

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
DESPACHO NO. 003

M.P. JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, noviembre diez (10) de dos mil veintitrés (2023)
Proyecto aprobado por Acta No. 1259
Hora: 9:20 AM

Radicación	66001 60 00000 2017 00166 01
Procesados	Luis Mauricio Pérez Castañeda y otros
Delito	Concierto para Delinquir agravado en concurso con favorecimiento y Facilitación del Contrabando (Art. 31, 340 Inciso 4° y 320 Inciso 1° del C.P.)
Juzgado de conocimiento	Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira.
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra la Sentencia N° 044 del 26 de octubre de 2023.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por los Dr. Juan Felipe Palacios Villegas y Wilson Alberto Bolívar Vargas, defensores de los procesados OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA y LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA, respectivamente, en contra de la sentencia N° 044 proferida el veintiséis (26) de Octubre de dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, dentro de proceso adelantado en contra de los mencionados y los señores Mauricio Alberto Díaz Serna, José Antonio Tabares Giraldo, José Llilen Montoya Alzate, Carlos Enrique Vargas Herrera y Juan Pablo Gallo Rojas, por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE COTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO.

II. IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS

LUIS MAURICIO PÉREZ CASTAÑEDA, identificado con cédula de ciudadanía N°. 3.593.248 de Santa Bárbara, Antioquia, nacido en el mismo municipio el 13 de agosto de 1984, hijo de Fabio y Candelaria.

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021 por la H. Corte Suprema de Justicia, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.709.288 de Medellín, Antioquia, nacido en Barbosa, Antioquia el 16 de junio de 1969, hijo de Bernardo y Devora.

Mauricio Alberto Díaz Serna, identificado con cédula de ciudadanía No. 75.102.696 de Medellín, Antioquia, nacido en Concordia, Antioquia el 26 de septiembre de 1984, hijo de Mario de Jesús y María Aracelly.

José Antonio Tabares Giraldo, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.269.175 de Manizales, Caldas, nacido en la misma ciudad el 22 de mayo de 1965, hijo de Carlos Enrique y Luz Elvira.

José Llilen Montoya Álzate, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.061.108 de Pereira, Risaralda, nacido en Neira, Caldas el 11 de marzo de 1947, hijo de Ricardo y Mariela.

Carlos Enrique Vargas Herrera, identificado con la cedula de ciudadanía No. 9.991.326, expedida en Viterbo, Caldas, nacido en el mismo municipio el 21 de diciembre de 1962, hijo de Jorge Aurelio y María Luzmila.

Juan Pablo Gallo Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No. 94.275.900 de la Unión, Valle, nacido en Santa Marta, Magdalena, el 7 de febrero de 1981, hijo de Rogelio y Mariela.

III. ANTECEDENTES

A) Fundamentos fácticos

Como quiera que el presente asunto término en virtud de allanamiento a cargos, nos permitimos transcribir los hechos descritos en la sentencia de primera instancia:

“A partir del 5 de agosto de 2016 la Fiscalía General de la Nación desarrolló actividades investigativas frente a una estructura delincuenciaal dedicada a distribuir y comercializar cigarrillos de contrabando en diferentes presentaciones, de marcas Win, Gold Sedal, Marshall, Gold City, Moder, Moroco, Jet, Brass, entre otras, en los departamentos de Antioquia, Caldas, Risaralda y Valle del Cauca. Se pudo establecer que de las ciudades de Medellín e Itagüí, las pacas de cigarrillos eran enviadas a Manizales y Arauca (Caldas), Pereira, Dosquebradas, Roldanillo y La Unión (Valle), y una vez llegaban a esos lugares, las ubicaban en bodegas o viviendas para su posterior distribución y comercialización.

Se identificaron las personas que tenían participación en el transporte, distribución, almacenaje y comercialización de la mercancía en grandes y pequeñas cantidades, cada una con un rol específico dentro de la organización.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

Ómar Alberto Osorio Mejía, ubicado en Medellín, era el encargado de recibir en grandes cantidades cigarrillos de contrabando procedentes de Turbo Antioquia, y Maicao, Guajira. Este daba órdenes a Luis Mauricio Pérez Castañeda, para que se encargara de almacenar las pacas de cigarrillos de contrabando en diferentes puntos de Itagüí y Medellín, así como de realizar contactos con los compradores en el eje cafetero y con los transportadores.

José Antonio Tabares Giraldo, ubicado en Manizales, se encargaba de recibir la mercancía procedente de Medellín e Itagüí, la cual enviaba a Luis Mauricio Pérez Castañeda. Una vez recibida, José Antonio Tabares Giraldo alias "Toño", acataba las órdenes de su jefe conocido como RUBÉN, quien le impartía instrucciones para distribuir en toda la ciudad.

Mauricio Alberto Díaz Serna alias "Obleas", era el encargado de recibir, tanto en Arauca, Caldas, como en una bodega ubicada sobre la vía entre Santa Rosa de Cabal y La Romelia Dosquebradas, vereda el Paraíso, mercancía ilegal procedente de Medellín e Itagüí, almacenarla y posteriormente distribuirla a pequeños vendedores y personas de confianza en el centro de Pereira y Dosquebradas, entre ellas, JAIME BARRAGÁN

JAIME BARRAGÁN, alias "El Viejo", ubicado en Pereira, se ocupaba de recibir mercancía que en grandes cantidades le entregaba Mauricio Alberto Díaz Serna, la cual almacenaba en un sitio ubicado cerca al parque La Libertad, que denominaban "La Pieza". JAIME también se encargaba de distribuir la mercancía a pequeños comerciantes y chazas ubicadas en los parques La Libertad, Simón Bolívar y El Lago, así como en el barrio Cuba y en el municipio de Dosquebradas.

José Llilen Montoya Alzate, era el encargado de recibir mercancía en grandes cantidades de una persona de Bogotá identificada como "CARLOS", se ubicaba en el barrio Cuba y distribuía en el sector del centro de Pereira, y también proveía de mercancía a JAIME BARRAGÁN.

Carlos Enrique Vargas Herrera, transportador, se encargaba de conducir el vehículo turbo de placas STQ-893, en el cual desde Itagüí y Medellín cargaba pacas de cigarrillos de contrabando, las cuales trasladaba a las ciudades de Manizales y Villa María, Caldas, las cuales entregaba a José Antonio Tabares Giraldo.

