El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 11 de julio de 2018

Proceso:                 Penal

Delito: Reclutamiento ilícito y otros

Radicación Nro. : 66001 31 07 002 2016 00027 01

Procesado: JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: RECLUTAMIENTO ILÍCITO Y OTROS / DOSIFICACIÓN DE LA PENA CUANDO EXISTE CONCURSO** – Manera de establecer la pena más grave **/ INCREMENTO PUNITIVO NO DEBE SOBREPASAR EL DOBLE DE LA PENA CONCRETA / REDUCCIÓN DE PENA POR CONFESIÓN –** No procede cuando se otorga rebaja por sentencia anticipada **/ INCREMENTO DE LA LEY 890 DE 2004 / NO REFORMATIO IN PEJUS /**

En ese sentido, la pena más grave, viene a ser aquella que se obtiene al final del proceso de dosificación de la pena para cada uno de los delitos, en comparación con la pena de los demás.

Así, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde antaño ha considerado que el delito base corresponde al que individualmente tenga la pena más grave, por lo cual debe escogerse de entre todas las sanciones la pena objetivamente más grave, lo anterior significa que se elige la de más entidad individualizada por el juzgador y no la que tenga la sanción abstracta más alta

(…)

Por lo tanto la Sala considera que lo procedente en este caso es partir de la pena fijada para la conducta de tortura en persona protegida 135 meses (según la decisión del fallador que no se puede modificar en segunda instancia, ya que sería agraviado el procesado), que en atención a los factores previstos en el artículo 3º del C.P., se aumentará en la mitad (67 meses 15 días) por los 20 eventos restantes deducidos en el fallo impugnado, para un total de 202 meses 15 días de prisión, lo que no sobrepasa el doble de la pena concreta fijada para esa conducta punible. El mismo aumento se aplicará a la pena de multa que en consecuencia será fijada en 843 SMLMV para la época de los hechos.

(…)

Sobre este punto se debe manifestar que la procedencia de la aplicación del artículo artículo 283 de la Ley 600 del 2000, se encuentra condicionada a los siguientes requisitos : 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 rinda ante el funcionario que conoce del asunto; y iv) que dichas manifestaciones hayan servido como fundamento del fallo condenatorio que se profiera.

6.7.2 Sin embargo en el caso en estudio, no resulta pertinente analizar la procedibilidad de la citada rebaja que no es concurrente con el descuento punitivo procedente por la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, como lo ha señalado la SP de la CSJ

*(…) En este orden de ideas, el segundo cargo invocado no prospera, dado que mal puede pretenderse la concesión de las rebajas de pena por confesión y por sentencia anticipada, toda vez que el presente asunto corresponde a un trámite abreviado rituado por la Ley 600/00 en el que los dos acusados aceptaron su responsabilidad durante la instrucción, motivo por el que se hacen merecedores únicamente a la rebaja por sentencia anticipada, que por aplicación favorable del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, se amplía a la mitad para ANTONIO RIVERA y a las dos quintas partes para SIGIFREDO RIVAS , según se está reconociendo en este fallo de casación.”* (Subraya fuera del texto)

(…)

Sin embargo de la providencia citada se deduce que ese incremento punitivo no sería aplicable en el caso sub examen, por las siguientes razones: i) el precedente mencionado señala claramente que la aplicación retroactiva del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para casos regulados por la Ley 600 de 2000, solo se aplica para conductas cometidas luego del 1º de enero de 2005; ii) el caso del señor González Brand no se adecua a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 890 de 2004 que se relaciona con la entrada en vigencia inmediata de los artículos 7 a 13 de esa Ley, que no guardan relación con los delitos que aceptó el procesado; y iii) aun de haberse cometido conductas punibles como las investigadas, luego del 1 de enero de 2005, lo real es que el sentenciado se encuentra amparado por la garantía de no reformatio in pejus, establecida en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución de 1991, según el cual: *“El superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único”,* como sucede en el presente caso, donde la sentencia solamente fue recurrida por su Defensora, lo cual impediría adoptar los incrementos de pena que estableció el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para fijar las sanciones por el concurso de conductas punibles por las cuales se dicó el fallo en contra del señor González Brand.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Acta: 567

Hora: 10:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 31 07 002 2016 00027 01 |
| Procesado  | José Fernando González Brand |
| Delitos | Reclutamiento ilícito, secuestro simple agravado, aborto, y tortura en persona protegida.  |
| Juzgado de conocimiento  | Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Risaralda) |
| Asunto  | Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 04 de diciembre de 2017. |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor José Fernando González Brand contra la sentencia del 04 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Risaralda), donde se le condenó a la pena principal de 427 meses 6 días de prisión y multa de 1554,6 SMLMV, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término de doscientos cuarenta ( 240 ) meses, como responsable de las conductas de reclutamiento ilícito, secuestro simple, aborto y tortura en persona protegida.

1. **ANTECEDENTES**
	1. El contexto fático deducido en el fallo de primera instancia es el siguiente:

*“Con base en las versiones libres vertidas por los postulados LISARDO CARO alias "ROMAÑA " y FRANCISCO ANTONIO SALAZAR HINESTROSA alias "JHON JAIRO", antiguos comandantes del denominado "Ejército Revolucionario Guevarista -ERG-", la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Nacional para Justicia y Paz compulsó copias, el 17 de diciembre de 2012, para que se investigara la probable comisión de algunos abortos practicados de manera ilegal por HÉCTOR ALBEIDIS ARBOLEDA BUITRAGO alias "El Enfermero".*

*Adelantadas las pesquisas y labores de* *inteligencia al respecto, que comprendieron la recepción de declaraciones de las víctimas y de ex integrantes del grupo delictivo, se estableció que, por parte de miembros del Ejército Revolucionario Guevarista -EGR- , se perpetraron diversas conductas punibles como aborto sin consentimiento, reclutamiento ilícito y otros; así mismo, que a esa estructura criminal perteneció JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND, alias "ALEXIS", quien ocupara lugares destacados en la cadena de mando del citado grupo.*

*El 9 de noviembre de 2015, la Fiscalía 3a Especializada dispuso la apertura de instrucción en contra del señor JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND alias "ALEXIS", por su presunta autoría directa, o por línea de mando, en la comisión de las conductas punibles de rebelión, concierto para delinquir agravado, aborto sin consentimiento, en concurso homogéneo, tortura agravada en concurso, reclutamiento ilícito, acceso carnal violento en concurso y secuestro simple agravado y, en consecuencia, libró orden de captura en su contra.*

*El 13 de noviembre de 2015, en Bello (Antioquia), se materializó la captura del señor JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND, quien fue escuchado en indagatoria del 16 de noviembre al 15 de diciembre siguiente, diligencia en el curso de la cual manifestó su deseo de acogerse a la figura de sentencia anticipada.*

*El 23 del mismo mes la Fiscalía definió situación jurídica, mediante resolución en la cual impuso al indagado medida de aseguramiento de detención preventiva, por considerarlo presunto coautor de las conductas punibles de reclutamiento ilícito, secuestro simple agravado, acceso carnal violento, aborto sin consentimiento, homicidio en persona protegida, actos de discriminación racial y concierto para delinquir; así mismo, se abstuvo de imponer medida por secuestro extorsivo agravado, desaparición forzada en concurso con homicidio en persona protegida y desplazamiento forzado, por considerar que no se superaba la exigencia de establecimiento de la materialidad e indicios de responsabilidad, al respecto.*

*En virtud de la manifestación del procesado respecto a su voluntad de acogerse a la figura de sentencia anticipada, el 8 de abril de 2016 se elaboró y suscribió el acta de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, hecho lo cual se dispuso la remisión del proceso al Juzgado de conocimiento.”*

2.2 El juez de primer grado sintetizó así los cargos formulados por la FGN, que fueron aceptados por el señor José Fernando González Brand:

*“Reclutamiento ilícito.- Del que fueron víctimas Ladys Yiser Eusse Flórez, María Yarelis Palomeque Mosquera, Yimara Muñoz Molina, Carmen Elena Caro Caro, Andrea María Álvarez Grajales, Mónica Helena Soto Zapata, Patricia Caro Sánchez, María Albertina Nequirucama Tamaniza, Olivia Velásquez Tunugama, Omaira Bariaza Gutiérrez, María Erlinda Cortés Jaramillo, Astrid Milena González, Darío Oki Perea, Sonia Guarabe Tunugama, María Lucía Oki Perea, Fanis Anili Mosquera Ibarguen, Diana Elizabeth Saldarriaga Sánchez, María Eugenia Saldarriaga Sánchez y Diana Isabel Jiménez Sánchez, tipificado por la Fiscalía conforme al artículo 162 de la Ley 599 de 2000, en atención a que muchas de las víctimas cumplieron la mayoría de edad en vigencia del nuevo Código Penal y en virtud al principio de legalidad extendida o legalidad flexible.*

*Secuestro simple agravado.- Del que fueran víctimas Luz Mery Tamaniza, María Helena Guarabe Tanugama y Astrid González Guarabe, conducta tipificada en el artículo 168 del Código Penal, con las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el artículo 170 ibídem, numerales 1, 2 y 3 original, y con la modificación introducida po*r la Ley 733 de 2002 para las victimas liberadas bajo su vigencia.

*Aborto sin consentimiento*.- *Del que fueran víctimas María Yarelis Palomeque Mosquera, Bibiana María Suarez, Carmen Elena Caro Caro, Andrea María Álvarez Grajales, Damaris Montoya Bolívar, Rosa Edilma Marín Ruiz, Patricia Caro Sánchez, María Albertina Nequirucama Tamaniza, Olivia Velásquez Tanugama, Omaira Bariaza Gutiérrez, Sonia Guarabe Tunugama, María Lucía Oki Perea, Fanis Anili Mosquera Ibarguen, Luz Edilma Zapata y Diana Elizabeth Saldarriaga Sánchez, comportamiento tipificado en el artículo 344 del Decreto 100 de 1980, y artículo 123 de la Ley 599 de 2000 únicamente para dosificación punitiva, atendiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito de Medellín.*

*Acceso carnal violento en persona protegida.- Del que fueran víctimas Olivia Velásquez Tanucama Tamaniza y Sonia Guarabe Tunugama, conducta descrita en los artículos 298 del Decreto 100 de 1980 y 138 de la Ley 599 de 2000, el primero para efectos punitivos pero bajo el nombre del segundo como delito de lesa humanidad.*

*Tortura.- Del que fueran víctimas María Yarelis Palomeque Mosquera, Bibiana María Suárez Álvarez, Gloria Nancy Suárez Álvarez, María Rosmery Suárez Álvarez, Yimara Muñoz Molina, Carmen Elena Caro Caro, Andrea María Álvarez Grajales, Damaris Montoya Bolívar, Rosa Edilma Marín Ruiz, Patricia Caro Sánchez, María Albertina Nequirucama Tamaniza, Olivia Velásquez Tanuvama, Omaira Bariaza Gutiérrez, Sonia Guarabe Tunigama, María Lucía Oki Perea, Fanis Anili Mosquera Ibarguen, Luz Edilma Zapata, Diana Elizabeth Saldarriaga Sánchez y Claribel Mosquera Palacios, conducta consagrada en el artículo 279 del Decreto 100 de 1980, aplicable para hechos acaecidos antes del 7 de julio de 2000; del 7 de julio de 2000 al 24 de julio de 2001 de conformidad con el mencionado decreto con las modificaciones introducidas por la Ley 589 de 2000 artículos 279 y 279A numeral 2o; y para los hechos cometidos con posterioridad al 25 de julio de 2005 según lo normado en la Ley 599 de 2000 artículo 137. Se aclaró por parte de la Fiscalía, que la adecuación típica se efectúa en tales términos únicamente para dosificación punitiva, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito de* Medellín.

*Actos de discriminación racial.- De los que fueran víctimas María Helena Guarabe Tunugama, María Albertina Nequirucama Tamaniza, Olivia Velásquez Tanucama, Omaira Bariaza Gutiérrez, María Erlinda Cortés Jaramillo, Astrid Milena González Guarube, Darío Oki Perea, Sonia Guarabe Tunugama, María Lucia Oki Perea, Fanis Anilli Mosquera Ibarguen y Maria Helena Guarabe Tunugama, comportamiento tipificado en el artículo 147 de La Ley 599 de 2000, aclarándose por parte de la Fiscalía que a pesar de que al momento de la comisión de las conductas frente a la primera víctima relacionada no había entrado en vigencia este tipo penal, se debe dar aplicación al Principio de legalidad extendida o flexible.”*

2.2 La sentencia correspondiente fue proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Risaralda) el cuatro (04) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)[[1]](#footnote-1), y en sus numerales 1º a 3º se dispuso lo siguiente:

*“Primero: APROBAR la aceptación de cargos a través de la figura de SENTENCIA ANTICIPADA, efectuada por el procesado JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND, alias “ALEXIS”, con cédula de ciudadanía 98.451.015 de Betania (Antioquia), puesto que no se vislumbra vulneración de garantías fundamentales en dicho trámite.*

*(…)*

*Tercero: CONDENAR al señor JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND, alias “ALEXIS”, de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso, a la pena principal de 427 meses 6 días de prisión, multa por valor de 1.554.6 salarios mínimos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 240 meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”*

2.3 Contra la misma, la defensora del procesado interpuso recurso de apelación[[2]](#footnote-2).

1. **IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO**

Se trata de José Fernando Gómez Brand, a. “Alexis” identificado con la cédula de ciudadanía 98.451.015 de Betania (Antioquia), nació el 31 de octubre de 1969 en Guasabra, corregimiento de Santa Fe de Antioquia (Antioquia), hijo de María Elvira y José Vicente, estado civil unión libre, bachiller.

1. **SOBRE EL FALLO RECURRIDO**

Las consideraciones de la decisión de primera instancia, se pueden sintetizar así

* La situación fáctica que dio origen al proceso se relaciona con los diversos comportamientos ilícitos desplegados por el señor José Fernando González Brand, quien hiciera parte del grupo alzado en armas que operaba en Risaralda, Antioquia y Chocó, denominado “Ejército Revolucionario Guevarista -ERG-”, dentro del cual ocupó lugares destacados en la cadena de mando.
* De conformidad con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se tienen como requisitos para proferir sentencia condenatoria que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del procesado; si bien dentro del proceso se encontraba plenamente demostrada la existencia y establecimiento con ánimo de permanencia de una empresa al margen de la ley dentro de la cual el acusado contaba con poder de mando entre los años 1999 y 2006, era necesario establecer la existencia de los hechos endilgados y si el agente los había ejecutado en consonancia con la política, instrucción u orden del aparato organizado de poder del ERG.
* Los EMP suministraron con suficiencia la información relativa a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que tuvieron ocurrencia las siguientes conductas:

*i) Reclutamiento ilícito*, no obstante haber tenido lugar entre los años de 1999 y 2006, se tipifica conforme al artículo 162 de la Ley 599 de 2000 en virtud del principio de legalidad extendida o flexible, ya que muchas de las víctimas de esa conducta punible cumplieron la mayoría de edad, hallándose en las filas de la organización delictiva y por tratarse de un crimen de lesa humanidad.

*ii) Secuestro simple agravado,* debe aplicarse la ley vigente al momento de la cesación del desarrollo de dichos comportamientos, en el caso, mientras que la liberación de una víctima ocurrió en el año 2000. Sobre la otra, conocida como Luz Mery Tamaniza, aún no se tienen noticias sobre su ubicación.

