



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
SALA PENAL - 4

M.P. Alcibíades Vargas Bautista

Radicado: 50001 31 07 004 2018 00141 01
Aprobado acta No. 062

Villavicencio Meta, seis (6) de mayo de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la defensa y el Agente del Ministerio Público contra la sentencia anticipada de octubre 10 de 2018 mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio condenó a **Néstor Julio Montoya Ramírez** por el delito de concierto para delinquir agravado.

HECHOS

Ocurren entre los años 2005 y 2006 cuando el señor **Néstor Julio Montoya Ramírez** alias "Barby", ingresó y militó como "patrullero" de las autodefensas unidas de Colombia-AUC (Bloque Centauros) organización criminal que tenía injerencia en los departamentos de Meta, Casanare y Guaviare.

El procesado hizo parte de este grupo ilegal por el lapso de un (1) año, esto es, desde el año 2005 hasta el 17 de abril 2006 fecha en la que se desmovilizó. Durante su permanencia en la banda delictiva utilizó prendas

y armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares y recibía como remuneración la suma de \$550.000 pesos mensuales.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Mediante resolución veintiocho (28) de noviembre de dos mil once (2011)¹, la Fiscalía ordenó la apertura de instrucción y la vinculación de **Néstor Julio Montoya Ramírez** alias "Barby", mediante indagatoria, la cual rindió el tres (3) de enero de dos mil dieciocho (2018)² en la que se le atribuyó el delito de concierto para delinquir agravado tipificado en el inciso 2º del art 340 del C.P.

2. A través de proveído del cuatro (4) de enero de dos mil dieciocho (2018) la Fiscalía resolvió la situación jurídica al señor **Néstor Julio Montoya Ramírez**³, oportunidad en la que se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. El indagado se acogió a sentencia anticipada.

3. El dieciocho (18) de enero siguiente⁴ se efectuó diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada respecto del delito de concierto para delinquir agravado. Lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002. Así, la calificación jurídica se contrajo, al punible previsto en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, cuya responsabilidad penal aceptó el acusado.

LA SENTENCIA APELADA

1 Acta visible folios 42 y ss del cuaderno original de la Fiscalía.
2 Acta visible folios 236 y ss del cuaderno original de la Fiscalía.
3 Acta visible folios 245 y ss del cuaderno de la Fiscalía.
4 Acta visible folio 266 y ss del cuaderno de la Fiscalía

El diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)⁵, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, tras verificar que se cumplían los presupuestos previstos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y dado que el procesado se acogió a lo dispuesto en el artículo 40 de la misma normatividad, condenó a **Néstor Julio Montoya Ramírez**, a la pena de cincuenta y dos (52) meses de prisión y multa de (1.333,33) SMLMV, por el delito de concierto para delinquir agravado.

El punible en mención y la responsabilidad del implicado, los encontró acreditados en los informes y demás elementos de convicción que obran en la actuación, y, fundamentalmente a raíz de la aceptación de cargos realizada por el señor **Montoya Ramírez**.

Para la imposición de la pena, el A quo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, fijó los marcos punitivos entre setenta y dos (72) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) a veinte mil (20.000) S.M.L.M.V. Se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad que oscilaba entre setenta y dos (72), y noventa (90) meses de prisión, por cuanto no existan atenuantes, ni agravantes e impuso setenta y ocho (78) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) SMLMV, en virtud a la "zozobra que se generó en la comunidad con su actuar delictivo"⁶.

Posteriormente, abordó el estudio del principio de favorabilidad y la aplicación en este evento del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, que contempla la rebaja punitiva de hasta la mitad por aceptación de cargos en la etapa de instrucción y consideró que no era procedente con fundamento en el cambio de postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

5 Acta visible folio 20 y ss del cuaderno juzgado.

6 Ver folio 23 cuaderno del juzgado.

En ese orden, aplicó el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, según el cual, cuando el implicado manifieste su intención de aceptar cargos hasta antes de la ejecutoria de la resolución de cierre de la investigación, tendrá derecho al descuento de la tercera parte de la pena y por ende, impuso sanción de cincuenta y dos (52) meses de prisión y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333,33) SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal de prisión, así como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, por lapso de un (1) año, conforme a lo indicado en los artículos 49 y 51 del mismo comprendido normativo.

No accedió a la rebaja de pena por confesión, al considerar que era incompatible con la sentencia anticipada.

A su turno, se abstuvo de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena descrita en el numeral 5 artículo 7 de la Ley 1424 de 2010, tras argumentar que la Agencia Colombiana para la Reintegración comunicó que el procesado no había suscrito el formato único para la verificación previa de requisitos en el proceso de reintegración y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria consagradas en los artículos 63 y 38 del Código Penal al considerar que no se satisfacían las exigencias previstas por el legislador para acceder a los mentados beneficios.