Juan Pablo Gallo Rojas, transportador, conducía el vehículo Turbo de placas TXA298, en el cual desde Itagüí y Medellín cargaba pacas de cigarrillos de contrabando, las cuales trasladaba a Arauca, Caldas, Santa Rosa de Cabal y Pereira, Cartago, Roldanillo y la Unión Valle. En Pereira hace entrega a Mauricio Alberto Díaz Serna.

El 28 de agosto de 2017, gracias a la información aportada por la analista de la sala Ónix del CTI Pereira con relación a unas líneas interceptadas utilizadas por Mauricio

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001600000201700166 01
 Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
 Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
 Niega modificación calificación jurídica y nulidad
 M.P. Julián Rivera Loaiza

Alberto Díaz Serna y JAIME BARRAGÁN, se pudo establecer que se llevaría a cabo una entrega de mercancía de contrabando en la carrera 7 con calle 12 de esta ciudad, lográndose la incautación de 2.500 cajetillas de cigarrillos de procedencia extranjera sin la respectiva documentación que acreditara su legal introducción al territorio aduanero nacional, la cual fue hallada en vehículo tipo campero, marca Nissan Murano de placas BVH838, cuyo conductor y propietario era Mauricio Alberto Díaz Serna.

Con soporte en los elementos materiales probatorios obtenidos el 22 de noviembre de 2017 se solicitaron órdenes de capturas contra Jaime Barragán, Carlos Enrique Vargas Herrera, Juan Pablo Gallo Rojas, Ómar Alberto Osorio Mejía, Luis Mauricio Pérez Castañeda, José Llilen Alzate Montoya, José Antonio Tabares Giraldo y Mauricio Alberto Díaz Serna, las cuales fueron emitidas por el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad.

De igual manera, los días 22 y 24 de noviembre de 2017 por parte de la Fiscalía se emitieron órdenes para realizar diligencias de registro y allanamiento en: (i) Transversal 45C N°35-30 apartamento 201 el edificio “Torres de Dubái” barrio La Floresta de Medellín - Ómar Alberto Osorio Mejía -; (ii) carrera 57 A N° 69- D 42 urbanización Villaventura del municipio de Itagüí - Luis Mauricio Pérez Castañeda -; (iii) kilómetro 1 vía Dosquebradas Santa Rosa de Cabal en la vereda El Paraíso - Mauricio Alberto Díaz Serna -; (iv) carrera 7ª número 12-38 de Pereira -JAIME BARRAGÁN-; (v) carrera 11 nro 15-35 de la Unión Valle- Juan Pablo Gallo Rojas -; (vi) carrera 3ª número 3-04 de Villamaría Caldas- José Antonio Tabares Giraldo -; (vii) José Llilen Montoya Alzate, en la carrera 24 Bis número 74-45 barrio Montelíbano sector Cuba Pereira; (viii) Carlos Enrique Vargas Herrera, calle 48D2 N°3c-86 barrio Bosques del Norte de Manizales; y (ix) Luis Mauricio Pérez Castañeda, en el local 22 pasillo Bloque I de la central mayorista de Itagüí.

Las cuales que fueron materializadas el 24 de noviembre de 2017, y se incautaron en las residencias de:

- (i) Ómar Alberto Osorio Mejía diversos EMP como facturas y recibos, un teléfono celular y la siguiente mercancía: 72 pacas de cigarrillos marca HAVE A GOO DAY cada una con 50 decenas de cigarrillos, a su vez cada una con 500 cajetillas. – 76 pacas de cigarrillos con las mismas especificaciones. – 27 pacas de cigarrillos marca MOROCO. – 70 pacas de cigarrillos, marca HAVE A GOOD DAY. Total 235 pacas;*
- (ii) Luis Mauricio Pérez Castañeda un celular, un computador, 2 memorias USB, la suma de 10.000.000 envuelta en una bolsa plástica;*
- (iii) Mauricio Alberto Díaz Serna 54 cartones de cigarrillos marca WIN, cada cartón contiene 1 decena de cajetillas. – 12 cartones 250 cajetillas, 709 cartones. Total 160.000 cigarrillos. – un celular, un pc, 2 usb, 1 celular, 1 microusb, 1 celular, 3 agendas con cuentas, 1 acta de la DIAN, con*

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001600000201700166 01
 Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
 Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
 Niega modificación calificación jurídica y nulidad
 M.P. Julián Rivera Loaiza

- incautación de cigarrillos, un cuaderno marca Iberia con cuentas;*
- (iv) *JAIME BARRAGÁN 50 decenas de cigarrillos marca WIN. – 50 decenas de cigarrillos marca GOOD CITY. – 50 decenas de cigarrillos marca FR STAR. – 50 decenas cigarrillos marca MOROCO. – 50 decenas de cigarrillos marca JET 2. – 21 cajetillas cigarrillos de diversas marcas. – 45 cajas de cartón cada una contenía 50 decenas de cigarrillos de diferentes marcas;*
- (v) *Juan Pablo Gallo Rojas 1 caja con 50 decenas de cigarrillos marca FAR STAR, 10.000 cigarrillos. – 30 gramos de marihuana. – 3 celulares y dos agendas con anotaciones.*
- (vi) *José Antonio Tabares Giraldo 9 cajas con licor: 48 botellas de ron blanco “cortes” por 1 litro cada una. – 36 botellas de licor marca Mister Boston por 1 litro cada una. -24 botellas marca Drive in Shepper x 1 litro cada una. – una botella de Vodka marca KHCKOFF x 1 litro. otra botella de vodka para un total de 110 botellas. – cinco pacas de cigarrillos y 3 decenas cigarrillos MARSHALL y 50 decenas de cigarrillos para un total de 50.600 cigarrillos. – 7 cajas de cartón con 12 botellas de litro de ron marca “Cortés” para un total de 84 botellas. – una caja que contiene talonarios de licores San José y facturas de la misma. – cuadernos de contabilidad y facturas diligenciadas con la inscripción licores José. 4 celulares;*
- (vii) *JOSÉ LLILEN ALZATE MONTOYA, 9.540 cajetillas de cigarrillos. 10.735 cajetillas de cigrrillos marca WIN. – 2.340 cajetillas de cigarrillos marca BRASS.- 270 cajetillas de cigarrillos marca JET. – 1.720 cajetillas de cigarrillos marca MARSHALL. – 50 cajetillas de cigarrillos marca GOLD CITY, un celular;*
- (viii) *Carlos Enrique Vargas Herrera, 6 cajas con 36 botellas de licor. – 5 bolsas con 5 cajas de cigarrillos marca WIN con 50 pquetes cada caja, que contenían 50 decenas cada una. 1 celular, 1 micro USB 1 sim card.”*

B) Actuación procesal

El 25 de noviembre de 2017, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se realizaron las audiencias preliminares de control de legalidad de allanamientos, legalización de captura, por orden judicial de los señores Jaime Barragán, Carlos Enrique Vargas Herrera, Juan Pablo Gallo Rojas, Omar Alberto Osorio Mejía, Luis Mauricio Pérez Castañeda, José Llilen Álzate Montoya, José Antonio Tabares Giraldo y Mauricio Alberto Díaz Serna.

