República de Colombia

Rama Judicial

Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Especializado de Antioquia

Medellín, Dos (02) de Agosto de Dos Mil Veintidós (2022)

ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que revocó la decisión a través de la *que se decretó la nulidad parcial de lo actuado desde la vinculación del procesado como persona ausente,* se profiere sentencia dentro de este asunto que se adelanta en contra de **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA**, a quien la Fiscalía General de la Nación lo acusó como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

HECHOS

Se reseña en la resolución de acusación:

> "La presente investigación se inició por la presunta militancia del señor **DIOVANNY HERNANDEZ MENDOZA**, durante su

> pertenencia a la organización armada ilegal denominada autodefensas unidas de Colombia AUC, concretamente en el bloque **ELMER CARDENAS**, al mando directo de **FREDY RENDON HERRERA** alias "el ALEMAN", hasta el año 2006, fecha de su desmovilización; y para cuyos fines portó armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y utilizó prendas de uso privativo del ejército de Colombia." (fl. 154)

FILIACIÓN DEL PROCESADO

DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA se identifica con la cédula de ciudadanía No. 70.526.924 expedida en Arboletes – Ant.-, donde nació el 27 de octubre de 1973. Es hijo de Teodola y Jesús.

Se desconoce su lugar de residencia.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

En virtud del proceso de paz que se entabló entre el Gobierno Nacional y los denominados grupos de Autodefensa, se produjo la desmovilización del llamado Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

Como el procesado se desmovilizó colectivamente con esa estructura, se le escuchó en versión libre a efectos de determinar la viabilidad de otorgarle los beneficios jurídicos dispuestos para desmovilizados en la ley 782 de 2002 y el Decreto 3360 de 2003.

Sin embargo, dado que en diferentes decisiones las Altas Cortes determinaron la calificación que habría de darse a la conducta en la que incurren los miembros de los grupos de autodefensas y la obligación de adelantar la investigación respecto de los mismos, la Fiscalía General de la Nación decretó apertura de proceso penal en contra de **DIOVANNY HERNÁNDEZ**

MENDOZA, ordenando la vinculación a través de indagatoria por la presunta comisión del delito de concierto para delinquir.

Considerando la imposibilidad de escuchar al sindicado en injurada, el 26 de agosto de 2015 se libró orden de captura y como la misma no se hizo efectiva, el 24 de noviembre siguiente se le declaró persona ausente, nombrándosele un defensor público.

En febrero 10 de 2016 fue resuelta la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por el delito de concierto para delinquir agravado y clausurado el ciclo instructivo se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por la conducta punible de concierto para delinquir agravado.

En firme el pliego de cargos el proceso pasó por reparto a manos de este Despacho para la fase de juzgamiento, por lo que el 06 de febrero de 2017 se realizó la audiencia preparatoria, mientras que el 16 de mayo hogaño se realizó la vista pública.

El 13 de julio de 2018 el Despacho profirió decisión a través del cual se decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir del momento en el que la Fiscalía General de la Nación vinculó al procesado **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** como persona ausente, inclusive. El Fiscal delegado apeló dicha decisión, por lo que Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia mediante decisión del 04 de marzo de 2019 que revocó esa decisión, disponiendo que el Juzgado culminara esta fase procesal a través del pronunciamiento correspondiente. Por lo cual, sigue dictar sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Fiscal solicitó se imparta sentencia de carácter condenatorio, ello por cuanto dentro de la actuación existe prueba suficiente para deprecar con certeza que el procesado perteneció a las extintas AUC.

MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador acompañó la posición del Ente Acusador por encontrar colmadas las exigencias que para la emisión de sentencia de condena impone el artículo 232 de la ley 600 de 2000.

Ello toda vez que existen pruebas que no solo determinan la materialidad o tipicidad de comportamiento del delito de concierto para delinquir agravado sino también la responsabilidad del sindicado en la comisión o participación de la conducta a título de dolo. Se satisfacen los presupuestos fácticos, jurídicos y probatorios para que proceda una sentencia condenatoria.