Agregó que para la época de ocurrencia de los hechos se encontraba vigente la Ley 733 de 2002 que, en su artículo 11, excluía de beneficios y subrogados a los condenados por delitos de secuestro, terrorismo, extorsión y conexos, descripción en la que indicó "encajaba el punible de concierto para delinquir" atribuido al aceptante de cargos.

Por último, adujo que no era procedente aplicar las modificaciones introducidas en la Ley 1709 de 2014, para la concesión de subrogados y sustitutivos penales, en cuanto el delito de concierto para delinquir agravado por el que fue condenado el acusado se encontraba excluido de beneficios en el artículo 68A del Código Penal.

LA APELACIONES

1. La defensa⁷, se mostró inconforme con el monto de la pena impuesta tras, pues, si bien, la conducta que le fue atribuida a su prohijado era grave, también era cierto que era necesario tener en cuenta circunstancias adicionales a la hora de fijar la pena, entre ellas, "su buena voluntad de colaboración con la rama judicial, su voluntad de regresar a una vida en comunidad ajustada a las normas y la ausencia de antecedentes penales", aspectos, que agregó, "ameritaban la imposición de una pena inferior" o, subsidiariamente la concesión de "una detención alterna al internamiento intramural por una detención domiciliaria".

Insistió en que en el caso era factible fijar las penas mínimas, para sobre estas efectuar el descuento de la tercera parte, de manera que, la sanción privativa de la libertad fuese inferior a los cuarenta y ocho (48) meses de prisión, para de esta manera viabilizar "el reconocimiento de subrogados y beneficios, como la suspensión de la ejecución de la pena y un eventual beneficio de detención domiciliaria".

Agregó que su prohijado no requería tratamiento penitenciario, pues no había incurrido / en conductas delictivas con posterioridad a su desmovilización, ejercía actividades lícitas de manera permanente, tenía arraigo en el municipio de Belén de Umbría (Risaralda), en la carrera 11

⁷ Acta visible folio 43 y ss cuaderno del juzgado.

No. 6 43, barrio Gato Negro, lugar en el que podía "ser vigilado" para verificar el cumplimiento de la pena.

2. El representante del Ministerio Público por su parte⁸, cuestionó el monto de la pena impuesta. Expuso que el A quo decidió fijarle al procesado una pena de setenta y ocho (78) meses de prisión basado en forma exclusiva en su vinculación al grupo armado ilegal e ignorando "circunstancias que minimizaban la gravedad de su actuar" tales como, la edad a la que ingresó a la estructura criminal, y "que la razón de su incorporación obedeció a un acto propio de su inmadurez por su corta edad, como a su situación económica"; además de su irrelevante desempeño dentro del grupo delictivo pues era un simple patrullero y milito unos "escasos diez meses" en la organización ilegal.

Indicó que el juzgador fue "en extremo drástico con la imposición de la sanción privativa de la libertad", motivo por el cual petitionó modificar la pena para imponer el mínimo previsto en la norma, es decir, setenta y dos (72) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) SMLMV.

De otra parte, afirmó que en el caso debió concederse el descuento punitivo contemplado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, aun cuando el proceso se regulo por la Ley 600 de 2000; al igual que el a quo desacertadamente sustentó su decisión en la sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación 51.833 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que la corporación retomó la postura asumida en sentencias del veintitrés (23) de agosto de dos mil cinco (2005), radicación 21954 y del catorce (14) de diciembre de dos mil cinco (2005), radiación 21347.

⁸ Memorial visible a folio 47 y ss del cuaderno original del juzgado.

Señaló que dicha tesis reasumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resultaba "controversial", pues dejó de lado la pacífica línea que había trazado sobre la posibilidad de conceder hasta el cincuenta por ciento (50%) de descuento de la pena señalado en la Ley 906 de 2006, en los procesos tramitados con base en la Ley 600 de 2000, en aplicación del principio de favorabilidad.

Refirió que la Corte Constitucional⁹ en diversos fallos de tutela aclaró que era viable equiparar la figura de sentencia anticipada contemplada en la Ley 600 de 2000, al allanamiento a cargos señalado en la Ley 906 de 2004, pues "comporta un sustrato análogo entre sí, pese a que provienen de dos sistemas procedimentales diversos", lo que permite la aplicación del beneficio punitivo que consagra la norma procedimental más reciente, en aplicación del principio de favorabilidad.

Precisó que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del ocho (8) de abril de dos mil ocho (2008), radicación 25.306, concluyó que efectivamente, el supuesto de hecho del allanamiento a cargos y la sentencia anticipada resultaban equiparables; posición reiterada en diversas providencias durante aproximadamente diez (10) años; hasta que la misma corporación en la sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018), decidió recoger dicha postura.

Manifestó que, según la sentencia C - 836 de 2001, era procedente "cuestionar" las decisiones del "superior funcional" y, por ende, el Juzgador pudo apartarse de la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y conceder al procesado el descuento punitivo de hasta la mitad de la pena.

