

**NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO – Imputación de pena mayor a la que legalmente corresponde. / PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL – Improcedencia de decretar la Nulidad en Aplicación del Argumento Consecuencialista derivado de la Teoría de la Decisión** – No obstante se considera que se cometió un error al imputarse una pena mayor a la que legalmente concierne al cargo enrostrado, en tanto por el delito por el cual se procede es inaplicable el canon 14 de la Ley 890 de 2004, lo cual va en detrimento del Principio de Legalidad de los Delitos y de las Penas, componente del Debido Proceso, no hay lugar a la anulación de la actuación procesal a partir de la audiencia de imputación, siendo procedente para enmendar dicho yerro y aplicando un mecanismo menos traumático y dando primacía a lo sustancial sobre lo formal, por economía procesal y en virtud del argumento consecuencialista, disponer que se mantenga la decisión, pero ajustando la pena a la que legalmente corresponde, siguiendo los parámetros de dosimetría penal que empleó el a quo.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – No es posible condenar por cargos más severos que los aceptados en el allanamiento** – Teniendo en cuenta que al procesado le fueron imputados cargos como cómplice de secuestro extorsivo agravado, atenuado por lo reglado en el art 56 del CP, la condena solamente podía ser en esos términos, sin embargo, al habersele condenado por otros cargos más graves, se vulneró el Principio de Congruencia, siendo procedente y en aplicación del argumento consecuencialista, adecuar la condena a los cargos a los que se allanó.

**ALLANAMIENTO A CARGOS – Una vez sea aprobado por la judicatura, no admite retractación** - Improcedencia de discutir sobre la rebaja de pena conforme a lo establecido en el artículo 171 del CP, siendo que al existir aceptación de cargos por el delito que fue imputado sin tal diminuyente punitiva, lo cual fue aprobado por el funcionario judicial, ya no es posible la modificación de los cargos; estableciéndose que lo que vedadamente se pretende es la retractación de parte de la responsabilidad penal que se asumió, lo cual está jurídicamente prohibido.

**NULIDADES – Principios que las rigen. / NULIDAD DE LA AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA Y DEL DEBIDO PROCESO – No se configura** – No es factible decretar la invalidación de la actuación por el no llamamiento de la defensa a vista pública en el que se verbalizó el fallo condenatorio, dentro de la cual no pudo impugnarlo oralmente, siendo que, a pesar de haberse presentado el vicio, no se satisfacen los principios de trascendencia e instrumentalidad de las formas, porque no se hizo nugatorio el derecho fundamental de defensa y contradicción ni se vulneró el debido proceso sustancial, ya que luego de serle notificado el fallo, pudo presentar la apelación por escrito, como lo permite la ley y dando aplicación a la primacía del derecho sustancial sobre el formal, si el acto irregular logró la garantía de derechos fundamentales, esto debe prevalecer, aunque implique fracturas de las formas procesales.

---

## ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto***

### ***Sala de Decisión Penal***

<b>Magistrado Ponente</b>	<b>:</b>	<b>Franco Solarte Portilla</b>
<b>Asunto</b>	<b>:</b>	<b>Apelación de Sentencia con allanamiento</b>
<b>Delito (s)</b>	<b>:</b>	<b>Concierto por delinquir</b>
<b>Condenado</b>	<b>:</b>	<b>JRCA</b>
<b>Radicación</b>	<b>:</b>	<b>2016 - 02269 – 01 N.I. 22011</b>
<b>Aprobación</b>	<b>:</b>	<b>Acta N° 2018 – 066 (Abril 26 de 2018)</b>

**San Juan de Pasto, mayo tres de dos mil dieciocho**

## **Objeto de Pronunciamiento**

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública de JRCA en contra de la sentencia calendada a 4 de abril de 2017 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto- Nariño, por medio de la cual lo condenó como coautor doloso de los delitos de secuestro extorsivo y concierto para delinquir agravado a 166 meses de prisión y multa de 1.833.33 SMLMV para el año 2011, negándole la concesión de los subrogados penales.

## **Resumen de los hechos**

El 26 de mayo de 2011, en la vereda San Luis del Municipio de San Bernardo- Nariño, la banda delincuenciales LOS LUCAS, de la que hacía parte el señor JRCA, interceptó el vehículo en el que se movilizaba el candidato a la alcaldía de San José de Albán- Nariño, señor LM, le obligó a descender del carro para llevárselo secuestrado con fines extorsivos, siendo que el procesado condujo el vehículo en el que sustrajeron de su libertad al ofendido, para luego exigirle dinero a la familia del secuestrado con tal de liberarlo; 4 días después del rapto, el señor LM escapó de sus captores.