LA DEFENSA TÉCNICA

El señor defensor requirió la absolución de **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** pues a su parecer la procedencia del procesado y su situación económica pudieron determinar la permanencia en el grupo ilegal, situación que no fue valorada con mayor detenimiento en el proceso de reincorporación, puesto que la lista que fue otorgada por los líderes o cabecillas de las AUC tenía la finalidad de cumplir con los parámetros legales establecidos para la reincorporación de quienes hacía parte de ésta clase de grupos armados.

Adicional a ello, señaló que fue lesionado el principio de confianza legítima, por cuanto se prometió a los exintegrantes de las AUC que trascurrido el término de 2 años y si procedían con buena conducta se les extinguiría la pena, hecho que varió tras varios pronunciamientos de las Altas Cortes.

Solicitó tener en cuenta aquellas circunstancias al momento de fallar, e incluso la aplicación de la circunstancia de marginalidad consagrada en el artículo 56 del CP, ya que las personas que ingresaron en estos grupos ilegales lo hicieron por profundas circunstancias de marginalidad y pobreza extrema.

CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 733 de 2002, es competente este Despacho para adoptar la decisión que en derecho corresponda respecto del procesado **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA**, porque como quedó visto, se le endilgó la calidad de coautor del delito de concierto para delinquir agravado.

Además, como la conducta presuntamente se desplegó en el norte de Urabá – Ant.-, territorialmente también resulta apta esta Oficina para resolver.

2.- Al margen de lo anterior, debe agregarse que del estudio de la actuación se constata que la misma fue llevada a cabo con acatamiento a las disposiciones legales, con respeto al debido proceso y a las garantías fundamentales inherentes a los sujetos procesales, no vislumbrándose causal alguna que pueda generar nulidad de lo actuado.

3.- Siguiendo el orden lógico que debe recorrer la presente decisión, recuérdese que para el proferimiento de sentencia condenatoria debe existir en la actuación prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y a la

responsabilidad del procesado, conforme a lo dispuesto por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

En tal cometido el Juzgado abordará los medios probatorios relevantes que, como señala el artículo 238 del estatuto procesal, deben ser analizados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Para ello se examinará la materialización o no de los hechos objeto de juzgamiento, luego indicará si los mismos constituyen delito y más adelante se estudiará, de ser positiva la verificación, si en tal conducta al procesado le cabe responsabilidad.

4.- Pues bien, para no rodear, al procesado se le reprocha como suceso objeto de juzgamiento el de la pertenencia a un grupo organizado al margen de la ley –Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia-, comportamiento que sin duda se halla tipificado como delito por el inciso 2º del artículo 340 del código penal.

5.- En efecto, la mencionada regla, modificada por el artículo 8º de la Ley 733 de 2002, prevé:

> "**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.".

Esta modalidad delictiva ha sido objeto de múltiples análisis por parte de la jurisprudencia nacional, por lo cual se ha logrado identificar el contenido de la conducta, las circunstancias fácticas en que eventualmente se presenta la lesión del bien jurídico y los referentes probatorios legítimos para predicar la existencia del delito, indicándose que en el inciso 1º de la norma en comento se consigna una fórmula tradicional de concierto o "concierto simple", para cometer delitos indeterminados, con la que se enfrenta la llamada delincuencia común o convencional. En el inciso 2º se delineó el concierto para delinquir agravado, diseñado estratégicamente para sancionar grupos creados para cometer alguno o algunos delitos específicos, y en el 3º un tipo especial que se refiere a la efectiva materialización del acuerdo[1].

Por eso y porque los grupos armados al margen de la ley constituidos tradicionalmente para combatir desde la esfera privada el fenómeno insurgente se dedicaron a cometer conductas punibles de gran envergadura, lesivas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, su comportamiento debe adecuarse a la primera de las dos modalidades agravadas cuando quiera que el autor o partícipe se hubiere asociado para cometer las infracciones descritas en el inciso 2º o, a ambas, si la función del sujeto activo era la de organizar, fomentar, promover, dirigir, encabezar, constituir o financiar la asociación criminal, puesto que las estructuras criminales paramilitares se conformaron, justamente, para la comisión de los delitos descritos en el inciso 2º (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).