*iii) Aborto sin consentimiento,* tal comportamiento, tipificado en el artículo 344 del Decreto 100 de 1980 pero aplicando el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 para efectos de dosificación punitiva; atendiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito de Medellín.

* No solo se llevó a cabo el delito de aborto, autónoma e independientemente considerado, sino que también se evidenció acompañado del punible de *tortura en persona protegida*, conformándose así un concurso delictual; sin perderse de vista que a los abortos forzados y torturas se vieron sometidas, generalmente, adolescentes, menores de edad, que habían sido objeto de reclutamiento ilícito, de atropellos y posteriormente, vieron en consecuencia afectadas su integridad y formación sexuales, así como su derecho a concebir, punibles que igualmente han sido definidos como crímenes de lesa humanidad.
* En lo relativo a las conductas de *acceso carnal violento en persona protegida,* perpetradas por alias “familia”, alias “Daniel” y alias “Duver”, no existió EMP que indicara que el acusado hubiera intervenido en los aludidos atentados sexuales, de manera directa o en calidad de copartícipe; pues el hecho de que hubiera tenido conocimiento de esos actos luego de ocurrido el hecho delictivo, como señala una de las víctimas, no lo convierte en autor o partícipe del mismo.
* Con respecto a *los actos de discriminación racial*, se puso de relieve que la situación fáctica calificada como discriminatoria se desencadenó como un castigo que le fue impuesto a un militante por haberse dormido prestando guardia y haber olvidado el armamento, y no por su condición de indígena; no existió entonces, soporte probatorio alguno que señalara con claridad que las personas eran sometidas a trabajos forzados o que fueran discriminadas en razón de su pertenencia a esa etnia.
* Conforme a lo expuesto, resultó acreditada la materialidad y responsabilidad del señor José Fernando González Brand como autor mediato o por línea de mando con respecto a los delitos de reclutamiento ilícito, secuestro simple, aborto y tortura en persona protegida, como fueron formulados y aceptados tales cargos.
* En lo atinente a la solicitud de la defensa de declarar la prescripción de la acción adelantada por los delitos de reclutamiento ilícito, aborto forzado, así como los otros ilícitos por los que se procedía; consideró la falta de vocación de prosperidad, por tratarse de conductas punibles que no correspondían al concepto de delito común y por tanto, la acción penal se tornaba imprescriptible, siguiendo lo dispuesto en los precedentes CSJ SP del 22 de septiembre de 2010, radicado 30830 y del 23 de 2012, radicado 34188, donde se consideraron estas conductas punibles como crímenes de lesa humanidad.
* Acerca de la petición subsidiaria de la defensora del procesado, para que se remitieran las diligencias a la Jurisdicción Especial para la Paz, o a la Fiscalía de origen para que adelante el trámite tendiente al otorgamiento de la libertad condicional, el *A quo* indicó que no era posible aplicarle al incriminado el trato diferencial establecido en la Ley 1820 de 2016 ni en el Decreto 277 de 2017 que la reglamenta, o remitir las diligencias a la Justicia Especial para la Paz; dado que dicha normatividad solo cobija a los integrantes de los grupos armados que hayan firmado el acuerdo de paz con el gobierno, es decir la FARC –EP, y no al denominado "Ejército Revolucionario Guevarista" -ERG-, grupo al que perteneció el señor González Brand.
* Al hacer el ejercicio de dosificación punitiva, el juez de primer grado individualizó la sanción para cada una de las conductas punibles por las que fue sentenciado José Fernando González Brand así :

i) 72 meses de prisión y multa de 600 SMLMV por la conducta de *reclutamiento ilícito.*

ii) 172 meses de prisión y multa de 821 SMLMV por la conducta de *secuestro simple agravado* cometido en contra Astrid Milena González y de María Helena González.

iii) 168 meses de prisión y multa de 700 SMLMV por la conducta de *secuestro simple agravado* en la persona de Luz Mery Tamaniza (de quien se desconoce su paradero).

iv) 36 y 48 meses de prisión para los delitos de *aborto* cometidos en vigencia del Decreto 100 de 1980 y de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

v) 135 meses de prisión, multa de 562 SMLMV y 135 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el delito de *tortura*.

* El juez de conocimiento consideró que la pena individualizada para el delito de tortura en persona protegida era considerablemente mayor a la de las demás conductas y por tanto tomó como sanción a básica, la de 135 meses de prisión, multa de 562 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 135 meses, aplicando por favorabilidad el artículo 137 de la ley 599 de 2000.
* Ya al hacer las consideraciones sobre la pena concreta a fijar para cada conducta punible, el funcionario de primer grado hizo las siguientes estimaciones sobre cada delito en particular, tomando como base el número de conductas cometidas en concurso homogéneo.
* Para el *actus reus*  de Tortura, que correspondía a 20 casos restantes efectuó un incremento de 15 meses de prisión, 50 salarios mínimos de multa y 15 meses de inhabilitación por cada episodio de esta naturaleza, que equivalían a 300 meses de prisión, y multa por 1.000 salarios como incremento por este concurso, de lo cual resultaba una pena de 435 meses de prisión, multa por valor de 1.562 salarios mínimos y 435 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
* Respecto a la conducta punible de aborto, consideró que se debía aumentar la pena señalada anteriormente en 126 meses, correspondientes a 6 meses por cada episodio de aborto (21 eventos), que al ser sumada a la pena fijada para el *actus reus* de tortura, daba un total parcial de 561 meses de prisión y multa por valor de 1.562 salarios mínimos.
* En lo que atañe el delito concursante de Reclutamiento Ilícito, el *A quo* estimó razonable y proporcional incrementar la pena en 7 meses de prisión y multa por 60 SMLMV, en razón de cada conducta, y como quiera que se determinaron 13 casos en los cuales admitió su responsabilidad el señor González Brand, esa pena se cuantificó en 91 meses de prisión, y multa por valor de 780 salarios, dando una sumatoria parcial de 652 meses de prisión y multa por el equivalente a 2.342 smlmv.
* Frente al delito concursante de secuestro, la pena se aumentó en 20 meses de prisión y multa por el equivalente a 83 SMLMV por cada uno de los tres eventos de esa naturaleza, siendo establecida en 60 meses de prisión y 249 SMLMV adicionales.
* En consecuencia al computar todas las penas individualizadas frente a cada conducta punible, la sanción fue fijada en 712 meses de prisión, multa por valor de 2.591 salarios mínimos, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 435 meses.
* En la sentencia recurrida se manifestó que como el señor José Fernando González Brand manifestó su voluntad de acogerse a la figura de sentencia anticipada en el curso de la diligencia de indagatoria, esto es, en su primera intervención procesal, se le debía aplicar por favorabilidad el descuento punitivo previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, que resultaba ser más favorable que el previsto en el inciso 4º del artículo 40 de la ley 600 de 2000.
* En ese sentido el juez de primer grado, hizo una detracción punitiva del 40%, de conformidad con lo establecido en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, considerando que el grado de colaboración del acusado con la administración de justicia, no resultaba ser muy relevante, ya que para el momento en que rindió indagatoria, el ente investigador contaba ya con un material probatorio tan abrumador en contra del procesado, que este se vio precisado a allanarse a la imputación, ante la inutilidad de enfrentar un juicio en condiciones tan adversas, puesto que no le era posible negar su condición de integrante, y comandante del "ERG", durante el lapso al que se ha hecho alusión en estas diligencias, por lo cual el *A quo* consideró que era proporcional y equitativo era reducir la pena deducida en un 40%, que en tal virtud fue fijada de manera definitiva en 427 meses 6 días de prisión, multa por valor de 1.554,6 SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 240 meses, que era el máximo legal imponible, respecto de esta última pena.
* En lo concerniente a la concesión de los beneficios que consagran los artículos 38B (prisión domiciliaria) y 63 (suspensión condicional de la ejecución de la pena) del Código Penal, adicionado el primero y modificado el segundo por los artículos 23 y 29 de la Ley 1709 de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o del artículo 68 A, el juez de primer nivel consideró que no había lugar a la concesión de beneficios y subrogados penales, porque los delitos por los cuales se condenó al procesado se encontraban incluidos en la disposición últimamente mencionada, por lo cual la pena impuesta debía ser descontada en el establecimiento penitenciario que designara el INPEC para tal efecto.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