## Síntesis de la actuación cumplida

En audiencia de formulación de imputación celebrada ante el Juzgado Primero Penal Ambulante con Función de Control de Garantías De Pasto, la Fiscalía adjudicó al señor JRCA los elementos factuales atrás relatados, y jurídicamente le imputó en calidad de cómplice el delito de secuestro extorsivo previsto en el artículo 169 del Código Penal, agravado por lo dispuesto en el numeral 11 del precepto 170 de la misma codificación, debido a que el agraviado en su libertad pertenecía para la sazón a una organización política; de manera que la pena de prisión que enrostró fue de 448 a 600 meses de prisión, sanción de multa de 6666.66 a 50000 salarios mínimos legales vigentes, y toda vez que se imputó lo anterior en el grado de participación de cómplice, con los descuentos punitivos a que ello da lugar, la pena mínima de prisión que irrogó fue de 224 meses y sanción de multa de 3333.33 salarios mínimos legales vigentes; lo anterior lo atenuó por la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema dispuesta en el artículo 56 *ejusdem*, de modo que la pena de prisión mínima quedó de 37 meses y sanción de multa mínima de 554 salarios mínimos legales vigentes; agregó el ente instructor que por expresa prohibición legal, el allanarse a los cargos no deriva ninguna rebaja punitiva.

El Ministerio Público estuvo de acuerdo con la imputación; la defensa reclamó explicaciones a la Fiscalía sobre el por qué imputó la agravante

estipulada en el artículo 170.11 del Código Penal, y las obtuvo. El Juzgado declaró ajustada a derecho la adjudicación delictual.

Luego de que la Judicatura le hizo conocer sus garantías penales, el señor JRCA aceptó los cargos; el Juzgado comprobó que esa decisión fue libre, voluntaria, consciente y debidamente asesorada.

Fiscalía desistió de su pretensión de imposición de medida de aseguramiento, y después presentó escrito de acusación endilgando al procesado los mismos hechos y alterando la imputación en el sentido de cambiar el grado de participación de complicidad a coautoría y añadiendo otro cargo, correspondiente a concierto para delinquir agravado.

Correspondió conocer de la acusación impetrada al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto- Nariño, que convocó para audiencia del mismo nombre.

Instalada la misma, el Juzgado mutó el objeto de la audiencia a una de individualización de pena, debido a que se percató que el procesado aceptó cargos en la audiencia precedente. En desarrollo de la diligencia, para efectos de tasar la pena, la Fiscalía pidió tener en cuenta el prontuario criminal del procesado, cual verbalizó, y deprecó no se le concedan subrogados penales; la defensa pidió para su asistido que se le irroque la pena mínima, en consideración a que se le imputó el delito en calidad de cómplice y se le reconoció la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema, aunado que los antecedentes penales

no están vigentes y que ello no constituye circunstancia de mayor punibilidad; además reclamó para su defendido la rebaja punitiva dispuesta en el artículo 171 del Código Penal, pues de la entrevista de la víctima se establece que dentro de los 15 días siguientes al secuestro, fue voluntariamente liberado por sus captores; no solicitó ningún subrogado penal.

Escuchadas las partes, el Despacho clausuró la vista pública, sin fijar fecha para la audiencia de lectura del fallo.

## **La Providencia Impugnada**

En la audiencia pública destinada a verbalizar la providencia, acaecida el 4 de abril de 2017, el Despacho judicial hizo reminiscencias de los hechos delictivos, luego recordó que en la audiencia de formulación de imputación, el señor procesado JRCA aceptó la responsabilidad como coautor doloso de los delitos de concierto para delinquir agravado y secuestro extorsivo.

En las consideraciones dijo existir un mínimo probatorio que, junto a la confesión de culpable del propio inculpado, acreditan la existencia del hecho y la responsabilidad penal en los delitos enrostrados, disipando la duda razonable, de manera que lo condenó como coautor de los reatos de concierto para delinquir agravado y secuestro extorsivo (artículo 340, inciso 2º, y artículo 169 del Código Penal –respectivamente).

En los ejercicios de dosimetría penal partió del delito penado con más severidad, que es el secuestro extorsivo, cuya sanción de prisión va de 320 a 504 meses; sostuvo que como la víctima logró evadir a sus captores, se aplica el descuento previsto en el artículo 171 del Código de Penas, para lo cual se valió del criterio establecido en el artículo 60.3 *ibídem*, por lo que la pena de prisión mínima queda en 160 meses; descartó la circunstancia de menor punibilidad del artículo 56 de la codificación en cita, al no ser reconocida por la Fiscalía. Seguidamente se ubicó en el cuarto mínimo que comprende prisión de 160 a 246 meses, y una vez allí tuvo en cuenta aspectos como la gravedad del delito, el afán de lucro, la colaboración con la justicia, y por ello eligió como pena de prisión por ese delito la prevista en el extremo mínimo, esto es 160 meses de prisión, y debido al concurso heterogéneo de delitos, la aumentó en 6 meses más por el reato de concierto para delinquir, quedando una sanción de prisión de 166 meses; negó la concesión de subrogados penales.