En la misma diligencia, la fiscalía les formuló imputación como autores a título de dolo de las conductas punibles de CONCIERTO PARA DELINQUIR -art 340 inc. 4 C.P.- y coautores de FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO- art 320 inciso, cargos que fueron aceptados por los procesados; se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia a los señores Carlos Enrique Vargas Herrera, Juan Pablo Gallo Rojas, Omar Alberto Osorio Mejía, Luis Mauricio Pérez

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

Castañeda, José Llilen Álzate Montoya, José Antonio Tabares Giraldo y Mauricio Alberto Díaz Serna, y no privativa de la libertad a Jaime Barragán consistente en observar buena conducta individual, familiar y social.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, en audiencia celebrada el 22 de febrero de 2018, decretó la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de imputación, al no haberse aportado la Resolución definitiva de la DIAN que fijara el valor aduanero de las mercancías objeto del delito, que incluso podía ser controvertida por los procesados, conforme lo precisan las sentencias CSJ SP del 27 de septiembre de 2017 y C-191 del 2016 de la Corte Constitucional, y que se requiere para demostrar el ingrediente normativo del tipo, por cuanto lo que determina la existencia del delito es que se exceda de 50 s.m.l.m.v., además dejó sin efecto la medida de aseguramiento disponiendo la libertad inmediata de los procesados. Decisión recurrida por la fiscalía.

La Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito, mediante providencia del 5 de agosto de 2020 revocó la decisión en lo relativo a la declaratoria de nulidad de la aceptación de cargos de los procesados, y en su lugar dispuso improbar el allanamiento a cargos que hicieron los procesados en relación con el delito de FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO, para que la Fiscalía solicitara una nueva audiencia en la que precisara los cargos por ese delito, y si era posible que los imputados se allanen a los cargos por esa conducta, en razón de lo dispuesto en el artículo 349 del CPP.

En la misma decisión, se revocó lo atinente a la nulidad frente al delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, y se dispuso devolver las diligencias al juzgado de origen para continuar con el trámite previsto en el artículo 447 del CPP, ordenando la ruptura de la unidad procesal.

La formulación de imputación por el delito de FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO, se llevó a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, el 8 de abril de 2021, en la cual se precisó que los cargos para Mauricio Alberto Díaz Serna, José Antonio Tabares Giraldo, José Llilen Montoya Álzate, Carlos Enrique Vargas Herrera, Juan Pablo Gallo Rojas y Omar Alberto Osorio Mejía y Luis Mauricio Pérez Castañeda, conforme a la cuantía establecida \$228.287.226 para la mercancía decomisada, como coautores de esa conducta, verbos rectores “poseer, comercializar y transportar”-artículo 320 C.P. inciso 2º-, y se les ofreció una rebaja de hasta el 50% y se precisó que no hubo incremento patrimonial porque la mercancía fue incautada y destruida, los procesados aceptaron los cargos.

El 18 de abril de 2023 se decretó la preclusión de la investigación en relación con el procesado Jaime Barragán, por cuanto se acreditó que falleció el 27 de marzo de 2018.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

El 26 de octubre de 2023, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, previa verificación de la aceptación de cargos por las dos conductas aceptadas por los procesados, realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia.

IV. LA PROVIDENCIA APELADA:

La Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, mediante sentencia N° 044 del 26 de octubre de 2023, resolvió condenar a Mauricio Alberto Díaz Serna, José Antonio Tabares Giraldo, José Llilen Montoya Álzate, Carlos Enrique Vargas Herrera, Juan Pablo Gallo Rojas, Omar Alberto Osorio Mejía y Luis Mauricio Pérez Castañeda, como autores responsables de la conducta punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, y coautores del delito de FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN AL CONTRABANDO, a la pena principal de 3 años y 6 meses de prisión y multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y \$141.980.658, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena de prisión.

En la misma decisión, NEGÓ a los procesados la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Concediendo de manera provisional la prisión domiciliaria a José Llilen Montoya Alzate, para lo cual deberá garantizar mediante caución prendaria de un (1) salario mínimo legal mensual vigente y la suscripción de acta de compromiso, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el numeral 4 del artículo 38 B del Código Penal, y el numeral 5 del artículo 314 del C.P.P

Contra la anterior decisión los defensores de los procesados Mauricio Alberto Díaz Serna y José Antonio Tabares Giraldo, Omar Alberto Osorio Mejía y Luis Mauricio Pérez Castañeda, interpusieron el recurso de apelación. El Dr. Fredy Plaza defensor de los primeros desistió del recurso.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN:

El Dr WILSON ALBERTO BOLÍVAR VARGAS, defensor del señor LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA, refiere que, al momento de interponer el recurso de alzada, le solicitó a la juez de primer grado que el mismo fuera debidamente concedido en el efecto suspensivo tal y como lo reza el artículo 177 de nuestra Normativa Procesal Penal, efecto que implica que el Juez que profirió la decisión pierda competencia para proferir la orden de encarcelamiento y en consecuencia la sentencia no puede ejecutarse inmediatamente, sin que la decisión este en firme, ya que esto afectaría la presunción de inocencia.

Refiere que tal y como lo indicó en el traslado del artículo 447 del C.P.P a su defendido por el principio de congruencia, no se lo debió condenar por el delito de concierto para delinquir agravado conforme al inciso 4° del artículo 340 del C.P., si no por Concierto para Delinquir simple.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

De manera contradictoria refiere el recurrente que no queda más mínima duda que este grupo de personas se concertaron para cometer delitos en este caso los enunciados en el art 340 inc. 4º que fuera adicionado por el art 12 de la ley 1762 del 6 de julio de 2015; el problema jurídico a resolver por parte de la Honorable Sala radica en que la juez tenía la obligación para tomar esa decisión de corroborar la permanencia en el tiempo, que está claro se dio hasta el día que se desarticuló la organización delincinencial con las capturas de sus integrantes para el día 24 de noviembre de 2017, pero no tenía la certeza la Señora Juez desde cuando venía operando esta organización delincinencial, es decir, desde cuando se asociaron para delinquir, y no se puede tener como fecha de inicio el 5 de agosto de 2016, data en que la fuente no formal dio la información.