[1] Cfr. CSJ, Sala de Casación Penal, Rad. 26.942 del 14 de mayo de 2007.

Ahora, desde el punto de vista probatorio se ha dicho que la prueba del acuerdo para promover grupos al margen de la ley debe establecerse a partir del examen de los roles funcionales. Es decir, el ejercicio jurídico de atribución de responsabilidad implica efectuar un juicio de la conducta que permita identificar el acuerdo para promover o hacer parte dichas organizaciones. Además, puede ser procedente realizar un examen posterior –*ex post*- orientado a evidenciar si aparecen resultados de esas funciones como prueba del injusto mismo, aunque debe advertirse desde ya que la producción de un resultado específico no se hace necesaria para la punición del comportamiento, por cuanto se trata de un delito de mera conducta, en donde el simple acuerdo es susceptible de castigo.

6.- En este caso el Juzgado debe indicar que concuerda con la visión del Delegado de la Fiscalía, ya que la verdad es que en el proceso obra la prueba necesaria –así pueda calificársele como escasa- para acreditar no solo materialidad de la conducta punible sino además la responsabilidad del acusado en su comisión.

En ese sentido basta verificar que en la versión libre, el procesado **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** reconoció expresamente, de manera libre y voluntaria, que con el alias de *Mario* hizo parte del Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia, grupo armado en el que permaneció por un año como *patrullero*. Admitió que portó arma de fuego (G-3) y que militó en la jurisdicción del municipio de Urabá –Ant.-.

Además en las diligencias reposan los documentos que confirman que **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** fue integrante de la organización ilegal a la que se ha hecho alusión, destacándose entre ellos la lista de los que fueron reconocidos como miembros del Bloque por parte de quienes fueron a su vez distinguidos como representantes de esas estructuras, que fue acogida por el Alto Comisionado para la Paz en acatamiento a lo dispuesto en el Decreto

3360 de 2003, así como el acta que se levantó de la entrega y desmovilización colectiva y voluntaria.

Tales evidencias, no sólo permiten llegar con grado de certeza al conocimiento según el cual **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** hizo parte de las conocidas Autodefensas Unidas de Colombia *–materialidad de la conducta-*, sino además en lo que tiene que ver con la demostración de responsabilidad, pues ellas avalan el juicio de reproche por cuanto permite asegurar en los términos del artículo 232 de la ley 600 de 2000 que el enjuiciado, conociendo la ilicitud de su actuar, resolvió voluntariamente integrar el indicado conjunto ilegal.

Corolario es que el Juzgado dictará fallo de condena en estricta consonancia con lo establecido en la resolución de acusación, porque si bien la Defensa deprecó el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad y la vulneración del principio de confianza legítima (sin explicar cuál era el correctivo a tal afectación), el Despacho observa que allí tampoco se tiene razón.

En lo primero porque realmente ninguna prueba señala que, en efecto, alguna situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema tuvo influencia directa en la realización de la conducta punible. Y sobre lo último se tiene:

Menester resulta recordar que en el año 2005 se emitió la Ley 975 la que en su artículo 71 adicionó el artículo 468 del Código Penal (sedición), en los siguientes términos:

> "*Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: "También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.*"

La entrada en vigor de este precepto originó conmoción (conflictos de competencia) entre los jueces penales del circuito y los penales del circuito especializado que venían tramitando el juicio en procesos por el delito de concierto para delinquir agravado (Ley 599 de 2000, artículo 340), por lo que los procesos arribaron a la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia que en decisión ***mayoritaria*** inicialmente concluyó que fue voluntad del legislador reformar directamente el Código Penal en el sentido de tipificar bajo el *nomen juris* de "sedición" la conducta de "*quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal",* de donde devenía indudable que ese artículo 71 estaba llamado a producir efectos generales, de suerte que a partir de su vigencia todas las hipótesis en que la imputación fáctica contra un sindicado se hiciera consistir en "*pertenecer o conformar"* uno de los mencionados grupos armados con las consecuencias allí señaladas -*interferir en el funcionamiento del orden constitucional y legal vigente*-, resultaba inequívocamente típica de esta especial modalidad de sedición[2].