## **Argumentos de la impugnación**

La apoderada judicial de JRCA elevó los tres siguientes cargos de alzada, el primero principal, los restantes subsidiarios:

1.- Que la audiencia de lectura de fallo acaecida el 4 de abril de 2017, se realizó sin la presencia de la bancada defensiva, lo que tornó nugatoria la posibilidad de interponer los recursos de ley en tal diligencia; narró que el Juzgado jamás enteró a su patrocinado (recluido en la cárcel de Mocoa- Putumayo) ni a ella de que se realizaría tal audiencia, y que si

bien por parte de la Judicatura pretextan que fue imposible el enteramiento debido a que entre el 31 de marzo y el 1 de abril de 2017 ocurrió la avalancha que arrasó a Mocoa y la dejó sin fluido eléctrico por los días siguientes, hecho notorio nacional por todos conocido, ello no justifica tal omisión porque en todo caso debió llamarse a dicha vista pública, y de ser imposible ante tal aciaga situación, correspondía al Juzgado aplazar la diligencia para así garantizar la comparecencia de la defensa y el derecho de contradicción del procesado, y aunque la providencia de condena le fue puesta en conocimiento a su correo electrónico, pidió la nulidad de la diligencia de lectura de fallo, por detraer el derecho constitucional de contradicción, el principio de oralidad que gobierna al sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio y por irrespetar el rito dispuesto en la ley para verbalizar el fallo e impugnarlo.

2.- Que en audiencia preliminar de imputación, su asesorado se allanó al cargo de cómplice de secuestro extorsivo agravado (artículos 169 y 170.11 del Código Penal), aminorado en su punibilidad por la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema (artículo 56 del mismo plexo normativo), empero, se lo condenó como coautor doloso de secuestro extorsivo y concierto para delinquir agravado, con lo cual se agravia el principio de congruencia penal, que, en eventos de terminación anticipada del proceso por confesión, se torna rígido, en el sentido de que la condena ha de ser solamente por los cargos enrostrados. Solicitó revocar la condena del *a quo* y emitir una nueva conforme a la incriminación aceptada por su defendido.

3-. Rogó que se aplique la disminución punitiva dispuesta en el artículo 171 del Código Penal, ya que la víctima fue voluntariamente dejada en libertad antes de los 15 días siguientes al secuestro, que así se desprende de la entrevista del agraviado.

## Consideraciones

De entrada advierte el Tribunal, que a voces del artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, es competente para examinar el fondo de las cuestiones planteadas en la apelación.

Ella, la apelación, según la teoría general del proceso, está gobernada por el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, según el cual, la segunda instancia judicial únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los puntos que tengan inseparable relación respecto al objeto de alzada<sup>1</sup>, empero, si observa que hay afectación a garantías fundamentales, puede oficiosamente pronunciarse sobre ello, aunque no sea objeto de apelación, esto, con el fin de respetar tales garantías<sup>2</sup>.

Lo dicho atrás se sintetiza en que, en esta oportunidad, el ámbito competencial del *ad quem* se restringe a los temas de impugnación, que en principio son tres, a saber:

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP4886-2016, radicación No. 45223 del 20 de abril de 2016.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP6808-2016, radicación No. 43837 del 25 de mayo de 2016.

*i.- ¿Procede la nulidad por violación al derecho a la defensa y del debido proceso por el no llamamiento de la Defensa a vista pública en el que se verbalizó el fallo condenatorio?*

*ii.- ¿Para congraciar el principio de congruencia, cabe la adecuación del fallo condenatorio a los cargos a los que se allanó el procesado en la audiencia de imputación, dado que se condenó por otros cargos más gravosos?*

*iii.- ¿Jurídicamente es pertinente la reducción de la pena conforme a lo establecido en el artículo 171 del Código Penal?*

Sin embargo, esta Corporación judicial encuentra que hay una tensión que incumbe abordar oficiosamente y que por su naturaleza debe evacuarse con prioridad respecto a los propuestos en impugnación, que es la siguiente:

*¿Cabe anularse la actuación procesal a partir de la audiencia de imputación en razón a que la Fiscalía, sin oposición del Ministerio Público y con aquiescencia judicial, imputó jurídicamente al procesado una pena mayor a la que legalmente corresponde al cargo enrostrado y aceptado por él, o la solución jurídica a tal problemática es enmendable en sede de apelación?*

El fundamento jurídico que habilita al Tribunal para abordar oficiosamente la cuestión anterior lo encontramos en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: “Nulidad por violación de

*garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales”,* siendo uno de los componentes de esto último el principio de legalidad de los delitos y de las penas, de suerte que tiene asidero jurídico que oficiosamente se verifique dicha cuestión, al versar sobre la legalidad de la sanción penal.

Y el fundamento para abordar la problemática oficiosa antes que los cargos propuestos en impugnación lo hallamos en el principio de economía procesal, ya que carecería de sentido que la Colegiatura se ocupe primeramente de solucionar los cargos de la impugnación y solamente al final resuelva la tensión oficiosamente planteada, pues en ese escenario serían vanos todos los esfuerzos dirigidos a evacuar los temas de alzada si luego se establece que hay lugar a anular toda la actuación procesal a partir de la imputación, es decir, que se habría abordado el estudio de unos temas, los de apelación, que luego no surtirían efectos si acaso se invalida la imputación; ahora, que sin no cabe la nulidad, entonces se dirimirán, en su orden, los cargos de apelación.