Que la funcionaria de conocimiento no tenía certeza para condenar a su defendido, ya que para el 5 de agosto de 2016 ya era una organización previamente establecida con permanencia en el tiempo, y no es posible determinar si se conformó después del 5 de julio de 2015, y en consecuencia debe aceptarse la falencia investigativa y condenar a su prohijado por el Concierto para delinquir simple y en consecuencia variar los extremos punitivos, *donde muy respetuosamente sugiero se acaten los mismos criterios tomados por la juez de conocimiento, esto es partir del mínimo de la pena que para este caso por tratarse del numeral primero partiría de 48 meses y aplicada la rebaja igual concedida por la señora juez, implicaría 24 meses de prisión, y sumarle si es que no prescribe de acá a que se emita la sentencia de segunda instancia, 6 meses más por el punible de Favorecimiento y Facilitación del Contrabando del art 320 del Código Penal, ello para una pena definitiva de 30 meses y como consecuencia de ello y al no existir la prohibición de que trata el art 68ª en su inciso segundo, es decir, para el Concierto para Delinquir Simple, proceder a concederle contrario a lo ordenado por la Señora Juez de conocimiento, la libertad condicional por cumplirse los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en la norma.*”

Como petición subsidiaria y citando pronunciamiento del Tribunal De Santa Rosa De Viterbo en el rad: 15753600022020180015001 del 21 de septiembre de 2021, solicita se declare la nulidad desde la formulación de imputación.

El Dr. JUAN FELIPE PALACIOS VILLEGAS, apoderado del señor OMAR ALBERTO OSORIO MEJIA, fundamentado en el hacinamiento carcelario que impera en los Establecimiento Penitenciarios de nuestro País que podría afectar mental y físicamente a su defendido mayor de 50 años.

Que la Juez A-quo negó el subrogado penal argumentando que la conducta esta enlistada en el artículo 68ª del C.P. lo que excluye a su prohijado de ser beneficiario de subrogado beneficio, pese a que se le informó que la señora madre del procesado María Debora Mejía, de 86 años de edad depende económicamente de este.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

Considera que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 38B del C.P por cuanto la sentencia es menor a 8 años y tiene arraigo. Solicita se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se conceda al señor OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA el beneficio de la prisión domiciliaria.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Principio de Limitación

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por los recurrentes en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

7.3. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el objeto de apelación, corresponde a la Sala estudiar: i) si existió vulneración de los derechos y garantías fundamentales del procesado en la formulación de imputación por el delito de Concierto para Delinquir establecido en el inciso 4° del Artículo 340 del C.P., de resultar de esta forma se decidirá si es procedente modificar la sentencia para en su lugar condenar por el delito de concierto para delinquir simple o si es necesario decretar la nulidad del allanamiento a cargos efectuado por el procesado; ii) la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria simple en favor del señor OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA.

En esta tarea se auscultará en si el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE CONTRABANDO, es considerado como CONCIERTO AGRAVADO y en consecuencia debe aplicarse la exclusión de beneficios y subrogados penales contenida en el artículo 68 A del C.P.

7.4 De la Formulación de Imputación, el allanamiento a cargos y la verificación de estos actos, por parte del Juez de Control de Garantías y el Juez de Conocimiento

Como primera medida debe advertirse que en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 de nuestra Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal, en consecuencia por intermedio de sus delegados tiene la facultad decidir si formula

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

imputación a una determina persona “*cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida*” puede “*inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*.”

Este acto de comunicación constituye la forma de vinculación del investigado al proceso penal, y deberá realizarse en audiencia ante un Juez de Control de Garantías, acto en el que la Fiscalía deberá cumplir rigurosamente las obligaciones contenidas en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, referidas la individualización del imputado; realizar una relación suscita de los hechos jurídicamente relevantes, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos que se encajan o adecuan en la descripción de alguna o algunas de las conductas previstas como delitos, realizando la respectiva adecuación típica, por ultimo dará a conocer al imputado la posibilidad que tiene de aceptar los cargos y la rebaja que obtendría si lo hiciera.

La correcta realización de este acto de comunicación deberá ser verificada por el Juez de Control de Garantías, sin que esto implique que pueda realizar un control material a la imputación y a la adecuación típica relacionada por la fiscalía, ya que la calificación jurídica de la conducta es un acto del exclusivo resorte de este ente, en consecuencia la verificación sobre el acierto de esta labor, solo podrá realizarse cuando se evidencie flagrante vulneración de derechos fundamentales².

En esta diligencia surge para el imputado la primera posibilidad de acogerse a la figura del allanamiento a cargos, como una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, mediante la cual el procesado podrá declararse responsable de los cargos endilgados a cambio que se le conceda una sustancial rebaja de pena, renunciando a los derechos a no auto incriminarse y a tener un juicio oral público con todas las garantías; mientras la Fiscalía ya no podrá agregar componentes fácticos y/o jurídicos a la imputación y acusación, ni continuar con la investigación

Debido a que la consecuencia de este allanamiento a cargos es el proferimiento de una sentencia condenatoria, el Juez de Control de Garantías debe auscultar si la misma es realizada de manera consciente, libre y voluntaria, y debidamente asistido por su defensa técnica, toda vez que una vez verificado no es posible retractarse, y la actuación será enviada ante el Juez de Conocimiento, para que proceda a fijar fecha para la audiencia de individualización de pena y sentencia previa verificación de la aceptación de cargos.

Este último funcionario antes de dar el trámite correspondiente, deberá “*verificar si están dados los presupuestos para avalar la terminación anticipada, consistentes en*”³:

² CSJ SP14191-2016, SP5660-2018, SP384-2019, SP2042 – 2019, SP3988 – 2020, entre otras

³ CSJ SP2073-2020, CSJ SP5660-2018

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001600000201700166 01
 Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
 Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
 Niega modificación calificación jurídica y nulidad
 M.P. Julián Rivera Loaiza

(i) La existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta.

(ii) El aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir con el estándar de conocimiento previsto en el inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado.

(iii) La claridad de los términos del acuerdo para precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica corresponde a la materialización del principio de legalidad y cuándo es producto de los beneficios acordados por las partes.

(iv) La viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, sea por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos.

