

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISION PENAL

Sentencia Penal No:	015
Radicación:	528356000538-2013-00119-01 N.I. 21879
Procesada:	ASBG
Delitos:	CONCIERTO PARA DELINQUIR Y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS.
Acta de Aprobación:	97 del 3 de septiembre del 2018

ALLANAMIENTO A CARGOS - FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR. / ALLANAMIENTO A CARGOS - PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD: Al procesado o a su defensor les está prohibido apelar aquellos aspectos que integran la aceptación de la responsabilidad penal. / **ALLANAMIENTO A CARGOS - VARIACIÓN DE LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN** – No puede ser objeto de impugnación, al ser un aspecto toral de la admisión de responsabilidad penal. / **ALLANAMIENTO A CARGOS** - La manifestación de responsabilidad penal es vinculante para el juez y las partes. / **ALLANAMIENTO A CARGOS** - Lleva implícita la confesión simple y no es procedente solicitar la **absolución** - Al verificarse la aceptación de cargos de manera libre y voluntaria y sin ningún reparo, prácticamente la procesada confesó de manera llana su participación en los delitos y aceptó la responsabilidad penal que de ella emerge, no siendo factible revivir el debate jurídico respecto al concurso real y material de delitos, ni de la variación de la formulación de la imputación, ni mucho menos de la eliminación de todos los cargos de responsabilidad que se le han endilgado, por falta de evidencias demostrativas de la autoría o participación; estableciéndose que lo que veladamente se pretende es su retractación, lo cual no está permitido; siendo lo procedente, tratándose de una forma de terminación anticipada del proceso, al darse los presupuestos para ello y sin que se avizore vicios en el consentimiento o violación de garantías fundamentales, proferir sentencia condenatoria conforme los cargos imputados y aceptados, sin que le asista un interés jurídico a la defensa para cuestionarla, por lo cual la Sala se abstiene de revisar de fondo la sentencia condenatoria en relación con tales tópicos.

AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA - Finalidad. / NULIDAD PROCESAL – Principios. / NULIDAD POR EL NO CUMPLIMIENTO DEL COMETIDO DE LA AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA – No se configura – Teniendo en cuenta los Principios de Protección, Residualidad y Ultima Ratio que gobiernan el régimen de nulidades, se determina que no hay lugar a la declaración de invalidación del proceso, siendo que el defensor utilizó la audiencia de individualización de pena, para realizar solicitudes de nulidad por error en la adecuación típica y la absolución de la procesada, peticiones que están por fuera de las previsiones normativas de éste acto procesal, desbordando el objeto de la audiencia y como la misma se efectuó con el lleno de los requisitos del art 447 del C.P.P., no es factible retrotraer el proceso y dejar sin efectos la sentencia a través de la nulidad, para permitir que corrija su omisión y solicite la prisión domiciliaria, aduciendo vulneración del debido proceso.

ALLANAMIENTO A CARGOS - CONTROL MATERIAL: La adecuación típica le compete a la Fiscalía - Al ser la acusación, la cual incluye los allanamientos, un acto de parte que solo le compete a la Fiscalía, no procede sobre la misma control material por parte del Juez de Conocimiento, salvo vulneración de garantías

fundamentales, de lo contrario estaría interfiriendo en el ejercicio de la acción penal y desviando los roles que les competen a cada uno dentro del sistema acusatorio. /

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho
(2018)

OBJETO DE DECISION

Corresponde a la Sala desatar el recurso vertical interpuesto por el doctor JAVIER ALEJANDRO PANTOJA ORTÍZ, en su condición de apoderado de la Defensa, contra la providencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco (Nariño) el día 4 de mayo de 2017¹, a través de la cual se condenó anticipadamente en virtud de allanamiento a cargos a la señora ASBG, imponiéndosele penas principales de 51 meses de prisión y multa por valor equivalente a 650 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo mismo que la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, al aceptar voluntaria e unilateralmente la responsabilidad respecto del concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR Y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LO CONTENGAN. De igual manera le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

HECHOS Y ANTECEDENTES DE IMPORTANCIA PARA LA DECISION

¹ Ver Folios 229 a 236.

De la sentencia condenatoria número 27 del 4 de mayo de 2017, se extraen los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“Tras labores de investigación adelantadas por la Policía Judicial, bajo la coordinación de la Fiscalía 23 Especializada de la Unidad EDA, se logró la identificación y ubicación de una banda de personas que se pusieron de acuerdo para incurrir en apoderamiento de hidrocarburo, extrayéndolo ilícitamente del oleoducto transandina OTA, entre el sector que del municipio de Ricaurte conduce al municipio de Tumaco, para luego de procesarlo de manera artesanal, transportarlo y almacenarlo clandestinamente para su posterior distribución y venta”.

“Gracias a labores adelantadas por funcionarios de Policía Judicial, se logró recaudar elementos materiales probatorios como declaraciones de fuente humana, interceptación de teléfonos celulares y operativos de registro y allanamiento, diligencias que fueron debidamente ordenadas y sometidas a control judicial”.