⁹ Sentencia T-1056 de 2007.

Concluyó que la anterior situación genera inseguridad jurídica, pues los actuales desmovilizados de grupos de autodefensas o paramilitares no podrán acceder a un descuento punitivo mayor, aun cuando han contribuido a la sociedad y la propia administración de justicia.

En consecuencia, solicitó modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de acoger la línea jurisprudencial sobre la posibilidad de otorgar el descuento punitivo contemplado en la Ley 906 de 2004, para el allanamiento a cargos en las sentencias anticipadas efectuadas en el marco de la Ley 600 de 2000.

Señaló que en el caso no era viable aplicar la postura señalada en la sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicado 51.833, pues no se había emitido para el momento en que el procesado realizó la diligencia de aceptación de cargos para sentencia anticipada.

Por último, señaló que al modificarse la pena era viable concederle al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2.000 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2.014.

Agregó que después de la militancia en la organización delictiva y su desmovilización, el señor Montoya Ramírez en la actualidad se dedicaba a una actividad lícita como era la construcción por la que devengaba un ingreso mensual de seiscientos mil pesos (\$600.000) mensuales, y tenía arraigo en el municipio de Belén de Umbría (Risaralda).

Peticionó en consecuencia, modificar la sentencia condenatoria apelada para imponer la pena mínima, acceder por favorabilidad al descuento del 50% de la misma y concederle a **Néstor Julio Montoya Ramírez** la

suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cumplir con los requisitos previstos para el efecto.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 transitorio de la Ley 600 de 2000, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio emitido el diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la sala examinar si la dosificación de la pena se ajustó a los parámetros legales y si es viable reconocer el descuento punitivo que consagra el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en aplicación del principio de favorabilidad. Igualmente se estudiará la posibilidad de conceder al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

3. Rebaja por aceptación de cargos en sentencia anticipada.

3.1. En punto de la aplicación de la aludida rebaja de pena que establece el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, a los casos de sentencia anticipada en los procesos seguidos con fundamento en la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018), modificó la postura asumida con anterioridad y luego, en sentencia del veintinueve (29) de

enero de dos mil veinte (2020), señaló el alcance de la primera, al precisar¹⁰:

“La Corte, entonces, no tiene más que reiterar su cambio jurisprudencial, referido a que no es posible aplicar, por favorabilidad, los porcentajes de descuento que por allanamiento a cargos contempla la Ley 906 de 2004, a casos seguido dentro de los lineamientos de la Ley 600 de 2000, por dos razones fundamentales: (i) no se trata de dos institutos asimilables, la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, dado que el segundo hace parte del régimen de preacuerdos y debe examinarse de manera integral con estos y sus consecuencias, que no tienen referente en la Ley 600 de 2000; y (ii) la aplicación irrestricta y descontextualizada del porcentaje de reducción fijado en la Ley 906 de 2004, a casos seguidos en la Ley 600 de 2000, implica, o que se añadan también los incrementos dispuestos por la Ley 890 de 2004, en cuyo caso la sanción termina siendo mayor, o que se viole el principio de igualdad, pues, al no aplicarse dicho incremento de pena, la persona acogida en sede de Ley 600 de 2000, termina obteniendo un beneficio mayor que aquella sometida al régimen de la Ley 906 de 2004”.

Con base en la jurisprudencia en cita, es claro que no es posible aplicar por favorabilidad el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, que contempla la rebaja de hasta la mitad de la pena por aceptación de cargos a las actuaciones que se desarrollaron bajo el imperio de la Ley 600 de 2000, en las que no se tuvo en cuenta el aumento punitivo señalado en la Ley 890 de 2004; postura que ha asumido esta corporación.

No obstante, debe aclararse que el cambio jurisprudencial aludido se debe aplicar a quienes se acogieron a sentencia anticipada con posterioridad a la providencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018), emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en procura de garantizar el principio de seguridad jurídica, tal como lo advirtió la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos¹¹:

“El presente cambio de jurisprudencia, no se aplica al caso presente sino a asuntos posteriores, de acuerdo con lo consignado en CSJ SP 27 sep.

10 Sentencia del 29 de enero de 2020, SP095-2020, Radicado: 51.795; en la que precisó el cambio jurisprudencial asumido en la sentencia del 21 de febrero de 2018, SP379-2018, Radicado 50.472.

11 Entre otras, en sentencia del 2 de marzo de 2020, Radicación 50001 31 07 003 2018 00060 01.

2017, rad. 39831, puesto que para el momento en el que el acusado aceptó cargos para sentencia anticipada se encontraba vigente el criterio jurisprudencial anterior que propendía por la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a casos tramitados por Ley 600”.