(v) Que la renuncia al juicio oral por parte del procesado haya sido libre, informada y asistida por su defensor.”⁴

7.5 De las respuestas a los planteamientos del defensor del procesado LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA

En síntesis, se duele el togado recurrente de la falta de precisión de la fiscalía respecto al ingrediente del delito de Concierto para delinquir con fines de contrabando “permanencia en el tiempo” ya que no se especificó desde que fecha los procesados se habían concertado para cometer esta clase de conductas, teniendo en cuenta que la norma que incorporó este agravante al delito contra la seguridad pública a través de la Ley 1762 de 2015, que entró en vigencia el 6 de julio de 2015, por lo que considera que, si esta concertación se dio antes de esa data, procede condenar al procesado por el delito simple.

Para dar respuesta a los confusos argumentos del togado recurrente, considera la Sala necesario precisar que el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR descrito en el artículo 340 del C.P., ha tenido una serie de modificaciones en el tiempo. La norma original⁵ contemplaba tres incisos, el primero referente a la descripción del punible y sus elementos, es decir el tipo base de Concierto para delinquir, el segundo inciso contenía un listado de delitos con penalidad superior a la contemplada en el primer inciso y que ha sido reconocido como CONCIERTO PARA DELINQUIR

⁴ AP2007-2023

⁵ 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.

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001600000201700166 01
 Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
 Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
 Niega modificación calificación jurídica y nulidad
 M.P. Julián Rivera Loaiza

AGRAVADO, en atención entre otras cosas a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 35 del C.P.P. que asigna la competencia para conocer de este punible a los Jueces Penales del Circuito Especializado. Y, finalmente el inciso tercero que castiga con mayor punibilidad a quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto.

Esta norma fue modificada por el Artículo 8° de la Ley 733 de 2002⁶, que incluyó en el inciso 2° del artículo 340 del C.P. los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, inciso cuya penalidad fue modificada por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006⁷, incrementándola sustancialmente.

Posteriormente a través del artículo 12 de la Ley 1762 de 2015, que entró en vigor el 6 de julio del mismo año se incluyó el inciso 4° estableciendo que *“Cuando se tratara 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.”* Es decir, que con esta norma se estableció una punibilidad diferente, superior a la contemplada en el inciso primero, pero inferior a la establecida para los delitos enlistados en el inciso segundo, para aquellas personas que se concierten para cometer delitos relacionados con el contrabando.

Finalmente, a través del artículo 5° de la Ley 1908 de 2018, se incluyó los delitos de *“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”* en el inciso 2° del articulado. Así mismo se incluyó a los servidores públicos en el inciso 3° siendo la norma vigente actualmente:

6 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.

7 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 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.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

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 cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (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.

Establecido los cambios legislativos del artículo 340 del C.P., para la Sala es posible colegir que el delito presenta un tipo base que es el descrito en el inciso primero de la norma y que es comúnmente denominado como CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE, el cual contempla pena de 48 a 108 meses de prisión, mientras que los demás incisos que componen la norma se entienden como agravantes, ya que se les ha asignado un mayor reproche punitivo pero diferenciable debido a razones de política criminal.

Particularmente con la modificación realizada a través de la Ley 1762 de 2015, se pretendió modernizar los tipos penales relacionados con el contrabando, y la agravación de penas para evitar suspensión condicional de la pena y excarcelación en los casos más graves como lo es sin duda las organizaciones organizadas para el contrabando de mercancía, generándose así la inclusión de este delito como agravante de delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, y la determinación de pena más gravosa que la del delito simple, buscándose sin duda con ello, evitar la excarcelación de las personas que se concertaran con esta finalidad, de lo contrario no hubiera sido necesaria la inclusión de este inciso.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

De esta manera, es claro que en observancia del principio de legalidad quienes se hayan concertado para cometer los *delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados*, antes del 6 de julio de 2015, incurrían en el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR simple y no agravado, y solo puede endilgarse el agravante a hechos cometidos después de esta data, como son los que se investigan bajo este radicado.

En este asunto, conforme los hechos jurídicamente relevantes descritos por la fiscalía desde la formulación de imputación, si bien no se especificó la fecha exacta de concertación de los procesados, resulta incontrovertible que la investigación inicio a partir del 5 de agosto de 2016, y a partir de ese momento se logró establecer a través de interceptaciones telefónicas, entre otros actos investigativos que los aquí procesados incluyendo el señor LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA, conformaban una estructura delincencial, dedicada a distribuir y comercializar cigarrillos de contrabando en diferentes presentaciones, en los departamentos de Antioquia, Caldas, Risaralda y Valle del Cauca, determinándose diversas operaciones que realizaron durante los actos investigativos que desencadenaron en las ordenes de captura y procedimientos de allanamiento y registro contra los aquí procesados y la consecuente desarticulación de esta organización.

Respecto a la permanencia en el tiempo, como indicó la fiscalía en la formulación de imputación, esta característica se infiere de manera razonable del contenido de las diferentes interceptaciones telefónicas de las que, se insiste, es posible inferir diferentes actos de distribución y comercialización de cigarrillos, perpetrados por los miembros de la organización en diferentes fechas, desde el momento en que se autorizaron estas labores, no existiendo duda alguna que los hechos investigados dentro de este proceso y la consecuente formulación de imputación, está delimitada desde la fecha en que la fuente humana proporcionó la información, misma que fue debidamente verificada y corroborada a través de las pesquisas investigativas hasta la fecha de la desarticulación de la banda, efectuada con los procedimientos de allanamiento y registro donde fueron capturados los aquí procesados.

Por lo anterior, contrario a lo afirmado por la defensa, es evidente que los cargos endilgados respetan el principio de legalidad ya que la fiscalía resolvió imputarles cargos por el Inciso 4° del artículo 340 del C.P. al haber obtenido elementos materiales probatorio suficientes para inferir de manera razonable que cuando menos desde el mes de agosto de 2016, ya que no se menciona en ningún momento eventos anteriores a esta fecha, los señores OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA, LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA, Mauricio Alberto Díaz Serna, José Antonio Tabares Giraldo, José Llilen Montoya Alzate, Carlos Enrique Vargas Herrera y Juan Pablo Gallo Rojas, pertenecían a una organización criminal dedicada al contrabando, en consecuencia no observa la Sala la vulneración al principio de congruencia o legalidad que alega el recurrente, toda vez que la adecuación típica corresponde a la relación fáctica que la soporta y además se encuentra respaldaba probatoriamente con el grado de

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

conocimiento exigido para ese momento procesal. Además, ya se encontraba vigente la Ley 1762 de 2015.