**5.1 Defensora del procesado (recurrente)**

* Su primer disenso giró en torno a la tasación de la pena y la vulneración de las reglas propias del concurso de conductas punibles, por considerar que el juez desbordó los presupuestos del artículo 31 del C.P. Así, si el juez advirtió que la pena básica y la que marcó el cimiento para la dosificación era la de 135 meses por el delito de tortura, porque según su sentir la estimaba proporcional y razonable, el concurso de conductas o la sumatoria del otro tanto nopodía superar los 135 meses, y la pena máxima aplicable sería la de 270 meses. Sin embargo, el juez aumentó la pena en 577 meses.
* En segundo lugar expuso que conforme a la jurisprudencia sobre la materia, la pena más grave era aquella que contenía el mayor *plus* punitivo y no en sí el tipo penal en concreto, por lo cual en honor a la lealtad debía advertir que la sanción de la cual se debió partir en atención a las reglas del concurso de conductas punibles, era la prevista para el delito de secuestro simple agravado del que fuera víctima la María Helena González, es decir, la de 172 meses de prisión, sanción que sería la base para incrementar hasta en otro tanto la consecuencia jurídica, por el resto de los delitos que concursaban, sin que se superaran otros 172 meses, por lo cual la pena máxima de no podría exceder de 344 meses de prisión.
* En tercer término manifestó que por haber aceptado cargos desde la diligencia de indagatoria, su representado merecía la máxima rebaja de la pena, es el 50% y adicionalmente la reducción de una 1/6 parte de la sanción en razón de su confesión, invocando lo dispuesto en el artículo 283 de la Ley 600 de 2000.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

**6.1 Competencia**

Esta Colegiatura es competente para conocer del presente recurso en atención a lo dispuesto en el artículo 76-1 de la Ley 600 de 2000.

**6.2 Problemas jurídicos a resolver**

Conforme a los términos del recurso propuesto y en virtud del principio de limitación de la segunda instancia deberá determinar esta Sala: i) si en el caso *sub examen* existió algún error al escoger la pena concreta base para deducir los incrementos punitivos por concurso de conductas punibles; ii) si se determinó correctamente la reducción de la pena por razón del acogimiento del procesado a sentencia anticipada y la aplicación del artículo 351 de la ley 906 de 2004; y iii) si resultaba viable la concurrencia de rebajas por sentencia anticipada y por confesión.

**6.2 Primer problema jurídico: Sobre la fijación de la pena, para efectos de determinar el incremento por el concurso de conductas punibles.**

6.2.1 El artículo 31 del Código Penal dispone lo siguiente:

*“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. INC 2. Modificado.L.890/2004, art.1º.En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. (…)”*

Conforme a la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, se tiene lo siguiente:

*“La norma transcrita, al ser confrontada con el contenido de los artículos 60 y 61 del mismo Estatuto, y con la postura jurisprudencial de la Sala en lo que tiene que ver con la dosificación de la pena de prisión, tanto para delitos individuales, como en los eventos de concurrencia de comportamientos punibles, permite ver que el incremento punitivo previsto para los casos de concurso de comportamientos punibles, sin distinción de su modalidad, es decir, independientemente de las formas de concurso que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido y desarrollado (entre ellas, el concurso homogéneo, heterogéneo, simultáneo y sucesivo) se actualiza después de que se ha fijado la pena correspondiente a cada delito individualmente considerado, y se ha definido cuál de ellos contempla la pena más gravosa.*

*Solamente, después de proceder de esa manera, es cuando el sentenciador puede incrementar la pena, según los límites que le fija el aludido artículo 31, y tomar así en consideración todas las modalidades de concurso que se presenten.”[[3]](#footnote-3)*

6.2.2 Según lo expuesto primeramente, corresponde al juez fijar los límites punitivos y cuartos de movilidad de todas y cada una de las conductas concurrentes en el concurso de delitos, y luego individualizar la sanción en concreto para cada punible.

En ese sentido, la *pena más grave*, viene a ser aquella que se obtiene al final del proceso de dosificación de la pena para cada uno de los delitos, en comparación con la pena de los demás.

Así, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde antaño ha considerado que el delito base corresponde al que individualmente tenga la pena más grave, por lo cual debe escogerse de entre todas las sanciones la pena objetivamente más grave, lo anterior significa que se elige la de más entidad individualizada por el juzgador y no la que tenga la sanción abstracta más alta[[4]](#footnote-4):

*“Ahora bien: individualizadas las penas de las conductas y elegida la mayor, esta es el referente para el aumento de hasta otro tanto autorizado por la ley. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, como lo entendió el Tribunal, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave.”[[5]](#footnote-5)*

6.2.3 En este orden de ideas, debe recordarse que al realizar la dosificación punitiva, el juez de primer grado estableció para cada una de las conductas las siguientes penas: 72 meses de prisión y multa de 600 SMLMV por la conducta de *reclutamiento ilícito;* 172 meses de prisión y multa de 821 SMLMV por la conducta de *secuestro simple agravado* en la persona de María Helena González; 168 meses de prisión y multa de 700 SMLMV por la conducta de *secuestro simple agravado* en la persona de Luz Mery Tamaniza (de quien aún se desconoce su paradero); y Astrid Milena González; 36 y 48 meses de prisión para los *abortos* cometidos en vigencia del Decreto 100 de 1980 y de la Ley 599 de 2000, respectivamente; y 135 meses de prisión, multa de 562 SMLMV y 135 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el delito de *tortura*.

6.2.4 Por lo tanto, atendiendo los precedentes jurisprudenciales fijados por la H. C.S.J., se tiene que en este caso, en principio *la* *pena más grave,* correspondería a la determinada para el delito de secuestro simple agravado en la persona de María Helena González, esto es, la de 172 meses de prisión y multa de 821 SMLMV.

6.2.5 Sin embargo debe decirse que pese a tener un *plus* punitivo menor, al presentarse un concurso homogéneo de conductas punibles de “tortura en persona protegida”, y tratarse de 21 episodios deducidos en la sentencia de primer grado, la pena concreta más grave vendría a ser la prevista para este delito ya que se partió de 135 meses de prisión, que fueron incrementados en 15 meses por cada una de estas conductas delictivas, que correspondían a 20 actos adicionales, por lo que cual la pena concreta de más entidad fijada por el fallador vendría siendo la señalada para este *actus reus,* que ascendió a 435 meses de prisión, multa por valor de 1.562 SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena principal (con la salvedad de que frente a este pena el juez de primer grado desbordó el límite máximo establecido en el primer inciso del artículo 51 del CP).

6.3 Sin embargo en este caso la Sala observa inicialmente que el *A quo,* desconoció las reglas propias del concurso de conductas punibles, ya que esa pena solo podría ser incrementada “hasta en otro tanto”, por lo cual quedaría en 270 meses de prisión como máximo.