Por lo anterior, en estos casos debe considerarse el momento en que el implicado suscribió el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, a fin de determinar si es viable aplicar la jurisprudencia en cita, pues de ser anterior, se debe observar la postura existente para ese momento, que consideraba viable conceder el descuento punitivo contemplado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, a las actuaciones adelantadas con fundamento en la Ley 600 de 200024.

En el caso, Néstor Julio Ramírez Montoya suscribió el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada el dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018)¹², razón por la que no es posible aplicar la actual postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden, el a quo desacertó al negar la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, lo que se tendrá en cuenta en el acápite siguiente, en el que la Sala procederá a abordar el estudio de la sanción impuesta.

3.2. Ahora bien, a fin de determinar el porcentaje de descuento de la sanción por la aceptación del cargo, es necesario aludir al criterio reiterado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que precisó¹³:

“En tal labor, es de su resorte tener en cuenta, como ya lo ha precisado la Sala, las circunstancias posdelictuales que guarden relación con la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, tales como: **la significativa economía en la actividad estatal orientada a demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, la**

12 Folio 266 y ss cuaderno de la Fiscalía

13 Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación: 25.726; reiterada en sentencia del 13 de febrero de 2019, SP384-2019, Radicación: 49.386.

importancia de la ayuda en punto de la dificultad de acreditación probatoria, la colaboración en el descubrimiento de otros partícipes o delitos, o diversos factores análogos, sin ponderar los criterios definidos por el legislador en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 para individualizar la pena, pues para tal momento ya fueron apreciados al establecer la sanción a la cual se aplicará la rebaja en razón del allanamiento a cargos¹⁴ (Negrillas fuera del texto original).

A juicio de la Sala, el acogerse el procesado a sentencia anticipada se tradujo en economía procesal y celeridad, máxime que la versión libre e injurada que rindió¹⁵, permitieron acreditar la ocurrencia del delito y su responsabilidad; de manera que se considera procedente aplicar el porcentaje máximo de descuento equivalente al cincuenta por ciento (50%).

4. De la dosificación punitiva.

Los apelantes solicitaron la reducción de la pena impuesta al procesado, pues estiman que se debe partir del mínimo y luego, realizar la reducción por la aceptación de cargos contemplada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

El inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, establece que luego de fijado el cuarto punitivo en el que se ubica la sanción, el Juzgador debe tener en consideración la gravedad de la conducta punible, el daño real o potencial creado, las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad y la función que la pena debe cumplir en el caso concreto.

Ahora bien, frente a la facultad del Juez de no partir del mínimo legalmente establecido, ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁶:

14 Sentencia del 29 de junio de 2006, Radicado: 24.529.

15 Folio 13 y ss. 236 y ss. del cuaderno de la Fiscalía.

16 Sentencia de 8 de junio de 2006, Radicado 24.375.

"De otra parte, respecto de la afirmación según la cual el hecho de no imputarse genéricas agravantes imponía al fallador partir de la sanción mínima, esta no es, ciertamente, la inteligencia del precepto 67 del Código Penal a que alude el censor, cuando expresamente dispone que sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente de atenuación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61, de donde es dable entender que a pesar de presentarse solo diminuentes inexorablemente la sanción no debe ser la mínima, pues el análisis de los diversos criterios que sirven para dosificar la pena pueden conducir a que la misma se incremente dependiendo de la ponderación de cada uno de sus elementos señalados en el citado artículo 61, con la única limitante de no ser dable imponer -en tales hipótesis-, el máximo de la pena".

En el caso, el Juzgador partió de la sanción prevista para el delito de concierto para delinquir agravado tipificado en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002¹⁷, normatividad vigente para la época de los hechos, luego se ubicó en el cuarto mínimo¹⁸ y fijó la pena en setenta y ocho (78) meses de prisión y multa de dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para fundamentar el aumento del mínimo de la sanción el a quo aludió que el acusado se desempeñaba como patrullero y con su conducta generó "zozobra" en la comunidad, lo que demostraba la intensidad del dolo¹⁹.

El representante del Ministerio Público sostuvo que, aunque el procesado hizo parte de dicho grupo armado ilegal, su vinculación obedeció a su inmadurez dada su corta edad y la difícil situación económica. Así mismo, que con su actuar *"mínimamente pudo haber contribuido al fortalecimiento"*, máxime cuando su labor fue la de patrullero; por lo que

17 Que establece unos límites punitivos entre 72 a 144 meses de prisión y multa de 2.000 a 20.000 s.m.l.m.v.

18 Cuarto mínimo de 72 a 90 meses y multa de 2.000 a 6.500 s.m.l.m.v.; cuartos medios de 90 a 126 meses y multa de 6.501 a 15.500 s.m.l.m.v.; y el cuarto máximo de 126 a 144 meses y multa de 15.501 a 20.000 s.m.l.m.v.

19 Folio 23 del cuaderno del Juzgado de Conocimiento.

el incremento punitivo obedeció a la "gravedad general de la organización".