Considera la Colegiatura importante recordar al togado recurrente que el grado de conocimiento exigido en nuestro actual sistema procesal penal, está regido por el principio de progresividad, por tanto en la medida que avanza la investigación y los actuaciones procesales este grado se va incrementando gradualmente, de esta forma el grado de conocimiento exigido en sede de formulación de imputación, de conformidad con lo establecido en el artículo 287 de la Ley 906 de 2004, es el de inferencia razonable de autoría o participación en los hechos investigados, para formular acusación conforme lo preceptúa el artículo 336 de la misma norma, la fiscalía deberá contar con elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que le permitan afirmar con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el procesado es su autor o participe. Y ya cuando se pretende el proferimiento de sentencia condenatoria este grado de conocimiento se eleva a más allá de toda duda, tal y como lo establece el artículo 381 *Ibídem*.

En este orden de ideas, para la formulación de imputación únicamente le era exigible a la fiscalía presentar EMP, EF e ILO, que permitiera inferir de manera razonable que los aquí procesados eran autores o partícipes de los delitos endilgados, y al presentarse el allanamiento a cargos en esta audiencia, los procesados renunciaron a sus derechos a no auto incriminarse y a tener un juicio oral, y la Fiscalía a seguir investigando para recopilar más elementos de convicción, situación que implica que el grado de conocimiento necesario y que debe ser valorada por el Juez de conocimiento previo a emitir la consecuente sentencia condenatoria derivada de la aceptación de cargos, no sea el establecido en el artículo 381 ya mencionado, sino el referido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, es decir, si existe un mínimo probatorio que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad y no de certeza como erróneamente lo plantea el defensor recurrente en su escrito de apelación, además olvida que al haber el señor PEREZ CASTAÑEDA, aceptado unilateralmente los cargos formulados por el ente acusador declinó a ser vencido en juicio y por ende a su presunción de inocencia.

Precisamente, en cumplimiento de esta tarea la funcionaria de conocimiento afirmó en la providencia hoy recurrida que efectivamente la fiscalía aportó suficientes medios de convicción de los que se puede obtener este mínimo probatorio, indicando:

“Los medios de convicción con los que cuenta el ente acusador acreditan el mínimo probatorio requerido para complementar la aceptación de cargos y edificar un fallo de condena, conforme lo dispuesto por el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Son ellos, entrevista del 25 de julio de 2016; informe ejecutivo FPJ3 sobre labores de verificación del 5 de agosto de 2016; múltiples informes de investigador de investigador FPJ-11, y parciales y finales de analista de las interceptaciones de comunicaciones de la

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

Sala de monitoreo Onix Control de telemático; diligencias de vigilancia y seguimiento a personas y cosas; búsquedas selectivas en bases de datos; actas de incautación y aprehensiones por parte de la Policía Fiscal y Aduanera, de mercancía de contrabando perteneciente a la organización delictiva; actas de aprehensión; informes de investigador FPJ-11 sobre labores de verificación para solicitud de registro y allanamiento; informe final de investigador FPJ-11 del 14 de noviembre de 2017; informes de investigador de campo FPJ-19 de diligencias de registro y allanamiento; actas de las diligencias de registro y allanamiento FPJ-18; formatos de individualización y arraigo actas de incautación de elementos materiales probatorios; informes de investigador de laboratorio FPJ-13 sobre plena identidad, del 24 de noviembre de 2017.

Los elementos con vocación probatoria recaudados evidencian el ingrediente subjetivo del tipo, tanto del delito del concierto para delinquir como del favorecimiento al contrabando, toda vez que mediando acuerdo de voluntades y con el propósito de cometer el ilícito de favorecimiento y facilitación de contrabando, formaron o hicieron parte de una empresa criminal que operó desde el 5 agosto de 2016 hasta noviembre 24 de 2017, con lo cual se puso en peligro la seguridad pública y además se afectó el orden económico y social.

Durante ese tiempo, cada uno de los acusados en su respectivo rol, contribuyó al transporte, distribución, almacenaje y comercialización de cigarrillos de contrabando en grandes y pequeñas cantidades, en diferentes presentaciones, y de diferentes marcas, como Win, Gold Sedal, Marshall, Gold City, Moder, Moroco, Jet, Brass, entre otros, en los departamentos de Antioquia, Caldas, Risaralda y Valle del Cauca.

Los aquí procesados tenían conocimiento que la mercancía que poseían, comercializaban y transportaban, no tenía la respectiva documentación que acreditara su legal introducción al territorio nacional, conforme a las disposiciones aduaneras, y pese a ello y quisieron la realización de esa conducta, lo que determina su actuación dolosa.

Acorde con los elementos probatorios se establece la afectación sin justa causa de la seguridad pública y el orden económico, lo que permite concluir que, a pesar de tener el deber de actuar conforme con las normas penales y la capacidad de comprensión y autodeterminación, exigida de acuerdo con esa comprensión, realizaron los comportamientos que atentan contra los bienes jurídicos protegidos por la ley penal.”

Lo anterior, deja en evidencia que la funcionaria de primer grado cumplió debidamente con sus obligaciones al verificar el allanamiento a cargos efectuado por los procesados en las audiencias de formulación de imputación, entre ellos analizó los EMP trasladados por la fiscalía, de los que acertadamente concluyó la existencia del mínimo probatorio exigido para proceder a emitir sentencia condenatoria conforme los cargos aceptados por los procesados.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que desde la audiencia preliminar de formulación de imputación realizada el 25 de noviembre de 2017, el Dr. WILSON ALBERTO BOLÍVAR VARGAS, ya representaba los intereses del procesado LUIS MAURICIO PEREZ

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

CASTAÑEDA y bajó su asesoría este último de manera libre, consciente y voluntaria aceptó los cargos que por este punible contra la seguridad pública en la modalidad de agravado le imputó la Fiscalía, sin que se evidencie, se insiste vulneración de derechos del procesado o la existencias de vicios en el consentimiento.

Los argumentos del profesional recurrente, desconocen que, aprobado el allanamiento, se torna irrevocable, por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal derivada de esta manifestación del procesado, no puede ser controvertida, acto contrario constituye una conducta desleal del abogado, quien si consideraba que no debía imputársele el delito agravado no debió permitir que se allanara a los cargos. Su conducta deja en evidencia la soterrada intención de que en este asunto opere el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, que estaría próxima a ocurrir si la segunda instancia no adoptara de manera oportuna esta decisión.