Establecida la secuencia de solución de los problemas jurídicos, lo primero que le ocupa al Tribunal es demostrar por qué la pena imputada es mayor a la que legalmente concierne al cargo enrostrado.

Para ello hágase hincapié en que en la audiencia de imputación, el ente instructor achacó jurídicamente al señor JRCA el delito de secuestro extorsivo previsto en el artículo 169 del Código Penal, agravado por lo dispuesto en el numeral 11 del precepto 170 de la misma codificación,

de manera que la pena que adujo fue de 448 a 600 meses de prisión, sanción de multa de 6666.66 a 50000 salarios mínimos legales vigentes, y toda vez que se endilgó lo anterior en el grado de participación de cómplice, redujo la pena mínima de prisión a 224 meses y sanción mínima de multa de 3333.33 salarios mínimos legales vigentes; lo anterior lo atenuó por la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema dispuesta en el artículo 56 del Código Penal, de modo que la pena de prisión mínima enrostrada es de 37 meses de prisión y sanción de multa mínima de 554 salarios mínimos legales vigentes.

Adviértase que la pena imputada por el delito de secuestro extorsivo agravado fue de 448 a 600 meses de prisión y multa de 6666.66 a 50000 salarios mínimos legales vigentes. Esa punibilidad está conforme al precepto 14 de la Ley 890 de 2004.

Importante es hacer reminiscencias que la ley en cita incrementó las penas de los delitos del Código Penal (incluido, por supuesto, el reato que nos ocupa) y se sabe, por la sentencia con radicado 23312 de 7 de abril de 2005 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que tal incremento solamente opera para asuntos tramitados dentro del actual sistema penal acusatorio que se basa en la justicia premial, de manera que se tornó necesaria esa alza punitiva para que las figuras de allanamiento a cargos y preacuerdos, que implican sustanciales rebajas de pena, no condujeran a la imposición de sanciones exiguas; de ahí que se incrementó la punibilidad de los delitos en pos de que al enjuiciarlos bajo las figuras de la justicia premial, la sanción obtenida se antoje retributivamente justa. En suma, los

incrementos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 solamente aplican para asuntos dirimidos dentro del sistema penal acusatorio.

De otra parte, conviene destacar que el reato imputado tiene vedada la concesión de descuentos punitivos por aceptación de cargos, como así lo demarca el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006: *“Exclusión de beneficios y subrogados. **Cuando se trate de delitos de** terrorismo, financiación de terrorismo, **secuestro extorsivo**, extorsión y conexos, **no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión**, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.”* (Negritas y subrayas fuera del texto legal).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia nomofiláctica con radicado 33254 de 27 de febrero de 2013, estimó que si los aumentos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 tienen por propósito el correcto funcionamiento de las instituciones de justicia premial del sistema penal acusatorio, que por esencia implican considerables rebajas punibles, no tendría sentido que se mantengan esos incrementos cuando la legislación proscribe las rebajas punitivas por allanamiento o convenios, como en el caso del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, dado que se pierde el fundamento jurídico para el

aumento, y que mantenerlo en esas condiciones detrae el principio de proporcionalidad de las penas, de suerte que resolvió no aplicar esas alzas de punibilidad; así sentenció el Tribunal de cierre en lo penal: *“los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.”*

Se sigue que para el delito de secuestro extorsivo agravado que aquí se imputó, es inaplicable el canon 14 de la Ley 890 de 2004, de manera que la pena que legalmente corresponde es la contemplada en el artículo 3º de la Ley 733 de 2002, esto es de 336 a 480 meses de prisión y multa de 5000 a 50000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Allí vemos un dislate de la Fiscalía, inadvertido en ese momento por la defensa, por el delegado de la Procuraduría y avalado por el juez de garantías.

Se impone acotar que la punibilidad prístina que el Código Penal preveía para el injusto que nos ocupa era la de incrementar de una tercera parte a la mitad la sanción del reato base de secuestro extorsivo, empero, el Parlamento, por vía del artículo 3º de la Ley 733 de 2002, por razones de política criminal, aumentó y a la vez fijó pena propia para el secuestro extorsivo agravado –según se vio inmediatamente atrás-, siendo la motivación la de combatir con mayor severidad ese execrable fenómeno delictivo<sup>3</sup>, y como ello no dice relación a la justicia premial, esa es actualmente la pena aplicable para ese reato.

---

<sup>3</sup> Si bien la sentencia C-762 de 2002 declaró exequibles los artículos 10 y 11 de la Ley 733 de 2002, allí se explica que el motivo del Legislador al expedir esa norma es endurecer la penas para combatir los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, lo cual es constitucional, pues temas de política criminal como esos deben

Ya precisado el monto punible jurídicamente correcto para el delito que nos concita, y siguiendo el derrotero del órgano persecutor en la audiencia de adjudicación de cargos, fuerza aplicarle las disminuyentes punitivas por complicidad y la prevista en el artículo 56 del Código Penal.