A juicio del Tribunal no se evidencian con claridad los aspectos que permitieron al a quo aumentar del mínimo la sanción imponible, dado que sus argumentos se relacionan con los elementos del tipo penal y el agravante, pues hizo referencia a que el acusado perteneció a un grupo armado que generó zozobra en la comunidad, sin especificar los motivos que lo llevaron a incrementar el mínimo punitivo, la ambigüedad de su fundamento impedía fijar una pena superior.

En ese orden, la Sala modificará la sanción y fijará el mínimo setenta y dos (72) meses de prisión y multa dos mil (2.000) SMLMV y, de acuerdo con lo señalado en el acápite anterior, concederá el descuento punitivo contemplado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, esto es, hasta la mitad de la pena.

Por lo tanto, a la pena individualizada de setenta y dos (72) meses de prisión y multa dos mil (2.000) SMLMV, se descontará la mitad, para imponer finalmente treinta y seis (36) meses de prisión, multa de mil (1.000) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en lo que se modificará el fallo impugnado.

5. Las prohibiciones del artículo 11 de la Ley 733 de 2002

En este punto, es preciso señalar que, en efecto, el artículo 11 de la Ley 733 de 2002²⁰, vigente para la época de los hechos, que consagraba la

20 ARTÍCULO 11. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Cuando se trate de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. **Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial**

exclusión de beneficios y subrogados penales cuando se tratara de delitos de "terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos", **no enlistó el punible de concierto para delinquir agravado atribuido al acusado.** A este únicamente se le atribuyó el concierto para delinquir agravado por haber pertenecido a las AUC como patrullero sin precisar su participación en ninguna de las conductas punibles enlistadas en el artículo 11 de la referida normatividad, las que no pueden enrostrársele por el solo hecho de haber hecho parte del grupo delictivo so pena de desconocer el postulado fundamental de responsabilidad por el acto.²¹ Por lo tanto, no es posible considerar que en este caso el concierto para delinquir agravado sea conexo con delitos que no le fueron atribuidos al sentenciado, como ocurre con los de "terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo y extorsión" enunciados expresamente en el artículo 11 de la ley 733 de 2.0002. En ese orden se equivocó el A-quo a sustentar la negativa del subrogado en dicha ley motivo por el cual, frente a este punto le asiste razón al apelante.

6. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

6.1. Por último, tanto el representante del Ministerio Público como la defensa solicitan se revoque parcialmente el fallo impugnado y en su lugar, se conceda al implicado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Si se tiene en cuenta que todos los mecanismos sustitutos de la pena son concreción de los fines de resocialización que operan en la ejecución de la pena, según lo dispone el artículo 4-2 del Código Penal, no parece razonable que quien en la actualidad desarrolla una vida social y laboral

o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.

²¹ Artículo 29 de la Constitución Política

que colma las expectativas legales, deba privarse de la libertad con la negación de dichos beneficios, cuando estos no estén prohibidos por la naturaleza del delito.

Sobre el tema de la resocialización y prevención especial positiva en la fase de ejecución de la pena, en la sentencia C-233 de 2016 se lee:

"28. Profundizando puntualmente en la ejecución de las penas, conviene señalar que el sistema penal consagra como funciones de la pena la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. **No obstante, solo la prevención especial y la reinserción social son las principales funciones que cobran fuerza en el momento de la ejecución de la pena de prisión** (art. 4º del Código Penal), de tal forma que como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional desde sus inicios^[50], en el Estado social de derecho la ejecución de la sanción penal está orientada hacia la *prevención especial positiva*, esto es, en esta fase se busca ante todo la resocialización del condenado respetando su autonomía y la dignidad humana como pilar fundamental del derecho penal. (Negrillas fuera de texto.

De allí que la teoría actual de la pena refiera a que el tratamiento penitenciario deba estar dirigido a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y deba propender por hacer que el condenado tenga la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, en desarrollo de una actitud de respeto por su familia, el prójimo y la sociedad en general. Es lo que se conoce como la humanización de la pena a partir del postulado de la dignidad humana que establece el artículo 1º de la Constitución Política^[51].

29. Ahora bien, muchas veces se presentan tensiones entre la *prevención general*, entendida como la tipificación legal de los hechos punibles que pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal otorgando criterios retributivos y de proporcionalidad entre delito-pena^[52], y la *prevención especial positiva*. Tales tensiones se materializan en que la prevención general aconseja penas más severas, mientras que la prevención especial positiva parte de la base de políticas de resocialización que siguieren penas bajas.

30. Esa discusión fue abordada en la sentencia C-261 de 1996^[53], en la cual la Corte concluyó que (i) durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de la resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana; (ii) el objeto del derecho penal en un Estado como el colombiano, no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo; y, (iii) diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la función resocializadora del tratamiento penitenciario, de tal forma que la pena de prisión o intramural no puede ser considerada como la única forma de ejecutar la sanción impuesta al condenado.

