con la modificación de la Ley 1121 de 2006:

“Texto modificado por la Ley 733 de 2002, parcialmente modificada por la Ley 1121 de 2006, y adicionado por la Ley 1762 de 2015:

ARTÍCULO 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

*<Inciso modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o **Financiamiento del Terrorismo** y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

<Inciso adicionado por el artículo 12 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” Subrayado y negrilla de la Sala.

Y a fin de tener una claridad normativa, se trae a colación también la literalidad del texto normativo del artículo 340 C.P., vigente en la actualidad.

“ARTÍCULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por

esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Esto, para explicar que, en momento alguno el legislador con la expedición de la Ley 1121 de 2006 quiso despenalizar la frase “o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” en el contexto del artículo 340 del Código Penal; todo lo contrario, ello tuvo ocurrencia para

fortalecer aún más la lucha contra la financiación del terrorismo y los grupos de delincuencia organizada, de modo que, la mentada Ley, también modificó el artículo 345 del código penal, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 16. Modifícase el artículo 345 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 345. Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

De este modo, el concierto para organizar, promover o financiar grupos armados al margen de la ley no fue suprimido, sino que, por el contrario, fue readecuado como *“tipo especial y simple”* en el artículo 345, estableciéndose para el mismo una pena mayor a la que antes tenía prevista el artículo 340.2 de la Ley 599 del 2000, modificado por la Ley 733 de 2002, situación que, en efecto, impediría aplicar el principio de favorabilidad deprecado por la defensa.

Por lo expuesto, al realizar el cálculo punitivo de acuerdo al inciso 2 del artículo 340, más el incremento punitivo de 04 años por su condición de servidor público, para la data en que adquirió firmeza la resolución de acusación – 05 de diciembre de 2019 – la acción penal, en efecto, no se encuentra prescrita, todo lo cual da lugar a confirmar la decisión de instancia en cuanto a negar la solicitud de prescripción, ello incluso sin

tener en cuenta el agravante adicional por el cual se acusó al procesado al calificar el mérito del sumario del inciso tercero del artículo 340 del C.P. modificado por la Ley 733 de 2002, según el cual la pena se aumentará en la mitad “para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

6.2. La solicitud de nulidad.

Se encuentra que la deprecación de nulidad formulada por parte de la defensa del procesado, versa básicamente porque la Fiscalía Octava destacada para asuntos de Ley 600 de 2000 de Pasto, al calificar el mérito probatorio del sumario en el acápite X, introdujo la modificación a la imputación en el sentido de que también debía aplicarse el agravante del tercer inciso de la norma en cita, que aumenta la pena “(...) en la mitad, para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

Y pese a que dicho pedimento fue descartado por el Juzgado de instancia, aduciendo que para rebatir ello se pueden hacer solicitudes probatorias y la afrenta del desarrollo de juicio como tal, no obstante, ello, la defensa interpeló la decisión básicamente bajo el mismo tamiz planteado.

Al respecto, resulta menester indicar que, no cabe duda que, la calificación jurídica que se realiza por el ente persecutor en el escenario de Ley 600 de 2000, es mucho más laxo al que contempla el vigente Sistema Penal Acusatorio amén de la Ley 906 de 2004.

Y ello es así, porque ha sido el mismo artículo 404 de aquel sistema escritural, el que contempló que:

“ARTICULO 404. VARIACION DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DE LA CONDUCTA PUNIBLE. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528. Lo anterior, salvo los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política los cuales continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000> Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así:

1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Si el fiscal admite variar la calificación jurídica, se dará aplicación al numeral primero de este artículo. ~~Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación.~~

Cuando el proceso sea de competencia del Fiscal General de la Nación, podrá introducir la modificación por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando el proceso sea de aquellos que conoce en su integridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se introducirá la modificación por decisión notificable en estrados.

ARTICULO 405. PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA. *<Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Si como consecuencia de la modificación de la adecuación típica de la conducta, el conocimiento del juzgamiento correspondiere a un juez de menor jerarquía, se considerará prorrogada la competencia para los funcionarios judiciales intervinientes.*

Si por prueba sobreviviente variare la competencia de un juez de menor a mayor jerarquía se suspenderá la diligencia y se procederá de conformidad con lo establecido para la declaración de incompetencia.”

De modo que, en efecto, existen otras herramientas al interior del proceso penal, que impiden en este caso decretar la nulidad y que por el contrario permiten continuar ejerciendo el derecho de defensa al interior del proceso penal.

Nótese como el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, contempla de manera taxativa las causales de nulidad:

“ARTICULO 306. CAUSALES DE NULIDAD. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Son causales de nulidad:

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

3. La violación del derecho a la defensa.”

De las cuales, el recurrente, acudió a la 1 y 2, no obstante, ello, esta Corporación no encuentra mérito para su aplicación, máxime cuando el trámite ordinario aún se encuentra en curso y al pendiente de la práctica probatoria y desarrollo de juicio, donde se puede exponer los argumentos y pruebas de la defensa para soportar su dicho.

Con todo, esta Corporación Tribunalicia pasará a confirmar la decisión de instancia en cuanto a negar la solicitud de nulidad requerida por la defensa del procesado al no encontrar mérito suficiente para invalidar la actuación surtida hasta el momento.

6.3. Las solicitudes probatorias.

Del recurso de alzada se extrae, que la inconformidad versa, principalmente, frente a la negativa del Juzgado de instancia de decretar los testimonios de Teresa Ortiz Burbano, Michel Benavides, Marco Alirio Castaño.

Para dicha negativa, el Juzgado dijo que los mismos fueron despachados en la etapa de instrucción a petición precisamente de la defensa, que remitió los cuestionarios, en los cuales se plasmó la información que ahora se dice pretender

recopilar, y por ende, no encontró el Despacho la razón para volver con dichos testigos.

Al respecto, se tiene que, en efecto, de la revisión del legajó, se encontró que los antes referenciados ya realizaron su intervención en la actuación penal, donde por demás, militan las extensas declaraciones que en otrora efectuaron.

De modo que, recontando el principio de permanencia de la prueba imperante en Ley 600 de 2000, resultaría innecesario que los mentados testigos vuelvan a reiterar su dicho en el juicio, pues toda prueba allegada o practicada en etapas preliminares de indagación o investigación perdura, permanece o continúa y debe ser valorada durante la fase de juzgamiento y desde luego también en la sentencia, máxime si en cuenta se tiene que «el medio de prueba y la prueba misma», que ingresa a la actuación penal queda a disposición de las partes y sujetos procesales desde entonces para su controversia (Cfr. SP4281-2020, rad. 55649 y AP2175-2021, rad. 58528).

De otra parte, tampoco se adujo una pertinencia adicional o cualquier aspecto que fuese explicado por la defensa, que justifique un nuevo llamamiento a rendir declaración a los precitados.

Razón por la cual, estima esta Colegiatura acertada la decisión de instancia en cuanto a negar la deprecación de los testimonios referidos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de 27 de julio de 2021 proferida en audiencia preparatoria por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, por las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Despacho de origen para que se continúe con el trámite legal correspondiente.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

4440

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA¹⁰

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

¹⁰ Con Auto de 21 de junio de 2022, se aceptó la declaración de impedimento formulada por el Honorable Magistrado Dr. FRANCO SOLARTE PORTILLA, para conocer del proceso en referencia.