“Entre los números de teléfonos interceptados, se encuentra el abonado 3182725648 usado por ASBG, identificada con la cédula de ciudadanía número ... de Iles (N) y quien, de acuerdo a los informes de los analistas del C.T.I., sostuvo conversaciones que comprometen su responsabilidad y la relacionan con algunas personas que se dedican a la compra y venta de hidrocarburo refinado, esto es concertándose para cometer delitos”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El día 17 de mayo de 2014, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Tumaco, se realizaron

audiencias preliminares concentradas, en virtud de las cuales se declaró la legalidad de la captura de ASBG imputándole a título de AUTOR un concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LO CONTENGAN tipificados en los artículos 340 y 327A, éste último adicionado por la ley 1028 de 2006.

Estos cargos fueron avalados o aceptados voluntariamente por la imputada, con la asesoría de su abogado defensor, doctor JOSÉ NAVARRETE MARTÍNEZ, en virtud de lo cual se le impartió la debida aprobación al allanamiento a cargos, por lo cual se remitió el asunto al Juzgado de conocimiento.

El 21 de mayo de 2014 el Fiscal 23 Especializado EDA presentó ante el Juez de Conocimiento la carpeta contentiva de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida en contra de la filiada (Folio 181 de la carpeta).

Superada diversas vicisitudes de asistencia de las partes, se instaló la audiencia de individualización de pena y sentencia -que trata el artículo 447 procesal penal- durante los días 25 de agosto y 23 de noviembre de 2016. En la primera sesión el Fiscal y el Representante de Víctimas fueron escuchados sobre las condiciones personales, sociales y familiares de la acusada BG, importantes a tener en cuenta en el proceso de determinación judicial de la pena a imponerle, por virtud del allanamiento a cargos; por su parte, el nuevo apoderado de la defensa –doctor JAVIER ALEJANDRO PANTOJA ORTIZ- utilizó la oportunidad para solicitar el decreto de nulidad del proceso, desde la audiencia de formulación de imputación, aduciendo que se había cometido un yerro de adecuación típica por la Fiscalía, porque en su sentir la facticidad no correspondía con el tipo penal de

apoderamiento de hidrocarburos endilgado y por el cual se produjo el allanamiento a cargos, o que debería readecuarse la conducta por la que corresponde realmente (receptación de hidrocarburos); también indicó que se estudiara la posibilidad de absolver a su cliente por los cargos imputados, debido a que no existían elementos probatorios que demostraran la autoría o participación en las conductas típicas por las cuales se la responsabiliza.

Estas peticiones de nulidad y de absolución anticipada fueron resueltas negativamente en la sesión de audiencia pública del 447 procesal penal, celebrada el 23 de noviembre de 2016, decisión respecto de la cual fue interpuesto recurso de apelación por el apoderado de la defensa, pero que fue declarado desierto en la misma audiencia por indebida sustentación, quedando así en firme el pronunciamiento.

El día 4 de mayo de 2017 se procedió a dar lectura a la sentencia condenatoria número 27, en contra de la señora ASBG, a las penas de 51 meses de prisión, multa por valor equivalente a 650 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Fueron negados tanto el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria como el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, por factores objetivos.

Esta decisión fue impugnada por el apoderado de la defensa doctor JAVIER ALEJANDRO PANTOJA ORTIZ, quien interpuso recurso de apelación y que al ser sustentado debidamente ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

ARGUMENTOS DE APELACIÓN:

Intervención del Recurrente.

La defensa de la sentenciada, manifiesta que debe decretarse la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, teniendo en cuenta que la Fiscalía ha incurrido en un error de adecuación típica, porque los delitos atribuidos a ASBG son los de CONCIERTO PARA DELINQUIR Y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, pero que al revisar los elementos de prueba presentados por la Fiscalía, especialmente las llamadas interceptadas, develan que la filiada no formaba parte de ningún grupo delincuenciales en la extracción de combustible, luego en tal sentido no sería responsable del apoderamiento, y que como solo se beneficiaba de la venta de crudo, su conducta se encuadra en el delito denominado receptación de hidrocarburos.

También plantea subsidiariamente, para el evento en que no se acceda a la petición de nulidad, que se estudie la posibilidad de absolver a su prohijada sobre los cargos que se le imputan, toda vez que no existen elementos probatorios que demuestren la autoría o participación en las conductas delictivas que se le atribuyen. Indica que constituyó un desatino jurídico la adecuación de los delitos imputados, los cuales fueron aceptados por AS, previo asesoramiento por parte de su defensor, el cual no discutió la atipicidad de las conductas que se le endilgaban.

También enseñó que, en caso de no considerarse los anteriores pedimentos, se analizara la posibilidad de variar la calificación jurídica

para que se emitiera condena por receptación de hidrocarburos y no por apoderamiento de los mismos.

Finaliza indicando que igualmente debe estudiarse una posible nulidad por violación de la garantía del debido proceso, en la etapa procesal del artículo 447, debido a que no se le concedió la palabra para que se refiriera a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden de su defendida, momento en el cual también podía haberse referido a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado en favor de AS, motivo por el cual no solicitó la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

Intervención de los No Recurrentes.