Al respecto, el artículo 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, consagra que el régimen penitenciario consiste en un tratamiento cuya finalidad esencial es la reforma y la readaptación social de los penados. En el mismo sentido, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Así las cosas, el Estado está en la obligación de procurar la función resocializadora de las personas condenadas a penas privativas de la libertad. Por lo tanto, la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana”.

6.2. De cara a la procedencia del subrogado penal petitionado, el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de los hechos, establece los siguientes requisitos para la concesión de esta medida sustitutiva: (i). Que la pena impuesta no sea superior a tres (3) años, **(ii). Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.**

En el presente caso, se cumple el primer presupuesto, pues la sanción a imponer al implicado es de treinta y seis (36) meses, es decir, igual al límite punitivo señalado por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

En relación con el segundo presupuesto referente al factor subjetivo, de lo obrante en la actuación se evidencia que, aunque el procesado hizo parte de una organización criminal, su actuación se circunscribió al rol de patrullero, que no tenía poder de mando; por ende, el juicio de reproche y gravedad de la conducta es menor.

A su turno, aunque, con la información aportada al expediente por la Agencia para la Reincorporación y Normalización Colombiana²², contra Néstor Julio Montoya Ramírez aparecen registradas anotaciones judiciales por los delitos de concierto para delinquir y sedición, lo cierto es que estos no constituyen antecedentes penales²³ y, además, se desconoce el estado del proceso que cursó o cursa en su contra por el delito de concierto-para delinquir y, respecto de la sedición los hechos se originaron previo a su desmovilización²⁴.

Ahora, en la sentencia condenatoria se reporta que Montoya Ramírez, fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria²⁵ pero no se allegó el texto de la misma al proceso. Por tanto se desconocen las circunstancias en las que se realizó tal comportamiento, sin que sea posible en esta instancia asumir que este delito sea de entidad tal que pueda fundamentar la necesidad de tratamiento penitenciario en una persona que en la actualidad lleva una vida lícita. Justamente la privación de su libertad le impediría a futuro ejecutar actividades laborales que le permitan obtener ingresos para cumplir con su deber alimentario, en quien ha acreditado que tiene su domicilio Belén de Umbría (Risaralda) y labora en construcción, aspecto este no fue cuestionado por el ente acusador. Adicionalmente, de acuerdo a la información suministrada por el Coordinador del Área de Antecedentes Judiciales Seccional Meta, el señor Montoya Ramírez no registra "prontuario delictivo, investigaciones preliminares y tampoco información sobre investigaciones formales..."²⁶.

Como permanecen vigentes buenos antecedentes sociales y laborales sumado a la actitud del procesado consistente en aceptar los cargos y

22 Oficio No. OFI18-028196 / 5202023 del 17 de agosto de 2018. Folios 12 y ss del cuaderno original del Juzgado.

23 "Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales." Artículo 248 Constitución Política.

24 Hechos del 9 de abril de 2006, el acusado se desmovilizó el 17 de ese mismo mes y año.

25 Radicado No. 66088600006220130018900

26 Folio 17 cuaderno original del juzgado.

someterse a la sentencia anticipada, no es posible concluir en la necesidad de la ejecución de la pena impuesta a **Néstor Julio Montoya Ramírez**, por lo que esta Sala revocará parcialmente el fallo impugnado y en su lugar, concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena que establece el artículo 63 original del Código Penal.

Para gozar de dicha medida, el acusado deberá suscribir diligencia de compromiso con las obligaciones contenidas en el artículo 65 ibídem, las que deberá garantizar mediante caución de un salario mínimo legal vigente, por un periodo de prueba de 5 años²⁷.

Adviértase al procesado que cuenta con 90 días a partir de la ejecutoria de la sentencia para presentarse ante la autoridad judicial y, de no hacerlo, se procederá a ejecutar la sentencia, de conformidad con el último inciso del artículo 66 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Villavicencio, en Sala de Decisión Penal No. 4, "administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley".

RESUELVE:

Primero. Modificar la sentencia condenatoria emitida el 10 de octubre de 2018, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, en contra de **Néstor Julio Montoya Ramírez**, por el delito de concierto para delinquir agravado, en el sentido de imponerle 36 meses de prisión, multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el

27 Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos: (...).

mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva.

Segundo. Revocar parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de conceder a **Néstor Julio Montoya Ramírez** la suspensión condicional de la ejecución de la pena con un periodo de prueba de 5 años y las obligaciones contenidas en la parte motiva de la presente decisión.

Tercero. Advertir al procesado **Néstor Julio Montoya Ramírez** que cuenta con 90 días a partir de la ejecutoria de la sentencia para presentarse ante la autoridad judicial y, de no hacerlo, se procederá a ejecutar la sentencia, de conformidad con el último inciso del artículo 66 del Código Penal.