6.3.1 En lo relativo al entendimiento que debe darse a la expresión *“hasta otro tanto”,* que contiene el artículo 31 del CP, en la jurisprudencia puntual de la SP de la CSJ, se ha manifestado lo siguiente:

*“De esta preceptiva claramente se advierte que cuando alguien es hallado responsable de la comisión de varios delitos, para establecer la condigna sanción es necesario dosificar las penas correspondientes a todas las conductas, con este doble propósito: primero, para conocer cuál de ellas establece la pena más grave, y segundo, para poder calcular la suma aritmética de todas las penas, guarismo éste que se constituirá en el límite máximo de la punición conglobante.*

*En este orden de ideas, las penas “debidamente dosificadas” (y con mayor razón los respectivos marcos punitivos) de las conductas concurrentes no seleccionadas como la que “establece la pena más grave” no tienen connotación distinta a las que se acaban de señalar, porque el cálculo de la sanción por todos los delitos tendrá como punto de partida la pena del más grave, y la discrecionalidad en el incremento por las demás conductas girará no en torno a la punibilidad propia de éstas sino de la de aquél, en la medida en que dicha pena se debe aumentar “hasta en otro tanto”, vale decir, un incremento que debe ser mínimo de un día y puede llegar como máximo al 100% de la pena más grave, siempre y cuando esta operación no supere los 40 años ni la suma aritmética de las penas que corresponderían a todas las conductas si se hubieren juzgado por separado.*

*Como se ve claramente, la punibilidad de las conductas concurrentes no consideradas como la de “pena más grave” pierde su individualidad y la autonomía para acceder a la del tipo base del concurso y manifestarse sólo como una proporción de ésta (“hasta en otro tanto”).*

*Dicho en otras palabras, cuando se calcula la sanción en un concurso de delitos, la cuota de pena correspondiente a las conductas concurrentes no consideradas como la más grave, no tiene relación con su propia punibilidad o con el marco punitivo dentro del cual se determinaría la sanción en caso de haberse juzgado la conducta independientemente, sino con “la pena más grave”. Esto, porque el referente de la pena final o total es la del tipo base incrementada hasta en una proporción de sí misma por lo que concierne a las conductas concurrentes, cuya propia punibilidad sólo se mira para establecer con la suma de ellas un baremo no susceptible de ser rebasado por la pena conglobante o totalizada.”[[6]](#footnote-6)* (Subrayas ex texto)

6.3.2 En el caso *sub lite,* se observa que el *A quo* no atendió esta regla, ya que a los 435 meses de prisión y la multa por 1562 SMLMV que fijó por el tipo de tortura en persona protegida (21 episodios), le incrementó 6 meses de prisión por cada uno de los 21 abortos, 7 meses de prisión y multa de 60 SMLMV por cada uno de los 13 reclutamientos ilícitos y 20 meses de prisión y multa de 83 SMLMV por cada uno de los 3 secuestros; llegando así a una pena de 712 meses de prisión, multa de 2591 SMLMV y 435 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

6.3.3 Por ello y para subsanar esa situación se acudirá a las reglas propias de fijación de la pena en caso de concurso de conductas punibles y al precedente antes citado, y en consecuencia se tomará como pena base la de 135 meses de prisión y multa de 562 SMLMV, fijada para el delito de tortura.

Lo anterior, pese al error cometido por el juez de conocimiento; porque en realidad la sanción mayor correspondía al *contra jus* de secuestro simple agravado cometido en la persona de la señora María Helena González, esto es, la de 172 meses de prisión y multa de 821 SMLMV. Luego, conforme ya se explicó, constituiría éste el referente para el aumento de *hasta otro tanto* a que hace alusión el artículo 31 del C.P.

Así pues, lo indicado en este caso hubiese sido que conforme a las reglas propias del concurso la pena base, es decir, 172 meses de prisión y multa de 821 SMLMV, se hubiese aumentado en un porcentaje que en todo caso no podía exceder del doble de ella misma, lo cual equivaldría a 344 meses de prisión y multa de 1524 SMLMV, para efectos de fijar la pena concreta a partir de la cual se harían los incrementos por los delitos concursantes, siguiendo las reglas establecidas en el citado artículo 31 del C P.

No obstante lo anterior, la decisión del fallador del primer grado no se puede modificar, ya que como la sentencia solamente fue recurrida por la defensora del procesado se afectaría la garantía de *no reformatio in pejus,* que se desprende del inciso 2º del artículo 31 de la Constitución de 1991, al hacer el ejercicio de dosimetría penal, a partir de un *plus* punitivo mayor que no fue contemplado en el fallo recurrido.

6.3.4 A su vez, en el precedente CSJ SP del 21 de febrero de 2018, radicado 51142 se expuso lo siguiente al examinar las reglas de fijación de pena en un caso de concurso homogéneo y heterogéneo de delitos:

“(...)

*Concurso de conductas punibles.*

*De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, quien infrinja una pluralidad de disposiciones de la ley penal o varias veces la misma, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles, debidamente dosificadas cada una de ellas.*

*En aplicación de ese mandato, se tomará como pena base de prisión, la dosificada para el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, derivado del fallo T-2000/10[[7]](#footnote-7), que corresponde a 212 meses y 7 días, aumentados en 6 meses por cada uno de los 11 peculados por apropiación agravados (66 meses) que concursan homogéneamente, más 4 meses por cada uno de los 6 peculados simples (24 meses), aunados a 2 meses por cada uno de los 2 peculados por apropiación atenuados restantes (4 meses).*

*A la cifra resultante (306 meses y 7 días), se le suman 5 meses por cada uno de los 20 prevaricatos por acción (100 meses) y 6 meses más por el concierto para delinquir, para imponer a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ una pena privativa de la libertad de 412 meses y 7 días de prisión, monto que no excede del doble del máximo de la pena impuesta para el delito más grave[[8]](#footnote-8) (414 meses y 14 días)....·*

6.3.5 Precisamente, al referirse al tema en estudio, el autor Nelson Saray Botero expone en su obra “Dosificación Judicial de la Pena”, lo siguiente:

*“...No se puede valorar doblemente el concurso de delitos, esto es, no puede haber un concurso de concursos.*

*(...)*

*Es absolutamente prohibida la doble valoración negativa pues infringe el principio de legalidad y el brocárdico del non bis in ídem*

*No se puede valorar dos veces la misma variable para incrementar la pena en un concurso de delitos y posteriormente incrementarla por otras conductas concursales.*

*Es decir que se si se trata de dos delitos de porte de armas con penas de nueve (9) años cada uno y dos delitos de hurto con penas de seis (6) años cada uno, por ejemplo; entonces no se puede tasar la pena por el concurso de los delitos de porte ilegal de armas de fuego, y luego tasar la pena por el concurso de los delitos de hurto, y finalmente realizar la sumatoria de esos dos concursos. Este es el denominado concurso de concurso de delitos, lo cual está prohibido por ser asaz ilegal.*

*Lo que se debe hacer es que como 9 es el número mayor, la pena no puede sobrepasar el guarismo de 18 (porque 9 x 2 = 18), como tampoco la sanción puede sobrepasar la sumatoria de todos los delitos que en ejemplo arroja un total de 30 años (9 +9 +6+6= 30) De estos dos guarismos se escoge la pena final que es 18, así que la pena final no puede exceder de 18 años de prisión.*

*Al número mayor, que es la pena más grave, es decir 9 años de prisión, se la agrega jurídicamente la pena que corresponda por el otro delito de porte ilegal de armas de fuego, luego se le agrega jurídicamente la pena que corresponda por un primer delito de hurto y finalmente se le agrega jurídicamente la pena por el otro delito de hurto .Este es el trámite correcto para evitar el concurso de concursos.*

*En el ejemplo propuesto, la pena más grave es de 9 años, así que por los otros delitos, por razones de necesidad de la pena, de proporcionalidad y de razonabilidad (art. 3º C.P), número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas, el juez pueda aumentar la mitad (½) e penas que corresponda por cada uno de los demás delitos, así:*

*9 + 4.5. + 3 +3 = 19 años 6 meses.*

*Pero como la sanción definitiva no puede exceder de 18 años, entonces este será el guarismo de la sanción final: 18 años de prisión.”*

6.4 Por lo tanto la Sala considera que lo procedente en este caso es partir de la pena fijada para la conducta de tortura en persona protegida 135 meses (según la decisión del fallador que no se puede modificar en segunda instancia, ya que sería agraviado el procesado), que en atención a los factores previstos en el artículo 3º del C.P., se aumentará en la mitad (67 meses 15 días) por los 20 eventos restantes deducidos en el fallo impugnado, para un total de 202 meses 15 días de prisión, lo que no sobrepasa el doble de la pena concreta fijada para esa conducta punible. El mismo aumento se aplicará a la pena de multa que en consecuencia será fijada en 843 SMLMV para la época de los hechos.