El Fiscal del Caso, doctor MIGUEL OLAYA CUERVO solicita la confirmación de la sentencia condenatoria y que además se despachen negativamente las peticiones de nulidad. En primer lugar refiere que no existe ningún error de adecuación típica, pero que si eventualmente se hubiere demostrado en forma clara que el punible de procedencia era el de receptación de hidrocarburos, perfectamente hubiera podido el Juez de conocimiento variar la calificación porque se trata de un delito de menos pena; pero que la situación fáctica no ha sido objeto de señalamiento alguno, porque lo que se endilga es la existencia de una organización delincuenciales dedicada a perforar el oleoducto trasandino, para luego transportarlo a lugares estratégicos, procesarlo de manera artesanal, envasarlo, almacenarlo y comercializarlo, demostración de ese modus operandi que se ha logrado a través de interceptaciones y en información legalmente obtenida. Fueron estos supuestos de hecho los que le permitieron

imputar el apoderamiento de hidrocarburos y el concierto para delinquir, respecto de los cuales hubo allanamiento a cargos.

Dice que no hay lugar a decretar nulidad porque no ha habido violación del derecho a la defensa, además no se ha demostrado la afectación de garantías fundamentales, que además el sujeto procesal que pide la nulidad (defensa) ha coadyuvado en la ejecución del acto que ahora tilda de irregular, y que además en la teoría de la nulidad se ha establecido que los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado.

En lo que respecta a la petición de que se profiera sentencia absolutoria, por supuesta inexistencia de elementos materiales probatorios, que demuestren la autoría o participación en las conductas delictivas imputadas, refiere que no está llamada a prosperar, y que además el escrito de sustentación de la alzada resulta contradictorio porque la defensa cita numerosas interceptaciones telefónicas en las que aparece de forma clara, evidente e irrefutable la comisión de los hechos punibles imputados, y que además no puede desconocerse que nos encontramos ante una terminación abreviada del proceso por allanamiento a cargos, lo cual implica un reconocimiento libre, consiente y espontáneo de haber participado en la ejecución de las conductas delictivas investigadas. Que esta es una confesión que la doctrina denominada “por adhesión”, la que le reporta el 50% de rebaja de pena, y que esta aceptación de responsabilidad constituye la base del fallo de condena, aunada a la evidencia reportada por la Fiscalía.

Finalmente indica que no hay lugar a decretar la nulidad por violación del debido proceso, a la que se acude por supuesto desconocimiento de los fines de la audiencia del 447, porque en primer lugar no ha sido

sustentada debidamente, que no es una medida extrema, y que el Juzgado Especializado en su momento le corrió traslado a la defensa técnica para que se pronunciara sobre el objeto de la diligencia del 447, solo que este fue utilizado para fines diferentes a los consagrados por el legislador, en este caso, el planteamiento de una nulidad. Reclama que se acuda a la revisión de los principios que rigen la nulidad, a partir de lo cual se podrá establecer que esta no se ha configurado.

Por su parte, el Representante de Víctimas (ECOPETROL), doctor BLAS FRANCISCO RAMÍREZ HERRERA, indica que la solicitud de nulidad por supuesta equivocación en el *nomen iuris* de la conducta atribuida a la señora SB no tiene ningún sustento, y que su inconformismo deviene de una valoración de índole subjetiva sobre los elementos probatorios. Indica que en este trámite no hubo juicio oral, porque hubo aceptación de cargos respecto de los delitos de concierto para delinquir y apoderamiento de hidrocarburos, lo cual ocurrió con la asesoría de la defensa técnica. Refirió que en este caso no se ha advertido vicio alguno del consentimiento ni violación de garantías constitucionales que permitan la declaratoria de nulidad del presente proceso, que está llamado a finalizar por vía anticipada.

También indica que no hay lugar a decretar la absolución de la señora ASBG, y que resulta un contrasentido que la defensa asevere la existencia de elementos de prueba configurativos del delito de receptación de hidrocarburos, pero que al mismo tiempo indique que estos no configuran la existencia del tipo penal de apoderamiento, delito contenido dentro del mismo bien jurídico. Refiere que esta conclusión no va más allá de su lógica subjetiva y que no se

acompañaron argumentos fácticos ni jurídicos para defender la posición.

En cuanto a la solicitud de nulidad del proceso, por lo acontecido en la audiencia del artículo 447 del Código Procesal Penal, refiere que las aseveraciones de la defensa distan de la realidad procesal por cuanto el Juez de conocimiento, luego de declarar ajustado a derecho el allanamiento a cargos dio curso a la audiencia de individualización de pena y sentencia, en la cual la Fiscalía y el representante de víctimas intervinieron para los fines o el objeto de la audiencia mencionada, pero que la defensa aprovechó la oportunidad para plantear una nulidad que le fue despachada desfavorablemente, respecto de la cual no le prosperó recurso alguno, de suerte que por el principio de convalidación no debe prosperar la nulidad.