El artículo 30 del Código Penal prevé que el cómplice delictual *“incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.”* El artículo 60.5 de la legislación mentada, establece que *“Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.”*

Si encallamos lo anterior a la pena de secuestro extorsivo agravado, que para este caso comprende sanción de 336 a 480 meses de prisión y multa de 5000 a 50000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, entonces las punibilidades mínimas se disminuirán en la mitad y las máximas en una sexta parte, quedando así: sanción de 168 a 400 meses de prisión y multa de 2500 a 41666.666 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ahora bien, el artículo 56 del Código Penal dice que *“El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no*

---

ser definidos por el Parlamento, ya que es tema propio de la libertad de configuración de ese órgano representativo.

*mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.”*

Al irradiar a los guarismos penales derivados de la complicidad de secuestro extorsivo agravado con el postulado legal en cita, obtenemos lo siguiente: sanción de 28 a 200 meses de prisión y multa de 416.666 a 20833.333 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Salta a la vista que la pena que legalmente corresponde al cargo endilgado es menor a la que se enrostró en la audiencia de imputación y a la que se impuso en la sentencia de primera instancia, lo cual pone a esta Corporación judicial en la disyuntiva de anular todo el proceso a partir de la imputación para reajustar a lo legal las penas o enmendar tal yerro en esta sede.

Ante ese panorama, se impone acudir al argumento consecuencialista derivado de la teoría de la decisión<sup>4</sup>, a fin de buscar una solución menos traumática, por lo que se acogerá de las dos posiciones posibles la última mencionada, en tanto que ello obedece a la racionalización de una justicia, afín con los propósitos del Estado, tendientes a evitar un mayor desgaste procesal, claro, a condición de que ello no afecte garantías fundamentales de las partes e intervinientes procesales. Sobre esto así se pronunció la Corte:

*“(…) de acuerdo con la solución menos traumática y principalmente, acudiendo al argumento consecuencialista, con la mensurabilidad de las variables (teoría de la decisión) se deberá analizar aquellas dos proporciones condicionales y en ese sentido establecer las*

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia proceso 31280 del 8 de julio de 2009.

*consecuencias tanto de declarar la nulidad, como de reconocer la aludida diminuyente de responsabilidad.*

*La labor del operador judicial y, en este caso de la Corte Suprema de Justicia como garante y protector de los derechos y garantías fundamentales, no puede quedarse en la simple aplicación de la ley, la labor hermenéutica ha de nutrirse de muchas aristas, aquí específicamente la variable que representa la anulación desde la audiencia de formulación de imputación y por ende de todo el diligenciamiento, si bien acarrea como efecto inmediato la libertad incondicional del procesado (pues al quedar sin efecto tal audiencia, significa que no hay imputado) **[por cuenta de este asunto, el procesado se encuentra en libertad]**, ello no se compadecería con los fines de proceso, más concretamente con el propósito racional de economizar jurisdicción cuando se trata de un procedimiento abreviado.”*

Toda vez que las víctimas no recurrieron la decisión, y que la pretensión punitiva de la Fiscalía se satisfizo en tanto logró la condena del procesado, cabe aquí mantener la decisión de primera instancia pero amoldando la pena a la que legalmente corresponde, siguiendo los parámetros de dosimetría penal que empleó el *a quo*, en el sentido de ubicarse en el extremo inferior del cuarto penal mínimo, a lo cual no se opuso el ente instructor, de lo contrario hubiera apelado sobre ese tópico.

Al irrogar al señor JRCA una pena menor a la imputada por la Fiscalía, pareciera que al corregir el dislate en esta instancia, se priva a ese órgano de la facultad de controvertir tal decisión por vía del recurso de apelación; pero como se trata de una cuestión meramente objetiva de adecuación de la pena a lo estrictamente legal, un reclamo de esa estirpe no prosperaría y haría sino alongar la definitiva resolución de este asunto, afligiendo la economía y celeridad procesal y desgastando al aparato administrador de justicia; de allí que se desestima una

afectación al derecho de contradicción, por ende, se procederá a ajustar la pena conforme a lo legal, en virtud del argumento consecuencialista *supra* referido.

La primera instancia se ubicó en la parte inferior del cuarto mínimo seleccionado; obligatoriamente allí mismo tiene que situarse la Sala pero con la pena que legalmente corresponde, que es más baja que la imputada, pues aquella es de 28 meses de prisión y multa 416.666 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2011 y ésta de 37 meses de prisión y sanción de multa de 554 salarios mínimos legales vigentes para la misma anualidad.

La Sala no puede sino obligatoriamente situarse en el extremo mínimo de la pena que legalmente atañe, pues si se aumenta la pena un poco, incluso si esta es menor a la imputada por la Fiscalía, ello va en contra de la prohibición de la reforma en peor cuando se trata de apelante único, pues si la primera instancia se ubicó en la parte inferior del cuarto mínimo, y el Tribunal se mantiene en tal cuarto punitivo pero no así en su parte inferior, ello representa una agravación de la situación del apelante único, aunque tal incremento no sobrepase el mínimo imputado por el órgano persecutor, y ello está penalmente proscrito. Por ese motivo es que arriba se dijo que la Sala está obligada a ubicarse en el extremo inferior de la pena legalmente atribuible.