Cuarto. Confirmar en lo demás el fallo recurrido y en firme esta determinación, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

Quinto. Contra la presente sentencia procede el recurso de casación.

Notifíquese y cúmplase. -


ALCIBÍADES VARGAS BAUTISTA
Magistrado

Con Salvamento de Voto
YENNY PATRICIA GARCÍA OTÁLORA
Magistrada


LUIS HERNANDO ROJAS ISAZA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO
Villavicencio, 10 de mayo de 2022

Radicado: 50001-31-07-004-2018-00141-01
Procesado: Nestor Julio Montoya Ramírez
Delito: Concierto para delinquir agravado
M.P. Alcibíades Vargas Bautista

De manera respetuosa procedo a presentar las razones por las cuales me veo precisada a SALVAR EL VOTO en la decisión aprobada por la Sala Mayoritaria, así:

Como primera medida debo destacar lo sorprendente que fue el cambio de postura en este asunto, como quiera que tal y como se presentó la ponencia previa a la definitiva -en la que se negaba el subrogado-, se han adoptado varias decisiones con esa inclinación, sin embargo ante el arribo de nuestro nuevo compañero de Sala quien se opuso a la negativa, esta fue diametralmente modificada, sin que en mi modo de ver, los argumentos esbozados en esta oportunidad tengan la potencialidad para justificar el cambio de postura en el caso del ponente.

Pero más allá de este asombro, debo señalar que en manera alguna las razones expuestas en la providencia mayoritaria pueden ser de recibo. Se afirma en la decisión lo siguiente:

«aunque, con la información aportada al expediente por la Agencia para la Reincorporación y Normalización Colombiana¹, contra Néstor Julio Montoya Ramírez aparecen registradas anotaciones judiciales por los delitos de concierto para delinquir y sedición, lo cierto es que estos no constituyen antecedentes penales² y, además, se desconoce el estado del proceso que cursó o cursa en su contra por el delito de concierto para delinquir y, respecto de la sedición los hechos se originaron previo a su desmovilización³.

¹ Oficio No. OFI18-028196 / 5202023 del 17 de agosto de 2018. Folios 12 y ss del cuaderno original del Juzgado.

² “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.” Artículo 248 Constitución Política.

³ Hechos del 9 de abril de 2006, el acusado se desmovilizó el 17 de ese mismo mes y año.

Ahora, en la sentencia condenatoria se reporta que Montoya Ramírez, fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria⁴ pero no se allegó el texto de la misma al proceso. Por tanto se desconocen las circunstancias en las que se realizó tal comportamiento, sin que sea posible en esta instancia asumir que este delito sea de entidad tal que pueda fundamentar la necesidad de tratamiento penitenciario en una persona que en la actualidad lleva una vida lícita. Justamente la privación de su libertad le impediría a futuro ejecutar actividades laborales que le permitan obtener ingresos para cumplir con su deber alimentario, en quien ha acreditado que tiene su domicilio Belén de Umbria (Risaralda) y labora en construcción, aspecto este no fue cuestionado por el ente acusador. Adicionalmente, de acuerdo a la información suministrada por el Coordinador del Área de Antecedentes Judiciales Seccional Meta, el señor Montoya Ramírez no registra "prontuario delictivo, investigaciones preliminares y tampoco información sobre investigaciones formales..."⁵.

Como permanecen vigentes buenos antecedentes sociales y laborales sumado a la actitud del procesado consistente en aceptar los cargos y someterse a la sentencia anticipada, no es posible concluir en la necesidad de la ejecución de la pena impuesta a Néstor Julio Montoya Ramírez, por lo que esta Sala revocará parcialmente el fallo impugnado y en su lugar, concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena que establece el artículo 63 original del Código Penal.»

Considera la suscrita que la información obtenida en la actuación acerca de los antecedentes sociales, personales y familiares del enjuiciado no resultaban suficientes para inferir que no existe necesidad de ejecución de la pena, como se sostiene en la decisión mayoritaria.

Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia recientemente enseñó:

«El tercero prevé un aspecto valorativo, en el que a pesar de que la persona posea antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores, al juez le compete determinar si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado son indicativos de que no existe necesidad de tratamiento penitenciario.

En este caso, habrá de examinar sus actos u acciones anteriores en los ámbitos señalados. Como individuo su espíritu humano y solidario, su formación y preparación; en lo social, su relación, trato y comunicación con los miembros de su círculo social; y, en lo familiar, los vínculos establecidos con sus parientes más cercanos.

⁴ Radicado No. 66088600006220130018900

⁵ Folio 17 cuaderno original del juzgado.