Finalmente solicita al Tribunal que se confirme la sentencia condenatoria emitida en contra de la señora BG.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1.- ¿Tiene interés jurídico la defensa para impugnar la sentencia condenatoria proferida anticipadamente, por virtud de allanamiento a cargos, para deprecar la eliminación de cargos (absolución), por falta de evidencias demostrativas de la autoría o participación de la señora ASBG en los hechos”?

2.- ¿Puede discutirse fáctica, jurídica y probatoriamente por la Defensa la vigencia de la imputación de responsabilidad derivada del concurso real y material de delitos, en desarrollo de la audiencia de individualización de pena y sentencia, regulada por el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal?

3.- *¿Hay lugar a decretar la nulidad del proceso, desde la audiencia de formulación de imputación, por supuesto error de adecuación típica, o bien desde la audiencia de individualización de pena (artículo 447 Procesal Penal, de acuerdo con el pedimento de la defensa?*

4.- *¿Puede el juez de conocimiento intervenir en el control material de la acusación, para variar su contenido?*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.- Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

2.- Sobre el allanamiento a cargos, su irretractabilidad y las limitaciones para impugnar la sentencia condenatoria, que de dicho acto emana. Tal como se manifestó en precedencia, el presente asunto se ha venido tramitando por los ritos de la ley 906 de 2004, y está llamado a finiquitarse por un mecanismo judicial rápido o anticipado, como es el de allanamiento a cargos ocurrido en desarrollo de la audiencia preliminar de formulación de imputación, merced a que la señora ASBG aceptó sin titubeo aquellos que le fueron atribuidos por un delegado de la Fiscalía General de la Nación durante la diligencia celebrada el 14 de mayo de 2014, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tumaco (Nariño), en ejercicio de funciones de control de garantías.

A la filiada se le atribuyó responsabilidad penal a título de autora del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LO CONTENGAN tipificados en los artículos 340 inciso 1 y 327A, éste último adicionado por la ley 1028 de 2006, cargos estos que aceptó sin vacilación para hacerse acreedora a la rebaja de pena derivada del allanamiento a cargos, según lo establecido en el artículo 351 inciso primero procesal penal, modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, equivalente hasta la mitad de la pena a imponer, en virtud de que no había sido capturada en situación de flagrancia delictiva.

Dicho beneficio de reducción punitiva obedece a la renuncia que la imputada y su defensor hacen al derecho que les asiste a un juicio oral, público, contradictorio, en igualdad de circunstancias con el ente acusador, inmediado por el juez de conocimiento y amparado en la presunción legal de inocencia; al igual que se renuncia al derecho de impugnar la sentencia en toda su extensión. Todo en virtud – se repite – de la aceptación simple y llana de cargos, sin condicionamientos de ninguna especie.

Al trastocarse la estructura del proceso, por virtud de la renuncia al debate en juicio, y de acuerdo a lo establecido en los artículos 293, 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal, la imputación formulada hace las veces de acusación, razón por la cual debe estar debidamente circunstanciada porque va a ser el eslabón de congruencia con la sentencia de condena que se emita, de suerte que deberá establecer claramente la individualización del procesado, el delito o delitos por los cuales se lo va a condenar, la forma de

responsabilidad que se endilga y, si a ello hubiere lugar, el reconocimiento de circunstancias específicas de atenuación o agravación para cada delito en particular, y aquellas genéricas de la misma índole que sean modificadoras o no modificadoras de los límites punitivos, como el estado de ira e intenso dolor, la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad, etcétera.

Como quiera que el allanamiento debe someterse a control de legalidad por parte del Juez de control de garantías, entonces este acto de legalización de la imputación se lo puede equiparar a lo que conocemos como la revelación del sentido del fallo, pues de acuerdo a los cargos aceptados y a los beneficios obtenidos es que el juez impone la condena en la audiencia siguiente de individualización de pena y sentencia, establecida en el artículo 447 procesal penal.

Para efectos de lograr una mayor comprensión acerca de la naturaleza e implicaciones que el allanamiento a cargos acarrea en el acriminado, es preciso recordar en primera medida el contenido normativo del artículo 293 de la ley 906 del 2004, el cual ha sido objeto de modificaciones merced al artículo 69 de la ley 1453 de 2011, y que a su tenor literal establece:

*“Art. 293. 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. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. 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***

intervenientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Parágrafo.- La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

(Negrita y subrayas de la Sala)²

Hoy en día, ésta colegiatura tiene claramente concebida la proposición jurídica sobre la irrevocabilidad de la manifestación de parte sobre conformidad con la imputación de cargos, y así, en reciente pronunciamiento, cuya decisión y argumentos compartimos, se dijo que:

“De igual manera, como la jurisprudencia en torno a la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000, había proclamado de manera invariable su naturaleza irrevocable, ahora, de cara a la figura del allanamiento o aceptación unilateral de cargos, se mantiene esa postura”.