Súmese que de variar la dosimetría penal se sigue el derecho a apelar tales consideraciones, por lo que para garantizar la alzada no podría aplicarse el argumento consecuencialista y debería necesariamente

anularse lo actuado, razón de más para no proceder de esa manera, aunque la razón fundamental que impide ello es, ya se dijo, la máxima de la *no reformatio in pejus*.

Entonces, la pena que legalmente corresponde para el señor JRCA por su complicidad en el delito de secuestro extorsivo agravado, atenuado por el artículo 56 del Código Penal, es, como lo vimos líneas atrás, de 28 meses de prisión y multa 416.666 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2011, sin lugar a sucedáneos, en razón a la prohibición que en ese sentido trae el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. En esos términos se modificará la sentencia de la primera instancia.

Lo anterior implica obligadamente la resolución favorable del segundo cargo de la alzada, relativo a que la primera instancia trasgredió el principio de congruencia, al condenar por cargos más severos que los aceptados en el allanamiento.

Por virtud del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, una vez aprobado pretorianamente el allanamiento a cargos “*se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*”, y la regla 448 de la misma obra jurídica señala así:

*“CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”*

Si en la audiencia de imputación la Fiscalía elevó pretensión de condena del procesado como cómplice de secuestro extorsivo agravado, atenuado por lo reglado en el artículo 56 del Código Penal, la condena penal solamente podía ser en esos términos, sin embargo, el fallo condenatorio lo fue por otros cargos, como coautor doloso de los delitos de concierto para delinquir agravado y secuestro extorsivo, de modo que emerge palpable la trasgresión al principio de congruencia, y para reivindicar esa máxima huelga traer a colación nuevamente el argumento consecuencialista, en el sentido de adecuar la condena a los cargos a los que se allanó el señor JRCA, tal como se hizo con anterioridad.

Ahora nos concentramos en absolver el tercero de los cargos de alzada, relativo a que en el *sub judice* se reconozca la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 171 del Código Penal, pues para la defensa, basada en declaración de la propia víctima, su asistido voluntariamente dejó libre al secuestrado antes de que acaezcan 15 días de la ilegítima privación de la libertad, de manera que la pena anterior debe reducirse hasta en la mitad.

Tal cuestión jamás pudo ser discutida ya que el procesado se confesó culpable del delito de secuestro extorsivo agravado, en calidad de cómplice, influenciado por la marginalidad y pobreza extrema, pero sin la disminuyente del artículo 171 del Código Penal; de manera que se entiende que la conducta en que incurrió es esa, y pretender alegar tal atenuante sería tanto como soterradamente retractarse de parte de la responsabilidad penal que se asumió con la aceptación unilateral de

cargos, lo cual está prohibido por el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, que dice así:

*“PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. (...) Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo **sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.** (...)”*  
(Subrayas y negritas de Sala).

Nos enseña esa norma que una vez el inculpado aceptó cargos y esto fue aprobado por la judicatura, a partir de entonces no cabe la retractación, y es precisamente ello lo que veladamente pretende la profesional del derecho que asiste al procesado, al intentar la modificación de los cargos imputados, siendo que ello jurídicamente está proscrito.

Se ha expuesto sobre el tema por parte de la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup>, lo siguiente:

*“(...) **bajo ninguna circunstancia** es viable admitir la retractación de quien siendo capaz, de manera voluntaria y libre de cualquier apremio admite su responsabilidad y renuncia a las garantías tantas veces mencionadas [al juicio justo] a cambio [o no] de una rebaja sustancial de pena, pues ello no solo garantiza la seriedad de dicho acto jurídico sino que salvaguarda los postulados de igualdad de armas y lealtad procesal en la medida que desde ese preciso momento, la fiscalía abandona su actividad investigativa para dedicar su esfuerzo a procurar que el proceso abreviado termine lo más pronto posible con sentencia condenatoria”.*

---

<sup>5</sup> Providencia SP 11726-2014 radicado 33409 del 3 de septiembre de 2014.

Luego de aprobado el allanamiento a cargos, quedan desterrados intentos de cualquiera de las partes de discutir en cuanto al delito y la responsabilidad penal aceptada, porque equivale a retractación, por consiguiente se despacha en disfavor el cargo propuesto en la impugnación.

El hilo argumentativo hasta aquí plasmado forzó a que se despacharan en desorden los problemas jurídicos, puesto que el primer cargo de impugnación aún no ha merecido nuestra atención, recordando que consiste en la solicitud de nulidad de la audiencia de lectura de fallo por irrespeto al derecho de defensa y contradicción y por transir el principio de oralidad del proceso penal, por lo que de esa problemática se ocupa la Sala a continuación, no sin antes advertir que de prosperar el cargo, se extraviará la decisión modificatoria del fallo de primera instancia que atrás se tomó.

Pacíficamente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha explicado que el mutismo de la Ley 906 de 2004 en cuanto a consagrar los principios que domeñan las nulidades no significa que ellos no existan, que no sean tenidos en alta consideración para resolver cuestiones de ineficacia de los actos procesales, pues tales postulados “*son inherentes al asunto*”<sup>6</sup>, hacen parte inmanente y permanente del debido proceso penal.