6.4.1 Seguidamente, a efectos de respetar la regla antes citada y el precedente de la SP de la CSJ, radicado 20134 del 9 de junio de 2004 (ver apartado 6.3.1), y teniendo en cuenta la gravedad de las conductas punibles aceptadas por el procesado, por los demás delitos concursantes se hará un incremento de la pena de 101 meses 7.5 días, equivalentes a la mitad de la sanción corporal. La pena de multa será incrementada en la misma proporción

6.5 En consecuencia, las penas definitivas quedan así:

303 meses y 22.5 días de prisión y 1.264,5 SMLMV.

6.5.1 Sobre estas penas se debe hacer la reducción correspondiente por aplicación retroactiva del artículo 351 del CPP. del 40%, conforme a lo fijado en la sentencia de primera instancia, quedando una pena definitiva de ciento ochenta y dos (182) meses y siete días y medio (7.5) de prisión y multa 758.7 smlmv para la época de los hechos, que no excede la suma aritmética de las penas prevista los delitos concursantes.

6.6 Sobre el segundo problema jurídico propuesto: La reducción de pena derivada de la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004

6.6.1 En este caso el juez de conocimiento consideró que en la FGN contaba con pruebas de gran entidad contra el señor González Brand, hasta el punto de que lo llevaron a optar por esa forma de terminación anticipada del proceso que se adelantaba en su contra, ya que estaba demostrada su condición de integrante y comandante del grupo ERG, durante el tiempo en que se cometieron las conductas que aceptó, por lo cual su colaboración con la justicia no tenía mayor relevancia.

En tal virtud consideró que sobre la pena que fijó se debía hacer una reducción de 40%, situación que fue controvertida por la defensora del procesado, quien sostiene que esa reducción punitiva debió ser del 50%, por la aceptación de cargos del señor González Brand, desde su diligencia de indagatoria, considerando para el efecto que fue en razón de esa conducta procesal que la FGN *“elaboró su andamiaje punitivo”,* sin que la recurrente hubiera precisado las razones de su inconformidad, más allá de esa genérica expresión.

6.6.2 En primer lugar hay que manifestar que en el caso *sub lite* y en razón de la aplicación retroactiva del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, se debe tener en cuenta que el inciso 1º de esa disposición establece que la aceptación de los cargos formulados en la audiencia preliminar de imputación comporta una rebaja de pena “hasta de la mitad”, lo anterior, mientras que no se trate de un evento de flagrancia según el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 ni exista prohibición legal expresa para hacer ese tipo de reducciones punitivas.

Lo anterior significa que esa rebaja no siempre tiene que ser de la mitad de la pena como sugiere la recurrente, sino que, se trata de una disminución que oscila de una tercera (1/3) parte hasta de la mitad de la sanción, en razón de la fase procesal de la actuación.

6.6.3 Sobre el tema se ha manifestado lo siguiente en la jurisprudencia pertinente sobre la materia:

*“Ahora, aunque en la Ley 906 de 2004 no se establece el límite mínimo de la rebaja para cuando el allanamiento tiene lugar durante la audiencia de imputación o la preparatoria, una interpretación razonable del instituto permite afirmar que dichos extremos menores están determinados por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede el allanamiento a la imputación. Es decir, de la tercera parte hasta la mitad de la pena cuando el allanamiento tiene lugar en la audiencia de formulación de imputación; de la sexta hasta la tercera parte de la pena cuando ocurre durante la audiencia preparatoria y de la sexta parte de la pena, cuando la aceptación se presenta al inicio del juicio oral.*

*De conformidad con lo expuesto, si en los artículos 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 no se establece una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento a cargos se produce dentro de las audiencias de imputación y preparatoria —como sí ocurre cuando la aceptación de los cargos acontece en la iniciación del juicio, caso en el cual se descuenta de manera fija una sexta parte de la pena— sino que frente a las referidas situaciones se dispone una rebaja ponderada de “hasta de la mitad” de la pena para la primera y “hasta de la tercera parte” para la segunda, es razonable concluir que corresponde al fallador determinar la proporción en la cual rebajará la pena*”[[9]](#footnote-9).

6.6.4 En este orden de ideas y bajo el entendido que el juez de primer grado motivó su decisión de aplicar una rebaja del 40% con fundamento en que el grado de colaboración del acusado con la administración de justicia no fue relevante ni significativo como se expuso anteriormente, y que la recurrente no controvirtió este criterio del fallador, la Sala considera que se debe respetar el criterio del fallador que consideró proporcional y equitativo un descuento del 40% de la pena en virtud del principio de favorabilidad.

6.6.5 En consecuencia y por causa del análisis efectuado por esta Colegiatura en el apartado 6.5.1 se fijaran como penas definitivas que debe descontar el procesado José Fernando González Brand por el concurso de delitos por el cual fue sentenciado, las de 182 meses y 7.5 días de prisión y multa 758.7 smlmv para la época de los hechos, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término de 20 años conforme al artículo 51 del CP.

6.7 Tercer problema jurídico: Sobre la reducción adicional de la pena impuesta al procesado, en virtud de su confesión.

6.7.1 Sobre este punto se debe manifestar que la procedencia de la aplicación del artículo artículo 283 de la Ley 600 del 2000, se encuentra condicionada a los siguientes requisitos : 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 rinda ante el funcionario que conoce del asunto; y iv) que dichas manifestaciones hayan servido como fundamento del fallo condenatorio que se profiera.

6.7.2 Sin embargo en el caso en estudio, no resulta pertinente analizar la procedibilidad de la citada rebaja que no es concurrente con el descuento punitivo procedente por la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, como lo ha señalado la SP de la CSJ así:

*“Desde el año 2002[[10]](#footnote-10), ha venido señalando la Corporación, que la confesión no puede asimilarse a la aceptación de cargos para sentencia anticipada. No obstante reconocer tal diferencia, también se dijo que aun cuando se cumplan las exigencias del art. 283 del C.P.P., para otorgar rebaja de pena por confesión, no es jurídicamente viable la concurrencia de esta rebaja con la prevista en el art. 40 del mismo estatuto para la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada.*

*En el citado pronunciamiento a propósito del tema indicó la Corte:*

*“En este aspecto, debe precisársele al demandante que una cosa es la aceptación de cargos con miras a la sentencia anticipada y otra muy distinta la confesión, la cual no puede confundirse con aquella y mucho menos extenderse al extremo de afirmar que la primera versión rendida por el sindicado ante la autoridad judicial constituya el fundamento de la sentencia, pues se trata de dos institutos distintos que por lo mismo tienen consecuencias procesales diferentes, pues de ser así en todos los casos en que el acusado acepte los cargos y se dicte sentencia de condena como consecuencia, habría de reconocerse, adicionalmente a la rebaja de pena propia de la sentencia anticipada, la prevista en la ley para los casos de confesión, cuando, además, se den los otros presupuestos de la norma relativos a la no captura en situación de flagrancia*

*La anterior postura fue reiterada en el año 2005[[11]](#footnote-11), oportunidad en la cual la Corporación, citando justamente el precedente del año 2002, afirmó nuevamente que aunque la confesión no se asimila a la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, la reducción de pena a aplicar debe ser la del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal.*

*Sin embargo, la Corte Constitucional ha asimilado la sentencia anticipada a una confesión simple, argumento que de manera lógica, sí permite concluir la incompatibilidad de ambas reducciones de pena cuando el proceso termina de manera abreviada.*