*“De lo reseñado, **se decanta que no puede concebirse que un proceso de naturaleza pública, como es el penal, quede sometido al vaivén del querer voluble del imputado, para que dependiendo de las variables e impredecibles circunstancias, manifieste su voluntad de allanarse y mañana aduciendo cualquier motivación, reverse su decisión.** El caos sería total, la seriedad y seguridad que debe caracterizar a las decisiones en el ámbito penal, caerían en el descrédito y finalmente todo quedaría en manos del capricho de los imputados.”³*

Así las cosas, queda dilucidado que la retractación directa o indirecta a la aceptación voluntaria de cargos es inviable, a menos que se acrediten vicios en el consentimiento o violación de garantías

² Ley 906 de 2004, Art 293

³ Tribunal Superior de Pasto. Sala Penal. Auto Interlocutorio de mayo 22 de 2013. Radicado 2012-00272-01 N.I. 7993,; M.P. Dr. Jaime Cabrera Jiménez

fundamentales del procesado; y es que es apenas lógico que el ordenamiento jurídico colombiano, no pueda estar supeditado a las distintas manifestaciones de la voluntad de los procesados en causas penales; precisamente se trata de dotar de cierta estabilidad a las figuras propias del mismo proceso penal, y que de una u otra forma facilitan la administración de justicia. Al respecto, se ha dicho que:

“(…) la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho”⁴ (Subrayas de la Sala).

Con el allanamiento a cargos también se renuncia a la posibilidad de impugnación total de la sentencia condenatoria, dado que, tal cual lo ha dicho la doctrina nacional⁵, si el imputado debidamente asistido por su defensor se allana a cargos o suscribe un acuerdo con la Fiscalía admitiendo responsabilidad penal, es claro que carecería de interés jurídico para impugnar la determinación que se asuma con fundamento en su aceptación unilateral o consensuada de responsabilidad, siempre que se respeten por el Juez los términos de lo aceptado o de lo negociado.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1195 de 2005. M.P: Jaime Araujo Renteria. Referencia: expediente D-5716 de 22 de noviembre de 2005.

⁵ BERNAL CUÉLLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “EL PROCESOPENAL”. Cuarta Edición. Universidad Externado de Colombia. 2002. Bogotá D.C. Página 593.

Esta regla de limitación de la defensa al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, ha sido reconocida por la jurisprudencia del alto tribunal de justicia penal, cuando lapidariamente ha indicado que *“...se erige en garantía de seriedad del acto consensual y en expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera para que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, haría inocuo o tornaría irrealizable el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los acuerdos, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento”*.⁶

Así mismo debe precisarse, esta restricción al derecho de impugnar los términos de la aceptación unilateral de responsabilidad o de los acuerdos, normativamente se ha regulado por la ley a través del principio de *“IRRETRACTABILIDAD”*, del cual se habló en extenso en acápites anteriores, el cual comporta la prohibición de desconocer directa o veladamente la manifestación de responsabilidad realizada, porque la manifestación o el acuerdo no solo son vinculantes para el Juez, sino esencialmente para las partes. Desde al artículo 37B numeral 4 del decreto 2700 de 1991, pasando por el artículo 40 de la ley 600 de 2000, hasta la redacción del artículo 293 de la ley 906 de 2004, dan cuenta que en Colombia y en desarrollo del sistema de justicia premial siempre ha estado vigente el principio de irretractabilidad de las manifestaciones de responsabilidad del acusado.

Lo anterior resulta trascendente al momento de revisar la admisibilidad de la impugnación presentada por el nuevo defensor de la señora ASBG, en lo que respecta a la –por cierto ligera- solicitud de eliminación de todos los cargos de responsabilidad que se le han

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de junio de 2011, radicado 31895. MP José Leónidas Bustos Martínez.

endilgado, aduciendo que no existe evidencia o elemento material de prueba que oriente a la autoría o participación de su cliente en los citados punibles de CONCIERTOPARA DELINQUIR Y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LO CONTENGAN, porque indirectamente lo que pretende es retractarse de lo admitido unilateralmente y de soslayo que sin contraponer evidencia se le eliminen los cargos de responsabilidad admitidos, aspecto éste que no puede patrocinar esta corporación tribunalicia.

Repetimos, que la legitimidad para atacar la sentencia proferida anticipadamente se encuentra restringida para el procesado o su defensor, quienes -desde vieja data se ha dicho- solamente pueden cuestionar la dosificación de la pena, la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o de los subrogados, así como la extinción del dominio que se les aplique sobre bienes, porque los demás tópicos relacionados con la prueba de la existencia de la conducta imputada, su adecuación típica, el daño al bien jurídico, la culpabilidad del autor y la ausencia de causales excluyentes de responsabilidad se encuentran amparados por la aceptación personal o “*confesión simple*” que implícitamente ha hecho el procesado, situación que es irrevocable por aplicación del principio de lealtad procesal. El mismo tribunal constitucional trazó la regla jurídica respecto que al procesado o a su defensor les está prohibido apelar aquellos aspectos que integran la aceptación de la responsabilidad penal y la legitimidad para atacar las sentencias abreviadas se encuentra restringida para ellos, porque “...les está vedado apelar aquellos aspectos que integran la aceptación de la responsabilidad penal que abre compuerta a la conclusión del trámite sin agotar la totalidad de sus fases, reserva que encuentra