---

<sup>6</sup> Sentencia AP1173-2014, Radicado 43158 de 12 de marzo de 2014.

Son principios que rigen las nulidades los de protección, residualidad<sup>7</sup>, acreditación, taxatividad, trascendencia, convalidación e instrumentalidad de las formas; de suma utilidad son los cuatro últimos en punto de solucionar el cargo de nulidad propuesto en la alzada, de manera que en lo que sigue reproduciremos lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal<sup>8</sup>, entiende por tales:

**“Principio de taxatividad:** *Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar las causales establecidas en la ley.”*

El artículo 457 del Código de Procedimiento Penal consagra una única pero amplísima causal de invalidación, veamos: *“Nulidad por violación de garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales”*.

De entrada, cabe el cargo de nulidad en esa causal, ya que se alega conculcación al derecho de defensa y contradicción por el no llamamiento a la audiencia de lectura de fallo, y podría decirse que, por incumplirse el rito dispuesto en la ley para ejercitar la impugnación contra sentencias, ello engasta, aparentemente, en lesión sustancial al debido proceso. Esto basta para entender acreditado este principio.

**“Principio de trascendencia:** *Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta*

---

<sup>7</sup> En este principio se inscribe el argumento consecuencialista al que se aludió atrás, ya que la residualidad apunta a que la nulidad es el último remedio ante un vicio procesal, ya que si éste puede ser subsanado o enmendado por una vía menos traumática que no implique arrasar todo el acontecer procesal a partir de la anomalía, se prefiere esta solución ya que evita el desgaste de la administración de justicia y a la par logra disipar el yerro.

<sup>8</sup> Decisión del 18 de marzo de 2009, Radicado 30710.

*las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.”*

El artículo 179 del Código de Procedimiento Penal señala que el recurso de impugnación contra sentencia “*se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo*”, lo cual presupone que a ella acudan las partes e intervinientes legitimados para impugnar, luego, dimanando palmario que la judicatura debe asegurarse de notificar a placer a los precitados para que asistan a dicha diligencia, pues de esa manera se garantiza que puedan ejercer oralmente el derecho de defensa y contradicción en tal audiencia.

La *a quo* justifica el no llamamiento a la Defensa para la diligencia de lectura de fallo en que la ominosa avalancha que fustigó en la noche del 31 de marzo y en la madrugada del 1 de abril de 2017 a la ciudad de Mocoa- Putumayo, donde está recluso el procesado (no por cuenta de este asunto), implicó que esa localidad perdiera el fluido eléctrico, lo cual impidió las notificaciones a la defensa y más aún, que se realizara la audiencia virtual de lectura de fallo, por lo que fue preciso adelantarla sin la bancada defensiva.

Por su magnitud y despliegue en los medios de comunicación, el siniestro de Mocoa es un hecho notorio que no requiere ser probado<sup>9</sup>,

---

<sup>9</sup> El hecho notorio “*es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo en que se produce la decisión y que es conocido por el juez*” (MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, JAIRO PARRA QUIJANO, página 136), y como tal está exento de ser probado, siendo su propósito evitar que se demuestre aquello que es palpable y ampliamente sabido, lo que degeneraría en lesión a la economía procesal; también se busca asegurar el prestigiamiento de la justicia al eximir de prueba al hecho notorio, pues como sostenía COUTURE, se trata de evitar “*ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe*”, ya que el juez al tomar su decisión debe tener en consideración lo probado judicialmente pero sin darle la espalda a la realidad evidente que como persona conoce pero que no consta en el proceso; de otro modo es improbable lograr decisiones que fomenten el orden justo y la convivencia pacífica.

pero en modo alguno convalida que si la aludida vista pública se programó y celebró el 4 de abril de 2017, apenas se haya intentado citar en los días posteriores al desastre, es decir que se pretendió vanamente el enteramiento *ad portas* de realizarse la diligencia, lo cual nos permite colegir que erró la primera instancia al no asegurarse con debida anticipación de que la defensa comparezca a la audiencia en comento, ya que debió, como con atino se dijo en la alzada, notificarse con mayor antelación o postergarse la celebración de la diligencia porque la tragedia de Mocoa fue óbice para que la defensa concurra a ella, erigiéndose allí un vicio que imposibilitó que oralmente se sustente el recurso de apelación en la audiencia de lectura de fallo, irregularidad por entero atribuible al Juzgado fallador.

Empero el vicio, no se satisface el principio de trascendencia, porque si bien ello degeneró en que, en la vista pública de lectura de fallo, la defensa no haya podido apelar la sentencia allí en ese momento, verbalmente, en todo caso no se hizo nugatorio el derecho fundamental de defensa y contradicción, dado que la normativa prevista en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal autoriza a que el recurso vertical se incoe oralmente en audiencia “o por escrito en los cinco (5) días siguientes” a la misma, y así se hizo, pues la defensora presentó el recurso por escrito, luego de serle notificado el fallo a su correo electrónico (como así lo reconoce), y con ello activó el mencionado derecho constitucional; de manera que podemos concluir que no hay una afectación real y seria a ese derecho magno, sino que tal aflicción deviene aparente, o acaso el Tribunal no está resolviendo en este momento los cargos propuestos en la apelación, luego entonces, sí se

materializó ese derecho, lo que de suyo desatiende el principio de trascendencia.