Esto resultaba importante para los recién desmovilizados de los grupos de autodefensa, pues la Ley 418 de 1997 (prorrogada y modificada sucesivamente con la ley 548 de 1999, la Ley 782 de 2002, la Ley 812 de 2003, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014, entre otras), consagraba beneficios de amnistía, indulto, cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria para conductas constitutivas de ***delito político*****,** salvo actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Sin embargo, como se dijo, la posición acerca de la validez (Constitucionalidad por vicios de fondo y de forma) del artículo 71 de la ley 975 en un comienzo no

[2] CSJ, Sala Penal. Rad. 25449 de mayo 16 de 2006, entre varias.

sólo fue puesta en duda por varios integrantes de la Sala de Casación Penal, sino que finalmente la Corte Constitucional mediante sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006 declaró inexequible el mencionado artículo 71, debido a vicios sustanciales en el procedimiento en su formación.

Lo anterior generó nuevos pronunciamientos por parte del Alto Tribunal que mayoritariamente y en general optaron, vistos los efectos hacia el futuro de la sentencia de inexequibilidad, por la tesis según la cual no podían verse afectadas situaciones que dentro del tiempo de la vigencia se hubiesen consolidado o aquellas que por ajustarse en un todo a la previsión legal hubiesen podido recibir el influjo benéfico de su contenido[3].

Pero esta postura de la Corte Suprema de Justicia varió hacia la que hoy se mantiene inalterada, ya que en paradigmática decisión y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta Superior el Alto Tribunal replanteó el estudio acerca de la constitucionalidad por razones de fondo de la citada disposición, ***determinando la imposibilidad de equiparar el delito de sedición con el de concierto para delinquir***, ***y por ende la improcedencia de aplicar, aún por favorabilidad, el precepto retirado el ordenamiento, a los asuntos que alcanzó a cobijar su vigencia***. Para lo que interesa, concluyó la Corte:

> "*Se concluye, entonces que a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, no es viable su aplicación porque: 1) La Constitución establece criterios básicos sobre lo que se debe entender por delito político; 2). Desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los delitos políticos y el concierto para delinquir, 3). Aceptar que el concierto para delinquir es un delito político lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas; 4). Al haber sido declarado inexequible el precepto, no puede seguir produciendo*

[3] CSJ, Sala Penal. Rad. 25797 de agosto 08 de 2006, entre algunos.

> *efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico, y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexequibilidad por razones de forma.*" [4]

Por tanto, aunque es cierto que en algún momento la conducta que dentro de las denominadas Autodefensas desplegó el acusado pudo haber sido *formalmente* catalogada como sedición, no menos verdad es que *materialmente* ese comportamiento nunca se adecuó a dicho tipo penal, sencillamente porque desde ninguna óptica tales acciones pueden calificarse como políticas:

> "Frente a la Ley 975 de 2005 la jurisprudencia ha sostenido que los delitos cometidos por los paramilitares no pueden ser considerados como políticos, por cuanto la naturaleza de esta organización armada al margen de la ley no es atentar contra el régimen constitucional y legal vigente:
>
> *"Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares, como es el caso de los miembros de los grupos de autodefensa que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto delito político.*
>
> *Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera."*[5]

[4] Cfr. Autos del 11 de julio y 5 de diciembre de 2007, radicaciones Nº 26945 y 27955, respectivamente, reiterados en la radicación 29195 de marzo 12 de 2008, entre muchos.
[5] Cfr. CSJ, Sala Penal. Auto del 28 de mayo de 2008, radicado 29547, reiterado en el rad. 34955 de octubre

De otra parte, el Juzgado no estima, salvo un mejor criterio, que al procesado se le hubiera engañado o sus "derechos adquiridos" hubieran sido afectados.