*(…) Sea este el momento para reiterar que si bien la sentencia anticipada y la confesión son figuras distintas, cuando se activan simultáneamente por el imputado para aceptar de manera llana y simple su culpabilidad en el ilícito, manifestando a la vez su acogimiento a la sentencia anticipada, la confesión se constituye en fundamento central del fallo condenatorio, motivo por el cual sólo es posible otorgar una rebaja punitiva, concretamente la que resulte mayor de las que correspondan a ambas figuras procesales, atendiendo básicamente el mayor o menor aporte a la administración de justicia, según el momento en que se haya producido el sometimiento a sentencia anticipada.*

*El anterior razonamiento fue acogido en la Ley 906 de 2004, estatuto que no consagra la rebaja por confesión, como sí lo hace la Ley 600 de 2000, en tanto que la aceptación de responsabilidad se equipara a la confesión del indiciado o acusado y a su turno al allanamiento a cargos, el cual comporta reducciones de pena según la etapa procesal en la que éste tenga lugar.*

*Aunque la Ley 600 de 2000, en su artículo 283, sí establece una específica reducción de pena en casos de confesión, el espíritu del legislador fue el de fijar un sólo beneficio punitivo, cuando quiera que en el trámite penal, además de que el procesado hubiera confesado, se acogiera a sentencia anticipada, pues no de otra manera se habría consignado en el inciso 6º del artículo 40, que cuando concurran las figuras de confesión y sentencia anticipada en la etapa de instrucción, la rebaja punitiva solo podrá ser de las dos quintas (2/5) partes y cuando concurran en la etapa de juzgamiento, de una quinta (1/5) parte~~.~~*

*Si bien es cierto, este aparte normativo fue declarado inexequible en sentencia C- 760 de 2001, ello lo fue por defectos en el proceso legislativo, en la medida en que el texto no fue publicado en la Gaceta del Congreso, ni dado a conocer a la Plenaria de la Cámara, pero no porque fuera contrario a la Carta Política.*

*En sentido lógico, el legislador del 2000, quiso equiparar la confesión simple a la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada en casos en los que el proceso termina por la vía abreviada, pues no de otra forma se logra sostener que en situaciones en las que concurran ambas figuras procesales, la reducción de pena es una y debe ser la más generosa que ofrezca el ordenamiento procedimental, esto es, la que corresponde a la sentencia anticipada si la aceptación de cargos ocurre en la etapa investigativa, y la prevista para la confesión si la aceptación de culpabilidad se realiza en la etapa del juicio.*

*(…) En este orden de ideas, el segundo cargo invocado no prospera, dado que mal puede pretenderse la concesión de las rebajas de pena por confesión y por sentencia anticipada, toda vez que el presente asunto corresponde a un trámite abreviado rituado por la Ley 600/00 en el que los dos acusados aceptaron su responsabilidad durante la instrucción, motivo por el que se hacen merecedores únicamente a la rebaja por sentencia anticipada, que por aplicación favorable del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, se amplía a la mitad para ANTONIO RIVERA y a las dos quintas partes para SIGIFREDO RIVAS , según se está reconociendo en este fallo de casación.”[[12]](#footnote-12)* (Subraya fuera del texto)

6.7.3 En consecuencia no se reconocerá la rebaja adicional por confesión del procesado reclamada por la recurrente.

7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL NUMERO UNO

7.1 Como la presente decisión conlleva a una rebaja de la pena impuesta al procesado en la sentencia recurrida, que fue de 426 meses con seis días de prisión, multa de 1544, 6 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 240 meses, 182 meses y 7.5 días de prisión y multa 758.7 smlmv para la época de los hechos y solo se conserva vigente la sanción de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, esta Corporación, considera necesario hacer referencia a lo dispuesto recientemente en decisión del 31 de mayo de 2018, dentro del proceso que se adelantó contra el señor Wilson Manso Manso por el delito de homicidio en persona protegida, M.P. Jairo Ernesto Escobar Sanz, donde se dijo lo siguiente:

*“ ... La Sala no quiere dejar inadvertido un reciente pronunciamiento de la SP de la CSJ sobre el tema de la aplicación retroactiva de los incrementos de pena previstos en el artículo 14 de la ley 890 de 2004 a casos regulados por la Ley 600 de 2000, según el CSJ SP acta 054 SP 379 del 21 de febrero de 2018 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, donde se dijo lo siguiente:*

*“(...)*

*“... No obstante, dado el actual desarrollo de la jurisprudencia frente al estudio de los mecanismos por colaboración eficaz y los beneficios que contemplan, por un lado la Ley 600 de 2000 y por otro, la Ley 906 de 2004 y teniendo en cuenta que la Corte en fecha reciente admitió la posibilidad de que al sistema procesal de la Ley 600 se apliquen las consecuencias punitivas de figuras propias del trámite de corte acusatorio por reportar mayores prerrogativas y beneficios para el procesado, al tiempo que garantizar el derecho a la igualdad, resulta preciso replantear la postura expuesta en el pasado sobre la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 a casos regidos por la Ley 600 de 2000.*

*En efecto, de forma unánime la Sala de Casación Penal el 6 de diciembre pasado[[13]](#footnote-13) al estudiar el pedimento de un procesado para acceder a una figura propia del sistema de tendencia acusatoria, como lo es el principio de oportunidad, a cambio de su colaboración con la justicia pese a que la acción penal en su contra se adelanta bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000, concluyó la viabilidad de aplicar los beneficios por colaboración eficaz regulados por la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados por la primera normativa. Esto fue lo que sostuvo la Sala:*

*La coexistencia de dos sistemas procesales genera problemáticas como la siguiente: Dos personas, sujetas a procedimientos penales diversos, cometen delitos semejantes en el año 2017 y ambas quieren colaborar con la administración de justicia a cambio de beneficios. La que está bajo las regulaciones de la Ley 906 de 2004 tiene la posibilidad de recibir prebendas respecto de aquella que queda cobijada por la Ley 600 de 2000, así esa segunda persona entregue una colaboración igual o mayor.*

*Lo anterior de entrada genera reflexiones sobre la constitucionalidad de este trato diferenciado o desde las posibilidades que tiene el Estado de acceder a la colaboración de los procesados en ambos regímenes, en desarrollo del principio de eficacia de la administración de justicia. Incluso el principio de favorabilidad entra también es discusión, pues resulta indudable que los beneficios consagrados en la Ley 906 para el procesado que presta una colaboración eficaz son mucho más ventajosos que los previstos en la Ley 600, si se tiene en cuenta que su artículo 423, inciso sexto, establece que en ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena.*

*(…)*

*Por lo demás, como está visto, el instituto de la colaboración con la justicia no es de patrimonio de la Ley 906. Esta modalidad de justicia premial también está prevista en la Ley 600, sólo que con límites frente a beneficios y a las causales en que se aplica, que por comportar regulación desventajosa para el procesado justifica, entonces, acudir al principio de favorabilidad.*

*En ese orden, al haberse admitido que a casos de Ley 600 se pueden aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906, se generaría una situación de desigualdad injustificada si se mantuviera la prohibición de aplicar el aumento de penas para los primeros, pero no para asuntos adelantos por el segundo de los estatutos, pese a que de acuerdo con el nuevo criterio de la Sala, en ambos sistemas es posible obtener el mayor beneficio que es el contemplado en la ley 906.*

*Así las cosas, la única razón que motiva la distinción consiste en que el sistema de justicia premial contendido en la ley 906 es mucho más amplio que el acogido por el legislador del año 2000, y en esa medida se justifica que la sanción para los delitos cuya investigación corresponde seguirse por los parámetros de la Ley 906, sea mayor.*