En un sistema penal acusatorio como el nuestro, el conjunto de audiencias está comandado por el principio procedimental de la oralidad (artículo 9° del Código de Procedimiento Penal), sin embargo, no se trata de un postulado absoluto e inquebrantable, ya que también excepcionalmente algunas diligencias legalmente soportan lo escritural, y para la muestra tenemos que normativamente la sentencia penal sí admite la alzada por vía escrita (artículo 179 *ejusdem*), luego, que un vicio impida el ejercicio oral de la alzada pero que escrituralmente se impugne la sentencia, al estar eso permitido legalmente, no ofende al debido proceso sustancial.

Simplemente expuesto, si la apelación contra sentencia se permite interponerse por vía oral o escrita, y por un vicio se frustró la primera modalidad, pero se impugnó por la segunda senda aludida, esto es por medio escritural, ello significa que el derecho fundamental de defensa y contradicción no se ve denostado.

En contradicción con lo predicho, la defensa preconizó que el principio de oralidad es absoluto y que su quebrantamiento al no permitírsele verbalmente interponer la alzada lleva a la nulidad, pero no es así, en la medida en que tal recurso también se acepta por escrito, por ende, no vemos transido sustancialmente el debido proceso, y desde esa perspectiva tampoco hay afrenta al principio de trascendencia, siendo así, no hay lugar a anulación alguna.

**“Principio de instrumentalidad de las formas:** *No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.”*

La notificación al correo electrónico del fallo de condena es un acto irregular de enteramiento, porque la ley procesal, en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, dispone otra cosa, que es que se llame a audiencia de lectura de sentencia y allí se dé a conocer el contenido del fallo, y luego de esto, los legitimados para impugnar puedan hacerlo verbalmente en esa diligencia o por escrito dentro de los 5 días siguientes a la misma, según lo dispongan; ese es el rito procesal adecuado para notificar la sentencia, y su propósito es habilitar los espacios para impugnar esa decisión.

En todo caso, tal anomalía notificatoria, predicable del Juzgado de primera instancia, satisfizo la teleología que persigue el rito procesal adecuado, que se traduce en que se materialice el derecho de defensa y contradicción por vía del ejercicio de la alzada, porque la defensa sí pudo hacer uso de la apelación, a pesar del vicio notificadorio.

Propugnar porque se anule el acto irregular de notificación de la sentencia, que empece sí mismo logró el ejercicio del derecho fundamental de alzada, es ir lanza en ristre contra el artículo 228 de la Constitución Política que encomia el derecho sustancial sobre el formal, que se traduce en que, si el acto irregular logró la garantía de derechos fundamentales, esto debe prevalecer sobre aquello, aunque implique fracturas de las formas procesales.

Destáquese que lo formal está al servicio de lo sustancial, de manera que el respeto al rito no es una sacralización de las formas sino una apuesta porque ellas consigan su propósito, que no es otro que la garantía del derecho sustancial; si se logra el derecho sustancial que persigue la envoltura formal perturbada, el mentado artículo 228 superior nos resuelve el problema al darle prevalencia a lo sustancial. En contravía de lo anterior y sin sustento constitucional, la propuesta defensiva es la de respetar del rito por el rito mismo.

Como corolario tenemos que no se colma tampoco el principio de instrumentalidad de las formas, pues, aunque se quebrantó el rito procesal adecuado, su teleología de que se ejerza la apelación fue asegurada por el acto irregular o vicio, de modo que no hay lugar al decreto de la nulidad instada.

Por último, dígase que si la Sala acogiera la invitación a la nulidad por rompimiento de las formas procesales que lograron materializar el derecho sustancial perseguido, incurriría en lo que la jurisprudencia nacional ha denominado exceso de ritual manifiesto, y para precaver ese craso error es que se deniega lo pedido; miremos que ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

*“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.”<sup>10</sup>*

---

<sup>10</sup> Sentencia T-234 de 2017.

Denegado el cargo de nulidad planteado en la alzada, queda incólume la modificación de la sentencia de primera instancia en punto de respetar el principio de legalidad de los delitos y de las penas y de encomiar el principio de congruencia.

## **Decisión**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y autoridad de la ley,

## **Resuelve**

**Primero.- Modificar el numeral primero** de la providencia impugnada en el sentido de **condenar** al señor **JRCA** por su complicidad en el delito de secuestro extorsivo agravado, atenuado por el artículo 56 del Código Penal, por consiguiente, la pena correcta es la de **28 meses de prisión y multa 416.666** salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2011, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- Confirmar** el fallo impugnado en lo restante.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión procede recurso extraordinario de casación.

Cópiese y cúmplase,

**Franco Solarte Portilla**  
**Magistrado**

**Blanca Lidia Arellano Moreno**  
**Magistrada**

**Silvio Castrillón Paz**  
**Magistrado**

**Juan Carlos Álvarez López**  
**Secretario**