Lo primero porque en Colombia todos los ciudadanos y las autoridades están obligados a acatar lo resuelto por la Corte Constitucional en las sentencias en las que ejerce su función de control de constitucionalidad, por manera que si antes de esos pronunciamientos no se ha radicado en cabeza de la persona algún derecho en específico, resulta incorrecto invocar engaño, amén de lo que atrás se dijo en el sentido que así la norma (ley) exista, la misma no otorga ningún derecho si va en contra de las disposiciones de la Carta Superior, lo que puede ser declarado por los jueces en ejercicio de la facultad de control difuso (art. 4º CN).

Lo segundo, y ahí es justamente donde falla la defensa, el sindicado ningún derecho adquirió, pues ninguna resolución inhibitoria o de preclusión se le dictó durante la instrucción.

Desde otro ámbito debe señalarse que ningún derecho, por importante que sea, resulta absoluto. En cuanto al principio de confianza legítima, se ha dicho, *"es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general"* (C-131 de 2004), por lo que no se trata de que las situaciones para los particulares se tornen en inmodificables, sino más bien a que se impida la ejecución de *"cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el*

20 de 2010, entre varias.

Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación" (c-131 de 2004).

Según quedó sentado hace algunas líneas, cuando el artículo 71 de la ley 975 estuvo vigente debió inaplicarse no sólo por ir contra los criterios básicos que la Constitución establece para que un delito pueda considerarse político, sino también porque aceptar que el concierto para delinquir es un delito político conlleva el desconocimiento de los derechos de las víctimas, de donde surge razonable y legítimo que las expectativas que se hubieren podido generar en los desmovilizados pudieran variar.

Y esa variación se hizo de tal forma que los desmovilizados pudieran ajustarse a los cambios, pues el Estado por intermedio de distintos órganos y diversas ramas propendió porque la situación de los miembros de los grupos de Autodefensa que dejaron las armas no se viera afectada de sobremanera ante la inexequibilidad del artículo 71 de la ley 975, por lo que en un comienzo se expidió la ley 1312 de 2009 que previó para ellos la aplicación del principio de oportunidad cuando no cursaran en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones (art. 2-17) y luego, retirada del ordenamiento nuevamente por inconstitucional, se promulgó la ley 1424 de 2010, que si bien no prevé la ausencia de punición, sí establece previo el cumplimiento de algunos requisitos, la no imposición de medida de aseguramiento durante el proceso y la suspensión de las penas principales (prisión y multa) y de las accesorias por un período de prueba equivalente al de la mitad de la sanción corporal que se imponga (sin importar su monto), prerrogativas de las que en Colombia no goza ningún otro enjuiciado.

Por estas razones la denuncia de vulneración al principio de confianza legítima no prospera.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN

1. El delito de concierto para delinquir agravado previsto en el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, tiene prevista una pena de prisión de 06 a 12 años (72 a 144 meses) y de multa que oscila entre 2.000 y 20.000 salarios mínimos legales mensuales.

Acorde con los procedimientos establecidos en los artículos 60 y 61 de la Ley 599 de 2000, el rango general punitivo se divide en cuartos, procedimiento que permite fijarlos de la siguiente manera: (i) **Primer cuarto**: Prisión entre 72 y 90 meses. Multa de 2.000 a 6.500 smlmv. (ii) **Cuartos medios**: Prisión entre 90 meses y 126 meses. Multa de 6.500 a 15.500 smlmv. (iii) **Último cuarto**: Entre 126 meses y 144 meses. Multa de 15.500 a 20.000 smlmv.