4.4 El estudio del aspecto subjetivo debe estar apoyado en medios de prueba, más allá de las simples manifestaciones personales del sentenciado o de su abogado, demostrativos de que la conducta en su vida de relación con allegados y congéneres en los espacios señalados no hace necesaria la ejecución de la pena, toda vez que sus antecedentes muestran que no requiere ser sometido al proceso de resocialización perseguido con el tratamiento penitenciario, como fin fundamental de la pena.»⁶

Bajo estos criterios, encuentra la suscrita que el antecedente penal que registra el sentenciado por un delito de inasistencia alimentaria no puede tomarse como un comportamiento menor o insignificante, como se sugiere en la decisión mayoritaria y que impida conocer su comportamiento inadecuado en el ámbito familiar.

Sorprende aun más que se exija para valorar un antecedente penal que se allegue el texto de la sentencia y de ese modo determinar con precisión los hechos por los que se le juzgó y condenó por la administración de justicia y con ello (al parecer eso es lo que se pretende), definir si quedó bien condenado o no.

Este tipo interpretaciones a juicio de la suscrita van más allá de la función que nos corresponde y pretende forzar posturas dirigidas exclusivamente a beneficiar a los procesados con prebendas inmerecidas.

Considero que no es posible menospreciar un antecedente por inasistencia alimentaria, cuando están de por medio los derechos de la familia, eje central y núcleo fundamental de la sociedad.

Olvidan mis compañeros que de manera reiterada la Corte Constitucional ha destacado la importancia de esta institución. En decisión T-292 de dos mil dieciséis (2016), la alta Corporación precisó:

«La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”⁷. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos⁸. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación⁹. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991¹⁰.

⁶ SP776-2022

⁷ T-071 de 2016.

⁸ C-241 de 2012 y C-026 de 2016.

⁹ C-371 de 1994 reiterada en la Sentencia C-577 de 2011 y T-071 de 2016, entre otras.

¹⁰ C-289 de 2000, reiterada en la Sentencia C-577 de 2011.

El constituyente reguló la institución familiar como derecho y núcleo esencial de la sociedad en el artículo 42 Superior. De acuerdo con esta disposición, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral.

Sin pretender agotar las disposiciones constitucionales que blindan su protección se destaca que el artículo 5º dispone que el Estado debe amparar a la familia como la institución básica de la sociedad; seguidamente, el artículo 13 señala que nadie puede ser discriminado en razón de su origen familiar; en el artículo 15, se regula el derecho a la intimidad familiar; el artículo 28, relativo a la garantía fundamental a la libertad, precisa que nadie puede ser "molestado en su persona o familia"; y, el artículo 33, determina que "nadie está obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

Los lineamientos jurídicos a nivel internacional han sido reiterativos en señalar que el Estado debe brindar a la familia respecto, protección y asistencia, así como en hacer un llamado para adoptar medidas tendientes a la igualdad y protección de los hijos que la componen. Entre los instrumentos jurídicos internacionales se destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹, artículo 16, ordinal 3º; la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹², artículos 11, 17 y 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³, artículos 7º, 10 y 11; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, artículos 17, 23 y 24.»

Así pues, no resulta razonable ignorar una decisión judicial ejecutoriada (que implicó un antecedente penal), bajo el ropaje de no conocerla en su integridad, pues este no es el escenario para ello. Mal harían los operadores judiciales en criticar el acierto o no de las decisiones de otros falladores y/o valorar la gravedad o no del comportamiento por el que se condenó de manera anterior.

Y más aun censurable es que se minimice un antecedente por tratarse de un delito que tan solo afectó el bien jurídico de la familia o que se le reste importancia por desconocer los periodos de incumplimiento de la obligación alimentaria o el tipo de sujeto pasivo del delito, o peor aún que se crea que quedó mal condenado porque se trataba de un ciudadano de bajos recursos y que no podía atender su obligación.

¹¹ Su vinculación no es obligatoria, pero se ha aplicado en virtud de la costumbre internacional, la cual constituye una fuente del derecho internacional según el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38.1, precepto reiterado, entre otras, en la Sentencia T-070 de 2015.

¹² Ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

¹³ Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

¹⁴ Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

Finalmente, ponderar de esa manera como se hace en la decisión mayoritaria, desnaturaliza la función de prevención especial que tiene la pena en el artículo 8 del código penal, porque si lo que se pretende a través del tratamiento penitenciario, es que el ciudadano reasuma un comportamiento respetuoso ante la sociedad, incluso la familia, no puede la administración de justicia fomentar una sensación de impunidad para la colectividad permitiendo que personas reincidentes (en comportamientos delictivos) sin justificación permanezca en libertad.

Atendiendo los argumentos esbozados y dado el antecedente penal que registra el enjuiciado, así como las anotaciones penales destacadas en la decisión, considero que no existe un pronostico favorable para inferir que Montoya Ramírez no debe cumplir la pena impuesta, pues su comportamiento al interior de la familia no fue favorable.

Por estas razones no comparto la decisión mayoritaria.

Cordialmente,



YENNY PATRICIA GARCÍA OTÁLORA
Magistrada