*Empero, al haber desaparecido el motivo que da lugar al trato diferenciado, también lo debe ser la consecuencia, motivo por el que la obligada conclusión es que el aumento de penas fijado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 aplica tanto para casos rituados por la Ley 906 como por la Ley 600 para hechos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005, salvo las excepciones que la misma ley 890 contempla en su artículo 15. De esta forma se recoge el criterio fijado a partir de la decisión de 18 de enero de 2012 dentro del radicado 32764...” (*Subrayas ex texto)

7.2 Sin embargo de la providencia citada se deduce que ese incremento punitivo no sería aplicable en el caso *sub examen,* por las siguientes razones: i) el precedente mencionado señala claramente que la aplicación retroactiva del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para casos regulados por la Ley 600 de 2000, solo se aplica para conductas cometidas luego del 1º de enero de 2005; ii) el caso del señor González Brand no se adecua a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 890 de 2004 que se relaciona con la entrada en vigencia inmediata de los artículos 7 a 13 de esa Ley, que no guardan relación con los delitos que aceptó el procesado; y iii) aun de haberse cometido conductas punibles como las investigadas, luego del 1 de enero de 2005, lo real es que el sentenciado se encuentra amparado por la garantía de *no reformatio in pejus*, establecida en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución de 1991, según el cual: *“El superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único”,* como sucede en el presente caso, donde la sentencia solamente fue recurrida por su Defensora, lo cual impediría adoptar los incrementos de pena que estableció el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para fijar las sanciones por el concurso de conductas punibles por las cuales se dicó el fallo en contra del señor González Brand.

8 CONSIDERACION ADICIONAL NUMERO DOS.

8.1 Igualmente la Sala quiere poner de presente que en este caso el juez de conocimiento, en el numeral 1º del fallo recurrido, resolvió *“aprobar la aceptación de cargos a través de la figura de SENTENCIA ANTICIPADA, efectuada por el procesado JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND, alias “ ALEXIS”...puesto que no se vislumbra vulneración de garantías fundamentales en dicho trámite “.*

8.2 Sin embargo en el numeral 6º del mismo proveído el *A quo* resolvió: *“ABSOLVER al señor JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND... en razón de los cargos formulados en su contra por las conductas punibles de Acceso carnal violento y actos de discriminación racial, conforme a lo expuesto en el acápite correspondiente de esta providencia”*

8.3 En ese sentido hay que manifestar que en la sentencia de primera instancia se consignó que el señor González Brand había aceptado cargos bajo la forma de autoría mediata por los delitos de Acceso carnal violento en persona protegida, del que fueran víctimas Olivia Velásquez Tanucama Tamaniza y Sonia Guarabe Tunugama y actos de discriminación racial cometidos en perjuicio de María Helena Guarabe Tucunama y 10 personas más, por lo cual resultó poco ortodoxa la decisión de aprobar el acogimiento a cargos del procesado por todos los delitos que aceptó en su diligencia de sentencia anticipada, ya que la decisión correcta debió haber sido la de improbar el avenimiento a cargos del procesado frente a estos delitos, siguiendo la jurisprudencia pertinente sobre la materia en la cual se ha indicado lo siguiente:

*“En la terminación anticipada del proceso, no es necesario el juicio porque ya el procesado admitió su responsabilidad de acuerdo con los cargos elevados por el fiscal. Si acusador y acusado se muestran conformes, si no existe ninguna otra etapa que permita modificar el asunto , el juez como director del proceso , debe velar únicamente por establecer si la acusación aceptada por el imputado recoge la realidad procesal y se acoge a las leyes que rige el asunto. De ser así debe aprobarla. De no serlo, ha de improbarla.*

*(...)*

*Cualquier otra actuación judicial tendiente a aprobar pero modificando el escrito en referencia, implicaría imponer una decisión a espaldas de las partes, impidiendo su controversia . La violación al debido proceso y si es del caso al derecho de defensa, son indudables, mereciendo tal interpretación el rechazo consiguiente “ [[14]](#footnote-14)*

8.4 En ese sentido puede considerarse que la decisión del juez de primer grado no debió ser la de eximir al procesado por los delitos antes enunciados, sino la de improbar el acogimiento a los cargos que hizo el procesado a través del mecanismo de la sentencia anticipada frente a esas dos conductas punibles específicas, por las cuales se profirió una sentencia absolutoria, a efectos de que su responsabilidad frente a esas conductas se dirimiera por el procedimiento ordinario.

8.5 Sin embargo la Sala considera que pese a esa situación, debe primar el principio de limitación de la segunda instancia, y especialmente el principio de *no reformatio in pejus* ya referido, en la medida en que el fallo de primer grado no fue recurrido ni por la delegada de la FGN, ni por el representante del Ministerio Público y un eventual orden de improbación de la aceptación de cargos frente a esas dos conductas punibles determinadas, podría hacer más gravosa la situación del procesado, ante la posibilidad de sumar una condena adicional a la que ya se le impuso por el concurso de delitos deducido en el presente proceso.

8.6 En ese sentido debe citarse lo expuesto en CSJ SP del 11 de abril de 2007, radicado 26128 así:

“(...)

*Frente a este último punto, recuérdese que si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la Constitución Política, que consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.*

*Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales...”* ( Subrayas ex texto )

8.7 Adicionalmente y en lo que tiene que ver con la aplicación de la garantía constitucional de *no reformatio in pejus,* igualmente se cita la jurisprudencia pertinente del órgano de cierre en materia penal (sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado 35847), donde se dijo lo siguiente:

*“... Sobre el particular, la postura actual de la jurisprudencia después de algunas fluctuaciones propias del proceso hermenéutico cumplido, mayoritariamente entiende que aun frente a hipótesis de confrontación entre los principios de legalidad de la pena y no reformatio in pejus debe prevalecer el último, en una intelección que privilegia los derechos de quien es sujeto del poder punitivo, frente al debido proceso o juicio de legalidad que corresponde preservar al Estado jurisdiccional, siendo precisamente dentro de dicho marco que deben deslindarse los supuestos en los cuales surge incontrovertible la confrontación teórica señalada de aquellos en que no viable la misma...” .*

Por lo expuesto se concluye que no resulta posible modificar el fallo de primera instancia en este aspecto puntual.

Con base en lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Risaralda) en contra del señor José Fernando González Brand. En consecuencia se REVOCA el numeral tercero de dicho proveído en el sentido de condenar al señor José Fernando González Brand, alias “Alexis”, a la pena principal de 182 meses y 7.5 de prisión y multa 758.7 smlmv para la época de los hechos, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años . En lo demás queda vigente el fallo de primera instancia.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación, en los términos previstos en los artículos 205 y ss. de la ley 600 de 2000.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folios 32 a 43. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 52 a 58. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25544 del 11 de marzo de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. [↑](#footnote-ref-3)
4. Nelson Saray Botero. Dosificación judicial de la pena. Citando: Corte Suprema de Justicia. Rad. 8616 del 15 de diciembre de 1994. Rad. 11045 del 2 de agosto de 1998. Rad. 10987 del 7 de octubre de 1998. Rad. 18856 del 24 de abril de 2003. Rad. 21296 del 16 de marzo de 2005. Entre otros. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia. Rad. 20849 del 11 de agosto de 2004. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia. Casación 20134 del 9 de junio de 2004. [↑](#footnote-ref-6)
7. En cuantía de por $68.774.423.327. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47588, reiterada en CSJ SP, 12 Mar 2014, rad. 42623 y CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 43868. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia. Casación 25726 del 21 de febrero de 2007. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia. Casación 11874 del 7 de noviembre de 2002. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia. Auto 23010 del 26 de enero de 2005. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Suprema de Justicia. Casación 34853 del 1 de febrero de 2012. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ AP 6 dic. 2017 rad. 50969. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ SP sentencia del 7 de julio de 1995, radicado 8436 [↑](#footnote-ref-14)