Como no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, el ámbito de movilidad punitivo se ubica dentro del primer cuarto, es decir entre 72 y 90 meses de prisión y multa entre 2000 a 6500 smlmv y atendiendo a que el procesado dentro de la organización al margen de la Ley ostentaba el cargo de patrullero sin que obre prueba en contrario, se impondrá las sanciones mínimas de **72 meses de prisión** y **multa equivalente a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para el año 2006.

2.- Con todo, en esta ocasión el Juzgado reconocerá a favor del sentenciado una rebaja de pena por confesión (1/6 parte), porque se cumplen los requeridos para la denominada *confesión cualificada*. Véase:

Emerge de lo previsto en el artículo 283 de la Ley 600 de 2000 y así también lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, para otorgar rebaja

de pena por confesión se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) que el procesado haya confesado su autoría o participación en el hecho, (ii) que no se trate de un caso de flagrancia, (iii) que la confesión se haya ofrecido en la primera versión que se rinde ante el funcionario que conoce del asunto, y (iv) que la confesión sea fundamento de la sentencia (CSJ SP, 10 de jun. de 2015, rad. 44604).

La jurisprudencia actual admite el reconocimiento de la rebaja de pena tanto en los casos de confesión simple como cuando ella es cualificada (CSJ SP, 12 de feb. de 2014, rad. 30183). El fundamento de ese criterio fue explicado por la Sala de Casación Penal así:

"… Que la confesión sea el fundamento de la sentencia no significa, como a veces se entiende, que constituya su soporte probatorio determinante. Si así fuese, la norma de la reducción punitiva sería virtualmente inaplicable pues si la ley impone verificar el contenido de la confesión es normal que al hacerlo se logren otros medios de prueba con la aptitud suficiente para fundamentar el fallo. El significado de la exigencia legal, está vinculado es a la utilidad de la confesión. Y si se considera que su efecto reductor de la pena se condiciona a que tenga ocurrencia en la primera versión y en casos de no flagrancia, la lógica indica que fundamenta la sentencia si facilita la investigación y es la causa inmediata o mediata de las demás evidencias sobre las cuales finalmente se construye la sentencia condenatoria (CSJ SP, 16 de oct. de 2003, rad. 15656, reiterada en SP488-2016).

Acorde con los precedentes acotados, lo decisivo para otorgar la rebaja de pena es que la confesión sea útil para fundamentar la condena. Por eso, incluso, a la fecha no resulta descartable dicho descuento cuando la admisión de responsabilidad es parcial, como en los casos en que se acepta la posesión de una parte importante de los elementos materiales del delito y la confesión es

empleada en forma significativa por el fallador para edificar la sentencia condenatoria.

En el asunto se tiene que el procesado no fue capturado en situación de flagrancia, según los términos del artículo 345 de la Ley 600 de 2000, ya que su acercamiento a la autoridad judicial se produjo en virtud de un proceso de desmovilización concertado con el Gobierno Nacional.

En su versión libre, **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** voluntariamente admitió su pertenencia al Bloque Elmer Cárdenas, en el que estuvo por un año. Como se observa, la confesión la efectuó en su primera participación procesal. En la versión libre confesó los hechos.

El Despacho advierte que el fallo condenatorio se cimienta en gran medida en la mencionada confesión, porque si bien obran otros elementos como la lista con la cual el miembro representante del grupo armado ilegal acredita la pertenencia de varias personas a esa organización en los términos del Decreto 3360 de 2003 – entre ellas el procesado-, el poder suasorio de dicho elemento resulta escaso si no existiera la versión libre del sentenciado, ya que es dicha intervención la que le otorga autenticidad según lo disciplinado por artículo 262 de la ley 600 de 2000.

Además de los anteriores medios de convicción no se incorporó uno adicional, por lo que debe concluirse que es a partir de la confesión ofrecida por el procesado que se puede determinar con certeza que éste perteneció a un grupo armado organizado al margen de ley.

Conclúyase de lo expuesto que en este caso concurren a cabalidad los presupuestos exigidos para conceder rebaja de pena por confesión.