*sustento en la imposibilidad de retractarse de lo admitido en virtud de los principios de eventualidad o preclusión y de la seguridad jurídica”.*⁷

Si aplicamos lo dicho al caso sometido a examen, debe advertir la Sala que no le asiste legitimidad procesal alguna a acusada BG, ni a su nuevo abogado defensor, para atacar la sentencia condenatoria que le fue proferida anticipadamente 4 de mayo de 2017, en todo aquello que toca con la imputación fáctica, jurídica y probatoria que redondea el concurso material o real, heterogéneo y sucesivo de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR Y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LO CONTENGAN, tipificados en los artículos 340 y 327A, éste último adicionado por la ley 1028 de 2006, por los cuales se la condenó; esto porque fue en virtud de su manifestación libre y soberana de allanarse a cargos que se le emitió la condenación anticipada, al haber renunciado al juicio público, oral y contradictorio –según se dejó expresado- todo con el fin de obtener una sustanciosa rebaja punitiva.

Al aceptar sin reparos los términos de la imputación fáctica y jurídica en desarrollo de la audiencia preliminar correspondiente, prácticamente estaba confesando de manera llana su participación en los delitos y aceptando la responsabilidad penal que de ella emerge; por esta razón fundamental no es posible ahora admitir la solicitud de eliminación sustancial o total de los cargos, que es lo que unilateralmente se reclama en el escrito sustentatorio de la apelación, al peticionarse por la defensa el decreto de absolución. De tal incoherencia o insensatez jurídica no puede la Sala dejarse motivar, porque ello implicaría avalar un acto soterrado de retractación de su voluntad, lo cual deriva inadmisiblemente.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-277 del 3 de junio de 1998. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

Tampoco resulta posible aceptar alegremente en este momento una variación de la formulación de la imputación jurídica del asunto, que se dice ha sido errada porque el defensor refiere que lo único que aparece penalmente configurado por su cliente es el delito de receptación de hidrocarburos, toda vez que los cargos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LO CONTENGAN ya están válidamente aceptados por ASBG, y esto equivale al pliego acusatorio, porque ante la imposibilidad jurídica y fáctica de que pueda sobrevenir prueba en favor de la acusada -por la renuncia explícita que ella hizo al debate del Juicio oral para obtener beneficios de rebaja punitiva de hasta el 50% de la pena a imponer-, entonces debe el Juez fallador garantizar la congruencia entre el pliego de cargos y la sentencia que se emita, porque la acusación condiciona los términos de la condena, según lo expresó reiteradamente el alto tribunal de justicia⁸ en casos similares.

Debe quedar claro que la hoy condenada tuvo total conocimiento de la imputación principal que se le hacía por la dupla de delitos, como también de la pena legal preestablecida para cada uno de ellos en los artículos 340 y 327A del Código Penal, éste último adicionado por la ley 1028 de 2006, de suerte que si decidió aceptar las imputaciones con la asesoría del defensor técnico que antecedió al impugnante, para que se le profiriera un sentenciamiento anticipado, lo normal era que le advendría sentencia condenatoria por esa dupla de punibles, luego entonces: *¿por qué se desdice o se retracta en la apelación de su acto libre, voluntario e informado?*

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 1999. Radicado. 10918 MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego. En el mismo sentido sentencias del 16 de mayo de 2002 (radicado 11923) y del 13 de febrero de 2003 (radicado 13733) MP. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Ha sido ella y solo ella quien llegó al auto-convencimiento de allanar el camino del proceso aceptando cargos, renunciando a todo debate en juicio, en aras de obtener la importante o jugosa rebaja de pena establecida en el artículo 351 procesal penal y que ascendió al 50 % de la que correspondía por los delitos atribuidos, debido a que la manifestación de conformidad con las imputaciones se hacía en la primera audiencia preliminar.

El ataque que se hace en la apelación al concurso material de delitos para desestructurarlo está totalmente desfasado, y debe insistirse en que respecto de este tema no cabe impugnación alguna para la defensa, porque es un aspecto toral de la admisión de responsabilidad penal que hizo la señora BG. Dígase lo que se diga, no hay lugar a admitir que la imputada se desdiga de su allanamiento a cargos, so pena de afectar caros principios como el de lealtad procesal, el de respeto por el acto propio, y –sobre todo– el de seguridad jurídica, sobre los cuales ha disertado el alto tribunal de justicia penal al señalar:

“Al procesado o a su defensor, les está vedado apelar aquellos aspectos que integran la aceptación de la responsabilidad penal que abre la compuerta a la conclusión del trámite sin agotar la totalidad de sus fases; reserva que encuentra sustento en la imposibilidad de retractarse de lo admitido en virtud de los principios de eventualidad o preclusión y de la seguridad jurídica”⁹.