En estas condiciones, el reparó del defensor del señor PEREZ CASTAÑEDA no tiene vocación de prosperar, tanto respecto de su petición principal de modificar la sentencia para condenarlo por el delito de Concierto para Delinquir simple, como frente a la solicitud subsidiaria de declarar la nulidad de lo actuado.

Ahora, respecto a la inconformidad planteada respecto al efecto en que fue concedido el recurso de apelación, debe advertirse que la primera instancia concedió el mismo, conforme lo dispone el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, esto es, en el efecto suspensivo, lo que implica que la competencia de la Juez de Conocimiento queda suspendida, consecuencia que no pueden entenderse extensiva al contenido de la sentencia y las órdenes impartidas en virtud de esta decisión respecto al cumplimiento de la pena, como parece entenderlo el profesional recurrente.

Recuérdese que tal y como lo establece el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, desde el anuncio del sentido del fallo, cuando la detención sea necesaria, el Juez ordenará y librará la orden de encarcelamiento, necesidad que se desprende cuando, como en este evento, que en virtud de una norma prohibitiva no es posible conceder a los procesados subrogados o mecanismo sustitutivos.

Es importante resaltar, que la postura imperante de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, nos enseña que la regla general es que el funcionario de conocimiento desde el anuncio del sentido de fallo de carácter condenatorio, deberá ordenar la encarcelación de los procesados que no se encuentren privados de su libertad y excepcionalmente podrá supeditar la captura y encarcelación a la ejecutoria de la decisión, caso en el que deberá motivar suficientemente esta determinación.

Respecto a este tópico, en reciente decisión adoptada dentro de trámite de habeas corpus, el H. Magistrado Carlos Roberto Solórzano Garavito, citando el pronunciamiento STP7336 del 25 de julio de 2023, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a la que pertenece, indicó.

“15.13. Por otra parte, frente a la censura elevada por la parte actora con ocasión a la orden de captura librada en su contra, se precisa que, el artículo 450 del Código de

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001600000201700166 01
 Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
 Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
 Niega modificación calificación jurídica y nulidad
 M.P. Julián Rivera Loaiza

Procedimiento Penal establece que, si al momento de anunciar el sentido del fallo, el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el Juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. No obstante, el inciso segundo de esa norma también determina que, **si lo considera necesario, el Juez decretará la detención y libraré de manera inmediata la orden de encarcelamiento.** 15.14. La anterior normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-342 de 2017; pronunciamiento de constitucionalidad -con efectos erga omnes en el cual se advirtió que la orden de encarcelamiento establecida por el artículo precitado respeta las garantías que la Constitución ha dispuesto en favor del derecho al debido proceso y no viola el principio de presunción de inocencia.

15.15. De otra parte, **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia** en providencia CSJ AP 30 de enero de 2008, Rad. 28.918, expuso lo siguiente: “Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, **resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo.** Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, **los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.** Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad (...)”.

15.16. Finalmente, si bien el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal establece que la apelación de la sentencia condenatoria se concede en el efecto suspensivo, la misma norma señala el alcance de dicho efecto, esto es, que suspende únicamente la competencia de quien profirió la decisión, pero no su contenido. 15.17. En ese entendido, no encuentra la Sala irregularidad alguna en torno a la materialización de la captura dispuesta en contra de ALDANA VEGA. Es claro que esa medida se adoptó por razón de la orden emitida por la autoridad judicial competente, es decir, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, autoridad que estaba habilitada para librarla cuando profirió sentencia de carácter condenatorio, habida consideración que esa es la regla general, y **la excepción es que el juez, motivadamente, se abstenga de dictarla.**»

16. Como bien se ve, la postura vigente de la Sala de Casación Penal, que ostenta efectos vinculantes, expone, frente a la necesidad de decretar la captura cuando el anuncio del sentido del fallo es condenatorio, y no proceden beneficios, ni

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

subrogados, que no es necesaria motivación distinta a la de la constatación objetiva de la improcedencia de algún sustituto; distinto es cuando el juez decide abstenerse de decretar la inmediata reclusión intramuros del procesado que ha sido condenado, pues en aquellos eventos – que son la excepción a la regla general – la tesis de la Corte parte de la base de expresar que el juez debe motivar suficientemente la innecesidad de disponer la privación de la libertad del ya sentenciado. (Negritillas y subrayas fuera de texto original)

En este orden de ideas, es claro que el Juez de conocimiento deberá en aquellos asuntos en los que es improcedente el otorgamiento de subrogados y mecanismos sustitutos, ordenar desde el sentido de fallo la captura y encarcelación de los procesados no privados de su libertad sin necesidad de que sustente esta determinación, diferente ocurre cuando resuelve no ordenarlo desde este momento procesal y supeditararlo a la ejecutoria de la decisión, evento en el que si deberá argumentar suficientemente esta determinación.

Descendiendo al asunto que hoy nos convoca, no entiende la Sala los argumentos del recurrente frente a esta temática, ya que contrario a lo que se desprende de su queja, la Juez A-quo en este evento de manera garantista determinó sin motivación alguna que las ordenes de captura se expedirían una vez en firme la sentencia. Decreto que no comparte la Sala, ya que en este asunto como ya lo precisamos anteriormente, no es viable el otorgamiento de beneficios y subrogados por cuanto que el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO se encuentra enlistado en el artículo 68 A del C.P como aquellos excluidos de beneficios y subrogados judiciales o administrativos y además existe aceptación de cargos unilateral, evidenciándose la necesidad de aplicar la regla general y ordenar la encarcelación de los procesados.

No obstante, y teniendo en cuenta el principio de limitación y considerando que la defensa es apelante único, no es posible que la Colegiatura modifique esta orden.

Se concluye de esta forma que los argumentos de inconformidad de la defensa del señor LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA, no tiene vocación de prosperar.

7.6 De la respuesta a los planteamientos del defensor del procesado OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA.

El defensor del señor OMAR ALBERTO OSORIO MEJIA, sustento su inconformidad con la decisión de la funcionaria de primer grado de negar a su defendido la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38 B del C.P, bajo el argumentó que la conducta esta enlistada en el artículo 68ª del C.P., ya que desconoció que se le informó que la señora madre del procesado Maria Debora Mejia, de 86 años de edad depende económicamente de este, indicando además que estima su defendido cumple los requisitos establecidos en el artículo 38B del C.P por cuanto la sentencia es menor a 8 años y tiene arraigo.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

La Prisión Domiciliaria

La figura de prisión domiciliaria, se trata de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o de reclusión, que consiste en que una pena que comporta la privación de la libertad, no sea cumplida en centro penitenciario sino en el domicilio del penado.