Por tanto, las sanciones de 72 meses de prisión y multa equivalente a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2006 se aminorarán a **60 meses y 1666.66 smlmv**, respectivamente.

Como pena accesoria se impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción privativa de la libertad.

La multa deberá ser pagada a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho en el fondo-cuenta especial dispuesta para ello dentro de los diez días hábiles que sigan a la ejecutoria del fallo (arts. 6°, L. 2197/2022).

SUBROGADOS PENALES

En el sub examine no se reúnen los requisitos establecidos en los artículos 38 y 63 del código penal para otorgar la prisión domiciliaria o del subrogado de suspensión condicional –vigentes al momento de los hechos-, porque la pena asignada supera los 36 meses y la prevista en la ley para el delito por el que se procede supera los 05 años.

No resulta viable la aplicación favorable de la ley 1709 de 2014 que amplía los requisitos objetivos para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (de 03 a 04 años de pena impuesta) y la prisión domiciliaria (de 05 a 08 años de sanción mínima prevista en la ley), porque al mismo tiempo la norma prohíbe la concesión de esos beneficios para quienes sean condenados por el delito de concierto para delinquir agravado (entre otros), sin que sea viable acudir a una "especie" de favorabilidad para entender levantada esa restricción[6].

[6] CSJ SP1461-2014 (R. 42501, febrero 12 de 2014), CSJ SP2998-2014 (R.42623, marzo 12 de 2014), CSJ SP 3240-2015 (36828 de marzo 18 de 2015) y CSJ SP 16558-2015 (44840, diciembre 2 de 2015).

Por último, tampoco aplican los beneficios establecidos en la Ley 1424 de 2010 para los desmovilizados de los grupos de autodefensa, pues la ACR hoy ARN –*Agencia para la Reincorporación y la Normalización*- informa su negativa, dado que el implicado *"registra un estado de 'Pérdida de Beneficios'* en el proceso de reintegración" (fl. 185, c.o.).

En consecuencia, de inmediato se emitirá orden de captura en contra del sentenciado para que cumpla con la pena de prisión irrogada (art. 188, L. 600).

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Al respecto se advierte, de un lado, que en la actuación no se evidencian pretensiones de reparación económica o de otra clase, y del otro, que este asunto se impulsa por el delito de concierto para delinquir, donde figura como bien tutelado la seguridad pública.

Así, se abstendrá el Juzgado de emitir condena por daños materiales y morales derivados del hecho punible.

Por último, se ordenará la comunicación de la presente decisión a la Agencia Colombiana para la Reincorporación y la Normalización –ARN-, según lo dispone el artículo 16 del Decreto 2601 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR a **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** de condiciones personales y civiles consignadas en precedencia, coautor

penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 340 del código penal y lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONDENAR a **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** a las penas principales de **SESENTA (60) MESES DE PRISIÓN** y multa de **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PUNTO SESENTA Y SEIS (1666,66) SMLMV** para el año 2006, que serán pagados a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho en el fondo-cuenta especial dispuesta para ello dentro de los diez días hábiles que sigan a la ejecutoria del fallo.

Además, se asigna la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas durante el mismo término de la pena corporal.

TERCERO.- NEGAR a **DIOVANNY HERNÁNDEZ MENDOZA** el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por las razones anotadas.

En consecuencia, **DE INMEDIATO EXPÍDASE** orden de captura en contra del sentenciado para que cumpla con la pena de prisión irrogada (art. 188, L. 600).

CUARTO.- El Juzgado se **ABSTIENE** de emitir condena en perjuicios, con apoyo en lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO.- COMUNÍQUESE lo resuelto a la Agencia Colombiana para la Reincorporación y Normalización.

SEXTO.- En firme esta providencia **LÍBRENSE** las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes en consonancia con lo normado en el artículo 472

Ley 600 de 2000 y **REMÍTASE** la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo.

SÉPTIMO.- Contra la presente determinación procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo para ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Jaime Alberto Namclares Quintero
Juez