De acuerdo con lo anterior, debe la Sala abstenerse de revisar de fondo la sentencia condenatoria impugnada, en lo que respecta al tema de la posible desestructuración del fenómeno concursal de delitos que alega la defensa, bien para absolver o para condenar por un delito diferente, por tratarse de un tema no pasible de impugnación

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 21 de febrero de 2002. Radicado 14330. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

al encontrarnos en un evento de terminación del trámite por vía anticipada, merced a allanamiento a cargos.

3.- Sobre la finalidad de la audiencia de individualización de pena, establecida en el artículo 447 procesal penal y la posible nulidad del proceso por el no cumplimiento de su cometido.

Como quiera que la discusión jurídica planteada por la defensa de la señora ASBG, sobre la inexistencia del concurso delitos que se le atribuyen y la necesidad de absolverlo de todos ellos o de condenarlo exclusivamente por uno diferente (receptación de hidrocarburos) de aquellos respecto de los cuales ella voluntariamente aceptó responsabilidad, inició en desarrollo de la denominada “*audiencia de individualización de pena y sentencia*” establecida en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, debate éste que fue admitido sin rodeos por el Juez de Conocimiento, considera la Sala pertinente precisar la teleología de esta audiencia a efecto de establecer la viabilidad del procedimiento adoptado.

Partimos de la base que la citada “*audiencia de individualización de pena*” se lleva a cabo posteriormente a cuando el Juez de Conocimiento haya anunciado el sentido del fallo condenatorio, o una vez haya verificado el allanamiento a cargos o acepte el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el equipo de Defensa; en este momento procesal el Juez de Conocimiento asume desvirtuada la presunción legal de inocencia que cobija al procesado, ya sea porque las pruebas practicadas en el juicio oral demostraron su responsabilidad en la comisión del ilícito, ora porque simplemente el imputado renunció voluntariamente a la realización del juicio oral y público, a su derecho de contradicción y no autoincriminación, una vez aceptó su responsabilidad en los hechos.

Bajo este entendido, compartimos con el alto tribunal de justicia penal ordinaria que *“la diligencia contemplada en el artículo 447 en cita, no es una nueva oportunidad que tienen las partes para referirse al tópico de responsabilidad y los que le son consustanciales, si en cuenta se tiene que desde el momento mismo de anunciar el sentido del fallo, en tratándose del procedimiento ordinario, el juez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, ya ha definido con suficiencia este tema...”*¹⁰.

Establecido lo anterior, refulge diáfano que no debió el Juez de Conocimiento admitir en la *“audiencia de dosificación de pena”* el debate planteado por el defensor JAVIER ALEJANDRO PANTOJA ORTIZ, sobre la posible desestructuración del concurso material de delitos atribuidos a su poderdante, con el argumento que no existía prueba demostrativa de la autoría o participación de su clienta en los delitos imputados, y que por dicho motivo debía ser absuelta, porque esta discusión es de fondo sobre la responsabilidad y escapa a las previsiones normativas de éste acto procesal.

Se recomienda al funcionario de primer grado para que a futuro y ante eventos similares aplique de mejor manera sus poderes de control, manejo y dirección de las audiencias del juicio, para que las partes no desborden los objetivos establecidos por el legislador para cada una de ellas, lo mismo que no se generen falsas expectativas a las partes sobre sus puntos de discusión, diferentes al tema estrictamente punitivo.

Ahora bien, recordemos que los sujetos partes e intervinientes reconocidos en el presente caso fueron convocados para el 25 de

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 2007, Radicado 26716. Igualmente en radicado 36609 de 2011.

agosto de 2016, a la audiencia de individualización de la pena y sentencia, acto en el cual el Juez Penal del Circuito Especializado de Tumaco anunció que, en virtud del allanamiento a cargos que antecedió, debía emitir sentencia condenatoria (ver folios 198 a 201 de la carpeta principal). A partir de lo anterior otorgó la palabra a las partes e intervinientes reconocidos para que se manifestaran sobre las condiciones sociales, personales y familiares de la señora BG, que había sido declarada culpable, y/o para que se refirieran a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado o sustituto penal. Este traslado fue descrito adecuadamente por el Delegado de la Fiscalía y por el apoderado de la Empresa Estatal ECOPETROL, que había sido reconocido como víctima; también lo describió el apoderado de la Defensa, y consciente del objeto de la audiencia, decidió utilizar la oportunidad para deprecar una nulidad del proceso desde la audiencia de formulación de imputación, por supuesto error en la adecuación típica brindada a los hechos y hasta la absolución de su clienta por falta de elementos probatorios de autoría y responsabilidad, pero nada indicó sobre el que constituye el verdadero objeto de la audiencia precitada.

Ahora pretende que se retrotraiga el proceso y se deje sin efectos la sentencia, a través de la nulidad, para poder petitionar en favor de su defendida la prisión domiciliaria a que dice tener derecho como madre cabeza de familia, aduciendo que el fallador vulneró el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 Constitucional) al no brindársele otra oportunidad en audiencia para referirse a las condiciones personales, sociales y familiares de su prohijada y deprecar en su beneficio el sustituto referido.