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico la prisión domiciliaria tiene tres modalidades, la simple, establecida en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, bajo el cumplimiento de requisitos de orden objetivo y subjetivo; la derivada de la condición de padre o madre cabeza de familia, desarrollada en la Ley 750 de 2002 Art. 1 (madre cabeza de familia) y la sentencia C-184 de 2003 de la Corte Constitucional; y la denominada y la tercera corresponde a la creada a través del Art. 28 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el Art. 38G al Código Penal.

Conforme a la alzada propuesta por la defensa, en esta oportunidad analizaremos la procedencia de la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38 B del C.P.

De la prisión Domiciliaria establecida en el Artículo 38B del Código Penal

La prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, se encuentra prevista en los artículos 38 y 38B de la ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, prerrogativa que exige para su procedencia la concurrencia de los siguientes requisitos: i) **que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos**, ii) **que el delito no sea de los enlistados en el inciso 2 del artículo 68 A del C.P.** iii) que quien pretende ser acreedor del mecanismo tenga arraigo familiar y social.

En este evento, la funcionaria de primer grado, negó a los procesados con excepción del señor JOSÉ LLILEN ALZATE MONTOYA, a quien le concedió de manera provisional y en razón de su edad, la prisión domiciliaria con fundamento en el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, el subrogado descrito en el artículo 63 del C.P. y la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38B de la misma norma por prohibición expresa del artículo 68 A del C.P. y respecto al señor OSORIO MEJIA, puntualizó:

“Así mismo, si bien por parte del defensor del señor Ómar Alberto Osorio Mejía se asegura que la progenitora de su representado depende económicamente de él, quién ejerce una actividad lícita como conductor de taxi, no se aportó documentación que permita realizar un estudio para otorgar la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, conforme a las exigencias legales, solicitud que puede elevar ante el juez de ejecución de penas.”

Determinación que comparte la Sala, toda vez que en la audiencia de que trata el artículo 447 del C.P.P, la defensa del señor Osorio Mejía únicamente hizo alusión a que este ciudadano actualmente trabaja conduciendo un taxi que reside con su progenitora adulta mayor de 86 años de edad, quien depende económicamente del procesado, pero no aportó documentación que

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

respaldara sus argumentos, mucho menos elevó pedimento de prisión domiciliaria como padre cabeza de familia en favor de la señora madre del procesado, razón suficiente para que la primera instancia no emitiera pronunciamiento alguno frente a esta figura jurídica y que a su vez impide a la Sala en respeto del principio de doble instancia emitir decisión frente a este tema, quedando la defensa del procesado facultado para solicitar y soportar pedimento con fundamento en la Ley 750 de 2002, ante el Juez de ejecución de penas que le corresponda vigilar la pena impuesta en este asunto.

Ahora, respecto a la procedencia del mecanismo sustitutivo descrito en el artículo 38 del C.P., debe advertir la Sala que se deben cumplirse la totalidad de los contemplados en el artículo 38 B de la misma norma, circunstancia que no se verifica en el presente asunto, toda vez que pese a reunirse el requisito objetivo, establecido en el numeral 1° de esta preceptiva, ya que la pena mínima contemplada en la ley para los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE CONTRABANDO y FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO, no excede de 8 años de prisión, no se cumple con el requisito establecido en el numeral 2°, toda vez que el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, debiendo entenderse como tal los señalados en los Incisos 2° y 4° del Artículo 340 de la Ley 599 de 2000, se encuentra enlistado en el inciso 2° del Artículo 68 A del C.P. que prohíbe el otorgamiento de beneficios y subrogados penales para aquellos que sean condenados entre otros por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, mismo que fue aceptado en el asunto sub examine por el aquí procesado OMAR ALBERTO OSORIO MEJIA.

Es importante precisar que la inclusión del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, fue incluido por nuestro legislador al artículo 68 A, mediante la Ley 1709 de 2014, normatividad que incluyó en ese listado otras conductas punibles buscando castigos más severos en aras de la prevención general para conductas punibles de mayor índice de ocurrencia en nuestro país. En consecuencia, puede afirmarse que para la fecha de los hechos aquí investigados que datan desde el año 2016 y hasta el 2018, ya se encontraba vigente esta normativa, en consecuencia, la norma prohibitiva es plenamente aplicable a los aquí procesados.

Ahora, considera la Sala importante señalar que posteriormente la norma ha sido modificada ampliando el listado de delitos, a raves de la Ley 1773 de 2016, que incluyó el homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, el artículo 6° de la Ley 1944 de 2018, se incluyó al listado el delito de abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243 de C.P., modificaciones que fueron posteriores a la inclusión de los fines de Contrabando como agravante del delito de Concierto para Delinquir, no obstante se mantuvo este delito agravado dentro del listado, permanencia que posibilita evidenciar sin duda, la intención del legislador de que esta norma prohibitiva se aplique a los agravantes que contiene el artículo 340 del C.P.

En este orden de ideas, la Sala estima que la decisión adoptada por la funcionaria de primer grado e negar el mecanismo sustitutivo a, se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia debe ser confirmada.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001600000201700166 01
Procesado: Luis Mauricio Pérez Castañeda y otro
Delito: Concierto para Delinquir Agravado y Favorecimiento y Facilitación del Contrabando
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria, artículo 68 A del C.P.;
Niega modificación calificación jurídica y nulidad
M.P. Julián Rivera Loaiza

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia y en uso de sus facultades jurisdiccionales

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia N° 044 proferida el veintiséis (26) de Octubre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, dentro de proceso adelantado en contra de los señores OMAR ALBERTO OSORIO MEJÍA y LUIS MAURICIO PEREZ CASTAÑEDA, Mauricio Alberto Díaz Serna, José Antonio Tabares Giraldo, José Lilen Montoya Alzate, Carlos Enrique Vargas Herrera y Juan Pablo Gallo Rojas, por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE COTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO, en lo que fue objeto de apelación y conforme lo analizado en precedencia.

SEGUNDO: Notificar esta providencia a las partes y demás intervinientes por el medio más expedito. Dichas comunicaciones se harán en la medida de lo posible, mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso de casación en los términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: En firme esta determinación, a través de la Secretaría de la Sala Penal, remítase la carpeta al Juzgado de origen para lo pertinente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado Ponente

(En ausencia justificada)

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

(Firma electrónica)

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

**Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2f092eb6621b28d6a145580f4b314c6b5631281c191ba3c842ac37bb4316bcc**

Documento generado en 10/11/2023 12:28:46 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**