Lastimosamente este petitorio de nulidad no está llamado a prosperar, debido a que –en primer lugar– la audiencia fue anunciada y se llevó a

cabo con el lleno de los requisitos del artículo 447 procesal penal, otorgándose la palabra a todos los sujetos partes e intervinientes reconocidos en la instancia y que hicieron presencia en ella, para que recorrieran el traslado y argumentaran sobre lo relacionado con la cantidad y calidad de las penas a imponerle a la acusada y al probable otorgamiento de subrogados o sustitutos punitivos en su favor, entre ellos al defensor, pero éste se distrajo peticionando otras decisiones (absolución y nulidad del trámite), todo lo cual le resultó adverso.

La doctrina y jurisprudencia nacionales han establecido que el régimen de nulidades se rige por el "*PRINCIPIO DE PROTECCION*", según el cual no puede invocar la ineficacia el sujeto procesal que con su conducta haya coadyuvado a la configuración del acto irregular, y en éste caso ha sido precisamente el apoderado de la Defensa quien omitió realizar en su momento la petición de sustituir la pena de prisión intramural por la domiciliaria, motivo por el cual no le fue posible obtener pronunciamiento al respecto en la sentencia. Por otro lado la nulidad, también se rige por el "*PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD, NATURALEZA EXTREMA O ULTIMA RATIO*", según el cual solo puede decretarse cuando no existe otro mecanismo procesal para subsanar la irregularidad; en el presente caso no hay necesidad de disponer la ineficacia del proceso porque ante el Juez que le corresponda la ejecución de la pena impuesta puede aún promoverse el trámite respectivo, según lo consagra expresamente el artículo 461 procesal penal, cuando indica: "*El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva*".

Por estas potísimas razones, ha de despacharse negativamente este pedimento de nulidad.

4.- Sobre la solicitud de nulidad por errónea adecuación típica.-

Para resolver la controversia planteada por la defensa, respecto a la posible nulidad del proceso, a partir de la audiencia de Formulación de Imputación, basada en el supuesto yerro de selección de las normas sustantivas penales aplicables al caso, partimos de recordar que en nuestro sistema de juzgamiento penal adversarial o de partes impera la separación de funciones de acusación, defensa y juzgamiento, lo que redundando en el concepto de "*Juez o Tribunal Imparcial*"; por lo tanto, el papel que tiene el juez de conocimiento respecto a la acusación presentada es inicialmente formal, pues le está vedado dirigir o corregir la tarea de acusación del Fiscal, por lo que de hacerlo no sólo vulneraría el derecho al debido proceso del acusado sino también nublaría el principio de imparcialidad, al dirigir la acusación y proponer su propia "teoría del caso".

Conforme al principio acusatorio referido, esta Corporación Judicial varias veces¹¹ ha indicado que es la Fiscalía la encargada de dar el "nomen iuris" a la imputación jurídica, de acuerdo a los supuestos fácticos del caso en concreto y a los elementos materiales probatorios conseguidos en desarrollo de la indagación preliminar o de la investigación formal. Unido a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en diferentes fallos de tutela y casación,¹² ha optado por la tesis que sustenta que el Juez de Conocimiento no puede realizar un control

¹¹ Sala de Decisión Penal, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, auto No 35 del 18 de mayo de 2016. Radicado No 2015-00063-1 N. I. 15943. M. P. Silvio Castrillón Paz.

¹² Fallos del 24 de septiembre de 2013, rad. 69478; del 13 de noviembre de 2013, rad. 70392; del 4 de diciembre de 2013, rad. 70.712; del 27 de febrero de 2014, rad. 72092; del 16 de diciembre de 2014, rad. 76549 y del 2 de febrero de 2015, rad. 77673.

material a la acusación, pues dicho control es incompatible al sistema penal acusatorio. Así, dentro radicado 41.375, del 14 de agosto de 2013, M.P José Luis Barceló Camacho, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que: **“En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio.** *Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras¹³, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca”.*

Al ser la acusación un acto material de parte, no es factible que este Tribunal apoye la controversia que pretende suscitar la Defensa, en punto de la adecuación típica que reclama el asunto, porque ello fue objeto de revisión o análisis por el Juez de Control de Garantías al momento de la Formulación de Imputación, al igual que lo hizo el equipo defensivo como tarea preliminar a la manifestación de aceptación de responsabilidad o allanamiento puro y simple a los cargos endilgados. Lo cierto es que, tal como se ha extendido la petición de nulidad del proceso, ella constituye una invitación para que la judicatura haga una indebida o inapropiada intromisión en las competencias que -de manera exclusiva y excluyente- le otorga la Constitución Nacional a la Fiscalía, como titular que es de la Acción Penal en nuestro sistema jurídico. Por estas razones, se ha de despachar negativamente el petitorio de ineficacia procesal.

Al hilo de todo lo anteriormente argumentado, no queda otro camino que confirmar la decisión impugnada.

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

RESUELVE

PRIMERO: Despachar negativamente las solicitudes de nulidad del proceso, extendidas por la defensa de la señora ASBG.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria número 27, expedida anticipadamente el 4 de mayo de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, en contra de la señora BG, de acuerdo con lo indicado en precedencia.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario