

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Auto Penal No:	01
Radicación:	520016000000201500136-01 N. I. 30795
Procesada:	SMQD
Delitos:	CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
Acta de Aprobación:	01 del 13 de enero del 2020

NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA TÉCNICA - La falta de defensa técnica no se puede predicar del simple disenso con la estrategia del anterior defensor.

NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA TÉCNICA - Cuando se alega afectación del derecho a la defensa técnica dentro del nuevo sistema de procedimiento penal es indispensable presentar los datos objetivos del proceso que demuestren la inactividad, la negligencia de la asistencia letrada y cómo la torpeza o desconocimiento sobre la labor inherente a la función del abogado impidió alcanzar su cometido en pro de la defensa del acusado y el respeto por sus garantías.

ALLANAMIENTO A CARGOS – PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD: 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 fundamentales del procesado.

ALLANAMIENTO A CARGOS – La renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad y contradicción probatorias.

ALLANAMIENTO A CARGOS – No hay condena penal por la mera aceptación de culpabilidad, sin pruebas que lo corroboren.

ALLANAMIENTO A CARGOS – El debate sobre suficiencia de prueba para condenar tiene como escenario indiscutible la emisión de la sentencia.

Improcedencia de declarar la invalidación de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, la cual fue solicitada por el nuevo defensor alegando vulneración del derecho a la defensa técnica por la mala orientación jurídica que le dio el togado que lo antecedió, al establecerse que la acusada, estuvo asistida por un apoderado defensor de confianza, el cual ejerció una estrategia de aceptación temprana de cargos imputados para obtener una importante rebaja punitiva, manifestación de auto-responsabilidad que fue debidamente aprobada por el funcionario judicial quien encontró ajustadas a derecho la imputación y la manifestación de aceptación de cargos, no avizorándose ningún vicio del consentimiento ni vulneración de garantías fundamentales; además tampoco hay lugar a decretar la nulidad del allanamiento a cargos por ausencia de mínimo

probatorio para condenar, por cuanto una vez aceptó su responsabilidad en los hechos, se renunció voluntariamente a la realización del juicio oral y público, a su derecho de contradicción y no autoincriminación, y siendo que el estudio de verificación de prueba necesaria para condenar debe hacerse al momento de proferir la sentencia. Determinándose que los argumentos que sirvieron de soporte a la petición de nulidad del proceso, lo que realmente entrañan es una retractación al allanamiento a cargos, lo cual se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico.

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, veintiuno (21) de enero del dos mil veinte (2020)

OBJETO DE DECISION

Procedente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales (Nariño) ha llegado el proceso penal que se adelanta en contra de la señora SMQD y otros, como probable coautora del concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE Y FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO.

Corresponde a la Sala desatar el recurso vertical interpuesto por el abogado defensor de los intereses jurídicos de la mentada ciudadana contra el auto interlocutorio proferido en audiencia pública del 22 de agosto del 2019, a través del cual el citado despacho judicial resolvió negativamente la petición de nulidad del proceso a partir de la audiencia de formulación de imputación, extendida por el referido togado.

**ANTECEDENTES HISTÓRICO - PROCESALES DE IMPORTANCIA
PARA LA DECISION**

Los hechos materia de investigación fueron reseñados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“Se trata de una organización la cual se hace llamar "Los roperos" como información relevante se tiene en cuenta que desde el día de 05 de Septiembre del 2014 se da inicio a la presente investigación la cual surge mediante información aportada por fuente Humana y declaración juramentada de fuente humana con reserva de identidad. Durante el desarrollo de la presente investigación la cual ha contado con la recolección de E.M.P y E.F de gran importancia por parte de los funcionarios de Policía Judicial, logrando corroborar la continuidad delictiva de una estructura dedicada al contrabando quienes se hacen llamar "los roperos"; los cuales realizan importaciones legales de mercancía y posterior a esto siguen utilizando por un cierto periodo la documentación legal para realizar el mal llamado «dobletes», este tiene con fin amparar mercancía de contrabando a la cual se le realiza un proceso de etiquetado, que 'tiene como finalidad colocar una tirilla en las prendas que describe las especificaciones de las mismas y estas deben coincidir con los documentos, para así poder ser almacenadas y distribuidas en el territorio nacional. Logrando evadir el pago de los tributos.

Mercancía la cual ingresaba en una mínima parte por el proceso de importación legal de confecciones provenientes del vecino País del Ecuador pagando los tributos aduaneros exigidos para tal actividad, el resto de mercancía ingresa de forma irregular a territorio aduanero Nacional entre las cuales se destacan la utilización de semovientes los cuales a lomo cargan alrededor de 4 a 6 bultos de confecciones cada uno, así como la modalidad de hormiguelo, la cual consiste en paso de 1 a 2 bultos en vehículos de servicios públicos por el Puente Internacional Rumichaca; estas confecciones son comercializadas al interior del País, cambiando etiquetas originales por etiquetas de una empresa colombiana y hacer pasar mercancías como Nacional, en principio eran comercializadas por la empresa de razón social DISTIMEX, la cual se encontraba a nombre del señor CP, para al presentar problemas con las autoridades aduaneras y judiciales decidieron colocarlas a nombre de EC.

Paso seguido constituyeron una empresa de razón social SAC-SOLUCIONES ADUANERAS Y COMERCIALES, en las cuales figuran como representante y socios los señores MACQ EC, y CP, quienes luego de la diligencia de registro y allanamiento a esta empresa la cual dio como resultado la aprensión de mercancía por un valor de 140 Millones de pesos, documentación y material video grafico así como la captura de la señora MACQ, y el reconocimiento de los señores LMQ, HAC, LMP, EPCO, los cuales están inmersos en esta actividad ilícita y cumplen distintos roles dentro de esta organización criminal, como cocedores de etiquetas, transportadores, así como también la señora SAQ, la cual es contadora de la empresa que se relaciona, luego disolvieron dicha sociedad para constituir la empresa de razón social IPIALES ENTREGA, la cual tiene como

representante legal a la señora EC, y a los señores HCC, JO Y MACQ, como socios, en este orden de ideas dentro de los actos propios investigativos se practica diligencia de registro y allanamiento contra la empresa y los socios conocidos como los roperos, en la cual se encontró elementos materiales probatorios, la cual permitió corroborar la continuación de la actividad delictiva pero bajo la razón social IMPORTADORA S&S, la cual está a nombre de EC”.

Cuenta la historia procesal que el día 16 de junio del 2015 se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ipiales, en la cual la Fiscalía 58 Seccional EDA, a cargo del doctor MARIO ANDRÉS BURGOS, le atribuyó cargos penales a la señora SMQD como probable coautora de un concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO, cargos estos que fueron aceptados por la mentada ciudadana. Finalmente, se impuso en su contra medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

El 27 de julio del 2015 fue radicado escrito de acusación con allanamiento a cargos por el Fiscal Seccional 58 EDA ante el Centro de Servicios Judiciales de Ipiales, el cual fue asignado para su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, en donde después de varios intentos para adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia logró instalarse la misma el día 19 de julio del 2019, en la cual el doctor Alexander Garzón Rosero, apoderado de la defensa, promovió una solicitud de nulidad de la actuación a partir del acto de formulación de imputación, cuya resolución fue diferida para audiencia del día 22 de agosto del 2019, al final de cuyo trámite el despacho de conocimiento dispuso negar el decreto de nulidad de lo actuado, bajo sus propias argumentaciones. Esta decisión fue impugnada por la Defensa por vía

de apelación, lo cual ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

LA PETICIÓN DE LA DEFENSA

El doctor Alexander Garzón Rosero, manifestó que si bien con posterioridad al acto de imputación efectuado por el representante del ente investigador, su representada, la señora QD, aceptó los cargos endilgados, lo cierto es que en dicho acto se cometió una vulneración flagrante de sus derechos fundamentales, pues no existía un mínimo probatorio de autoría o participación en los hechos materia de investigación.

Insistió en que el señor Fiscal sostuvo comunicación con el anterior defensor de los intereses jurídicos de la señora SMQD y le indicó que respecto de ella únicamente solicitaría audiencia de legalización de captura, dado que no contaba con elementos probatorios suficientes de los cuales fuera factible derivar su responsabilidad como coautora de la dupla de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO, pero que en realidad lo que sucedió fue que aquel terminó formulando imputación en su contra y hasta solicitando imposición de medida de aseguramiento.

Concluyó precisando que su representada se allanó a cargos en la primera oportunidad que tuvo, dado que el representante del ente acusador fue tajante al advertirle que de no hacerlo, solicitaría el decreto de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en su contra, lo cual considera violatorio de los derechos fundamentales que le asisten a su prohijada dentro del proceso penal; violación que

también se desprende de la ausencia de un mínimo probatorio para la emisión de una sentencia condenatoria, aunque exista allanamiento a cargos.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Primero Penal del Circuito de Ipiales tras reseñar precedente jurisprudencial en punto a la irretractabilidad de la aceptación de cargos efectuada por el procesado cuando éste ha decidido concretar preacuerdos o someterse a allanamiento a cargos, y su excepcional procedencia en tratándose de vicios del consentimiento o vulneración de garantías fundamentales, señaló que en el caso concreto de la argumentación esbozada por el petente contrastada con los elementos de convicción militantes en la actuación, entre otros, la declaración de la propia SMQD, no se advierte la concreción de vicio de consentimiento alguno, pues se descarta la presencia de la fuerza, entendida esta como coacción externa que infunda miedo en el sujeto, tampoco puede hablarse de dolo, es decir de artificios o maniobras fraudulentas para provocar error, ni mucho menos del error, es decir de falta de correspondencia entre la realidad y la representación mental.

Aseguró que lo que subyace en el fondo es una discrepancia de perspectivas entre la del togado que inicialmente asesoró a la señora QD y el que ahora retomó su papel; sin embargo, los cuestionamientos acerca de la forma como un colega ha cumplido el compromiso de asistencia profesional en un determinado proceso, frente a lo que otro cree que ha debido hacerse, no es argumento válido para demandar la invalidación del allanamiento.

Con relación a la ausencia de un mínimo probatorio para proferir sentencia, discurrió ampliamente sobre que el Juez de control de Garantías en su momento encontró satisfecho el requisito de inferencia razonable de autoría o participación, de conformidad con los EMP que en su momento pudo evaluar; de manera que la aceptación de cargos realizada por la imputada SMQD, no surge insular sino acompañada de EMP que apuntan a su participación en la comisión de los delitos endilgados, pues además el escenario propicio para efectuar un debate probatorio es el del juicio oral.

Así las cosas, concluyó que no había lugar a decretar la nulidad del allanamiento a cargos por vicios de consetimiento ni mucho menos por ausencia de mínimo probatorio.

ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

El abogado defensor de la filiada, expresó su descontento con la decisión adoptada por el Juez A Quo, pues de un lado, insiste en advertir que el abogado defensor que asistió a su prohijada en audiencias preliminares no desarrolló una adecuada labor de asesoría ni defensa técnica y, de otro lado, que los EMP no dan cuenta sobre la participación de su representada en los hechos materia de investigación, ya que –en su sentir– ella únicamente realizaba labores de contabilidad de la empresa SAC IMPORTACIONES, tales como el recaudo y presentación de las obligaciones tributarias, pero no hacía parte de organización criminal alguna.

Por lo anterior, solicitó se revoque la decisión adoptada por el Juez de primer nivel.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Se ha incurrido en nulidad del proceso, a partir de la audiencia de formulación de imputación, que permita retrotraer la actuación dejando sin efectos el acto de allanamiento a cargos y su aprobación por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Control de Garantías de Ipiales?

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. Cuestiones Preliminares

2.1.- 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 la imputación, merced a que la señora SMQD aceptó los cargos que le fueron atribuidos por un delegado de la Fiscalía General de la Nación durante la audiencia de formulación de imputación celebrada el 16 de junio del 2015, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Control de Garantías de Ipiales (Nariño).

A la filiada se le atribuyó coautoría en el concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE Y FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO, establecidos en los artículos 340 y 320 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cargos que aceptó sin vacilación para hacerse acreedora a la rebaja de pena derivada del allanamiento a cargos, según lo establecido en el artículo 351 procesal penal, equivalente a proporción de hasta la mitad de la pena a imponer.

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, con la posibilidad de presentar pruebas de inocencia y de controvertir las de cargo que le presente la Fiscalía en audiencia mediada 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.

2.2.- Al trastocarse la estructura del proceso, por virtud de la renuncia al debate en juicio, y de acuerdo a lo establecido en los artículos 293¹, 350² y 351³ del Código de Procedimiento Penal, la imputación

¹ Artículo 293 C.P: Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficientemente 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 son que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocara a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

² Artículo 350 del C.P: desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un acuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. El fiscal y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el cual el imputado se declare culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal:

formulada hace las veces de acusación, razón por la cual la imputación 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 quiera que el allanamiento debe someterse a control de legalidad por parte del Juez de control de garantías, entonces este acto de aprobación de la imputación se lo puede equiparar a lo que conocemos como la anunciación 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, prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

2.3.- 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

1 Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo en específico.

2 Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena

³ Artículo 351 C.P: la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignara en el escrito de acusación.

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 intervinientes**, 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)⁴

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.”⁵*

⁴ Ley 906 de 2004, Art 293

⁵ 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

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 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”⁶ (Subrayas de la Sala).

2.4.- Ya con relación a la audiencia de individualización de pena y sentencia, consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, debe indicarse que esta se lleva a cabo posteriormente el juez 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, ya se ha desvirtuado la presunción de inocencia que cobijaba 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

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1195 de 2005. M.P: Jaime Araujo Renteria. Referencia: expediente D-5716 de 22 de noviembre de 2005.

juicio oral y público, a su derecho de contradicción y no autoincriminación, una vez aceptó su responsabilidad en los hechos.

Bajo este entendido puede precisarse que en ese momento procesal ya ha culminado la oportunidad de practicar y controvertir pruebas que demuestren la responsabilidad del procesado o que sirvan para determinar la adecuación típica de la conducta punible, la forma de participación en la misma, o inclusive las circunstancias de mayor y menor punibilidad; incluso, al haberse escuchado los alegatos conclusivos que corresponden al trámite ordinario, o al existir las “alegaciones preacordadas” que corresponden en los trámites abreviados por allanamientos a cargos o preacuerdos, lo único que le corresponde al Juez de Conocimiento es el proferimiento de la sentencia de mérito, bien sea con sentido de absolución o condena, esto último cuando encuentre establecidos los requisitos probatorios del artículo 381 Procesal Penal, dado que “*..existen unos mínimos probatorios que resultarían irrenunciables, vr. gr., la presunción de inocencia que sólo puede quebrarse si existen elementos probatorios lícitos y suficientes, aportados oportunamente por el acusador*”⁷, amen que en nuestro sistema constitucional no hay condena penal por la mera aceptación de culpabilidad, sin pruebas que lo corroboren⁸.

Sin embargo, si bien esta audiencia del 447 procesal penal trae una nueva oportunidad probatoria, debe quedar claro que estas únicamente están orientadas a demostrar las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, que servirán de base para que el juez imponga la pena, sin

⁷ SARAY BOTERO, Nelson. URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”. Uniacademia LEYER. Bogotá D.C. 2017. Página 588.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias radicado 29979 del 27 de octubre de 2008 y radicado 37209 de noviembre 23 de 2011.

que esto signifique que se modificarán los extremos punitivos de la sanción que con anterioridad ya se han establecido. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 26716 del 16 de mayo de 2007 estableció tajantemente 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, dada la exigencia legal de que la decisión “será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación”; y si se trata de allanamiento o acuerdo previamente aprobados, la condena versará por el delito aceptado, el cual debe constar con total claridad en el escrito de acusación que se ha presentado ante el funcionario de conocimiento”*.

2.5.- Con todo, en algunos eventos específicos la audiencia de individualización de pena y sentencia resulta ser un escenario jurídico que debe ser utilizado por el Juez de Conocimiento para el saneamiento del proceso, a la usanza de lo que ocurre en la audiencia de formulación de acusación del artículo 339 procesal penal; esto ocurre precisamente cuando ha habido allanamiento a cargos en desarrollo de las audiencias preliminares y el control de legalidad del mismo lo ha debido realizar el Juez de Control de Garantías, lugar desde donde se remite el asunto al funcionario de conocimiento para que dicte sentencia anticipada, porque –como se ha dicho- esa imputación hace las veces de acusación y ha sobrevenido una alegación de responsabilidad preacordada.

Como el Juez de Conocimiento no debe hacer un segundo control de legalidad del allanamiento, entonces debe dar curso a las partes e intervinientes para que postulen oralmente causales de

incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades, o hasta decretarlas oficiosamente si las hubiere. Eso sí, las nulidades que son pasibles de discutir en este escenario son aquellas que tienen su apoyo en la violación del llamado “*debido proceso penal*”, esto es las que tienen fundamento en fallas ostensibles en la estructura del trámite, porque lo relacionado con la contemplación de aspectos probatorios deben ser diferidas para el momento de la sentencia.

Bien ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacionales que “A través de la nulidad no se puede pretender una preclusión de la investigación ni que el Juez invada los terrenos propios de la Fiscalía”⁹. Unido a lo anterior ya resulta supremamente claro que “No se puede pretender en la audiencia de acusación que el juez de conocimiento se adentre en el estudio de unos medios de convicción que no han sido legalmente incorporados al proceso –ello sucede en el juicio oral-, para que se pronuncie, por ejemplo, acerca de la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad o sobre la atipicidad de la conducta denunciada”¹⁰, porque esta clase de tópicos son propios del contenido de la sentencia.

3. Análisis del caso en concreto.

Adentrándonos al evento jurídico objeto de estudio, encontramos que la señora SMQD, al inicio del trámite penal seguido en su contra, esto es en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación realizada el día 16 de junio de 2015, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ipiales –Nariño–, expresó de manera libre, voluntaria y consciente que se allanaba a los cargos a ella imputados por la Fiscalía. De tal situación, da cuenta no

⁹ SARAY BOTERO, Nelson. “PROCEDIMIENTO PENAL ACAUSATORIO”. *Uniacademia LEYER*. Bogotá D.C. 2016. Página 530.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. AP, 21 de marzo de 2012, radicado 38256.

solo la carpeta del expediente, sino también el audio que de dicha diligencia se tomó.

El busilis del asunto está en que el nuevo defensor de los intereses jurídicos de la señora SMQD orienta sus disquisiciones, por una parte sobre la preexistencia de un vicio del consentimiento al acto de allanamiento a cargos, y lo apuntala en la mala orientación jurídica que le dio el togado que lo antecedió en la defensa, quien supuestamente (junto con el señor Fiscal) le generó un temor, al advertirle que de no aceptar los cargos imputados éste último solicitaría el decreto de medida de aseguramiento en su contra. Lo anterior lo traduce en la existencia de un error en el consentimiento, por ello peticona nulidad del acto de aceptación de cargos con fundamento en vulneración de la garantía o derecho fundamental a la “defensa técnica”.

Al respecto deben recordarse los parámetros fijados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales para la procedencia de la nulidad por afectación del derecho a la defensa técnica, en desarrollo de la sistemática procesal penal acusatoria de la ley 906 de 2004 y sus normas complementarias.

La primera fuente normativa es el artículo 29 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la defensa como una garantía fundamental, al señalar que *“quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”*. No solo por la ubicación de dicha garantía, dentro de la geografía normativa constitucional del Derecho al Debido Proceso, sino porque su contenido lo desarrolla sistemáticamente, se ha dicho

con asegurada validez que *“... el derecho a la defensa no es sino un aspecto particular, de un concepto más amplio: el derecho a un debido proceso. El derecho a la defensa se protege observando la plenitud de las formas propias del juicio, y por ende se puede conculcar por medio de diversas actividades, sin que pueda reducirse a una perspectiva unilateral: estar asistido de un abogado que ejerza la llamada defensa técnica”*.¹¹

Los precedentes¹² superiores indican que la prerrogativa constitucional a la defensa técnica se ha asentado sobre tres (3) características esenciales: debe ser intangible, real o material y además permanente. La intangibilidad se relaciona con la condición de irrenunciable, de suerte que cuando un imputado o acusado no designa un defensor, debe garantizársele la presencia de uno de la Defensoría Pública. Por otro lado la realidad o materialidad de la defensa no debe entenderse por la sola existencia nominal de un defensor en el proceso, sino que se requieren actos positivos de gestión profesional. Finalmente, la permanencia de la defensa conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal, sin interrupciones ni limitaciones; *“En consecuencia, la no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, se impondrá la declaratoria de nulidad, una vez comprobada su trascendencia”*.

De lo dicho dimana que a los Jueces no le es dable desarrollar labores evaluativas que le permitan justipreciar la eficiencia ni la eficacia de las estrategias que se asuman por los sujetos partes e intervinientes dentro del proceso, pues la llamada *“teoría del caso”* le

¹¹ BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo. *“EL PROCESO PENAL”*. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. Página 407. Se cita a GIAN DOMENICO PISAPIA. *“principios de derecho procesal penal”*, en texto *“problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho”*. Buenos Aires, Pannedille, 1970, página 663 y siguientes.

¹² Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Penal, sentencias del 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999.

compete a los sujetos litigantes, de suerte que no resulta posible discurrir que el derecho a la defensa técnica esté ligada con una perfecta e irreprochable labor jurídica del profesional del derecho, pues en primer lugar estos juicios valorativos están por fuera de la órbita de la judicatura, como que esta labor defensiva es ejercida por simples seres humanos, totalmente falibles, y como tales proclives o propensos al error.

En esta dimensión, cuando se alega afectación del derecho a la defensa técnica dentro del nuevo sistema de procedimiento penal es indispensable presentar los datos objetivos del proceso que demuestren la inactividad, la negligencia de la asistencia letrada y cómo la torpeza o desconocimiento sobre la labor inherente a la función del abogado impidió alcanzar su cometido en pro de la defensa del acusado y el respeto por sus garantías. Es claro que no resulta admisible plantear violaciones de ese derecho con apoyo en estrategias defensivas o pruebas que el nuevo profesional del derecho que atiende el asunto, bien sea para la continuación del trámite en curso o para la interposición de la apelación o de la casación, le hubiera gustado proponer y menos con sustento en apreciaciones subjetivas edificadas a partir de construcciones hipotéticas.

El caso que se tiene entre manos presenta particularidades importantes, porque la señora QD estuvo en dicho acto debidamente asesorada por su apoderado defensor de confianza doctor EDGAR ANTONIO ESTUPIÑÁN ROSERO, con quien llegó a la conclusión de que debía aceptar los cargos a ella imputados para beneficiarse con la jugosa rebaja de hasta la mitad de la pena, manifestación de auto-responsabilidad que fue debidamente aprobada por el funcionario que

cumplía como Juez de Control de Garantías, quien en su función constitucional de verificación de respeto por las garantías fundamentales del acriminado encontró ajustadas a derecho la imputación y la manifestación de aceptación de cargos.

Solo tiempo después, al valorarse con un nuevo abogado sobre las consecuencias particulares de la aceptación unilateral de cargos realizada, por parte de la imputada SMQD, es que se ha alegado que a la misma se le había suministrado una equivocada asesoría jurídica, producto además de conversaciones previas sostenidas junto con el señor Fiscal, en las que se aduce, se aseguraron algunas consecuencias tanto favorables como desfavorables de la decisión que aquella adoptaría, lo que influyó de forma determinante en la aceptación de responsabilidad mencionada.

Pero esta situación no puede ser invalidante del allanamiento a cargos, porque en realidad de verdad la norma constitucional que se dice violada (artículo 29) hace pender el derecho de defensa técnica de criterios más profundos, y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en antiguos y recientes fallos, entre los cuales se extracta que "...la garantía no llega hasta el extremo de comprender también el acertado ejercicio del derecho a la defensa, pues los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afecten los intereses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. Una cosa es que a juicio de un mejor defensor se hubieran podido hacer mas diligencias y presentado mas peticiones de las que realizó su antecesor, y otra que no haya existido defensa técnica".¹³

¹³ Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de junio de 1992. MP. RICARDO CALVETE RANGEL. En el mismo sentido sentencias de julio 1 de 1992, MP, DIDIMO PAEZ VELANDIA y mayo 4 de 1993 MP. RICARDO CALVETE RANGEL.

En los mismos términos un preclaro procesalista nacional ha indicado sobre el tema:

“Muchos han sido los procesos en donde los abogados de la defensa invocan la nulidad procesal, amparados en su mejor servicio, estudio u orientación del proceso penal, quejándose de la inactividad, poca eficacia, o falta de recursos jurídicos para ejercer una defensa real, por parte del defensor a quien desplaza”.

*“Tal planteamiento carece de toda seriedad para hilvanar la máxima sanción procesal, primero, porque tal situación no ha sido prevista por el legislador como causal de nulitación; segundo porque la defensa técnica no puede hacerse descansar en una imaculada labor profesional del derecho, quien por razones apenas naturales, no queda exento de ejecutar irregularidades, informalidades u omisiones que por más que redunden en perjuicio de su cliente, no tienen la trascendencia para generar nulidad, siempre que de todos modos, hubiere tomado parte activa como defensor, esto es, siempre que ejerza las facultades que la ley le confiere a los abogados de la defensa; si se tratare de total inactividad, obvio, ya no se trata de una pura omisión, o de un simple yerro, sino del no ejercicio del derecho de defensa, lo que conlleva la nulidad”.*¹⁴

En vigencia del nuevo modelo acusatorio, la Corte¹⁵ ha reconocido que aunque después de entrar en vigencia la Ley 906 de 2004 algunos profesionales no se han informado suficientemente sobre los principios y vicisitudes propias de cada una de las audiencias y actuaciones establecidas en dicha legislación, de suerte que “es improcedente alegar violación del derecho de defensa por desconocimiento del sistema acusatorio”¹⁶, porque no por ello puede afirmarse que su intervención en procesos adelantados conforme a este sistema comporta invalidación del trámite por violación del derecho a la defensa técnica; de suerte que “Será necesario, dijo la Sala en el mencionado antecedente, que en cada caso concreto se establezca si su desconocimiento o ignorancia tuvo o no injerencia cierta y efectiva en las decisiones cuestionadas, pues

¹⁴ NOVOA VELASQUEZ, Néstor Armando. “NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. ACTOS PROCESALES Y ACTO PRUEBA. Sistema MIXTO INQUISITIVO Y MIXTO ACUSATORIO”. Tomo II. Cuarta edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta edición 2010. Página 1447.

¹⁵ Sentencia de casación del 4 de febrero de 2009, radicado No. 30.363.

¹⁶ Auto del 30 de mayo de 2012. radicado 39047. MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

para conseguir la declaratoria de nulidad es preciso acreditar que la anomalía denunciada tuvo incidencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que el recurso extraordinario de casación no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto”¹⁷.

Sin embargo, como en el presente caso, se ha advertido que la defensa ejerció una estrategia de aceptación temprana de cargos imputados para conquistar una importante rebaja punitiva (hasta la mitad de la pena), la cual no la podría obtener su cliente en caso de ser condenada por la vía ordinaria, entonces no hay lugar a declarar la nulidad deprecada, al no haberse configurado la ineficacia del proceso por falta de defensa técnica, así como tampoco por haberse acreditado que el abogado defensor hubiese ejercido algún tipo de manipulación sobre la voluntad de la señora QD, pues –se insiste– aquella fue en reiteradas ocasiones requerida por el Juez Constitucional para que manifestara las condiciones bajo las cuales efectuaba dicha aceptación de responsabilidad, y de su propia voz indicó que lo hacía de manera libre, consciente y voluntaria.

Ahora bien, de otro lado el doctor Alexander Garzón Rosero, actuando como nuevo defensor de los intereses jurídicos de la señora SMQD, requirió al Juzgado de primera instancia que se decretara la nulidad del acto de formulación de imputación, realizando una crítica o valoración a los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, que acompañara la Fiscalía al escrito de acusación con allanamiento a cargos, con los que pretende acreditar el llamado “*mínimo probatorio*” que se exige para validar la

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2012. Radicado 38810. MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

admisión unilateral de responsabilidad y fundamentar la emisión de sentencia condenatoria anticipada, lanzándose a expresar argumentos orientados a derruir la participación de su prohijada en la realización de los hechos constitutivos de los punibles endilgados en su contra, como lo son el de CONCIERTO PARA DELINQUIR y FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO, cuando por razón de la aceptación unilateral de cargos –que constituye una confesión implícita- ésta había renunciado a promover este tipo de debates, que son los propios del juicio oral.

Recordemos que cuando se presenta el allanamiento a cargos en desarrollo de la audiencia preliminar de formulación de imputación, surge el deber de la Fiscalía de presentar posteriormente un escrito de acusación contentivo de la aceptación unilateral de responsabilidad, con el cual se deben acompañar los elementos evidenciales que permitan llegar al Juez a la verosimilitud de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal del sujeto que admite su culpabilidad, que es la exigencia del artículo 381 procesal penal para soportar sentencia de condena.

Por supuesto que la defensa debe entrar en contacto con dichos elementos suasorios, porque ese derecho está consagrado en el numeral 3 del catálogo de garantías establecidas a la defensa por el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal; pero constituye regla jurídica, ampliamente decantada en precedentes jurisprudenciales reiterativos, que este descubrimiento de medios evidenciales es bastante informal, y solo cumple una función de publicidad o de conocimiento del acervo probatorio con el que cuenta la Fiscalía, el cual racionalmente no puede ser controvertido por la defensa, dado

que previamente ha renunciado al debate del juicio oral, público y contradictorio con el fin de obtener rebajas punitivas. Así lo ha indicado la alta corporación de justicia penal en reciente jurisprudencia¹⁸:

“No obstante, la prerrogativa de conocimiento de las “pruebas”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para controvertirlas. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (supra num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad¹⁹ y contradicción probatorias; por otra, en la medida en que el cuestionamiento de las premisas fácticas que, habiendo sido aceptadas como ciertas, fundamentan la decisión condenatoria, tácitamente se estaría presentando una retractación del allanamiento, lo cual -salvo eventualidades de vicios en el consentimiento o conculcación de garantías- está proscrito legalmente. Una vez aceptado, reiterase, el allanamiento es irrevocable”.

“Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante críticas probatorias tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irrevocabilidad”.

La Sala encuentra que los argumentos que sirvieron de soporte a la petición de nulidad del proceso, lo que realmente entrañan es una virtual e inaceptable retractación del equipo de defensa de la señora SMQD al allanamiento a cargos; y ello es visible porque –como se dijo- bajo el ropaje de la petición de ineficacia del proceso (nulidad) extiende críticas probatorias, pues es insistente en atacar la participación de su prohijada en la comisión de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y FAVORECIMIENTO AL

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Sentencia del 28 de junio de 2017. Radicado 45495. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR

¹⁹ Sobre ese particular, mediante el AP 27 jun. 2012, rad. 38.911, la Sala clarificó, en un caso donde tardíamente se acreditó que el procesado se encontraba en estado de inimputabilidad al momento de cometer los delitos, que el principio de irrevocabilidad que gobierna las aceptaciones de culpabilidad imposibilita formular reparos respecto a la práctica de pruebas y el consecuente adelantamiento de un juicio, pues la esencia de esa aceptación unilateral de voluntad o de la bilateral propia del acuerdo es que, a cambio de la reducción de pena u otros beneficios procesales, el imputado y su defensor renuncian a controvertir ese tipo de aspectos.

CONTRABANDO, de lo cual depende que se afirme o no la responsabilidad penal que ya aceptó de manera voluntaria.

Conclusión preliminar es que la petición de nulidad extendida por la defensa no tenía vocación de prosperar, porque los argumentos que la soportan no orientan a que se haya incurrido en vicio o error con capacidad de socavar las bases estructurales del proceso, que es la exigencia fundamental del artículo 457 procesal penal, de suerte que lo indicado era diferir el estudio de la petición absolutoria para cuando se enfrentara el Juez a la emisión de la sentencia.

Es que, no remite a hesitación o duda alguna que el debate sobre suficiencia de prueba para condenar tiene como escenario indiscutible la emisión de la sentencia, momento en el cual el Juez de Conocimiento se encuentra habilitado para revisar que todos los elementos estructurales de los delitos atribuidos tengan correspondencia probatoria, en los niveles de tipicidad objetiva y subjetiva, daño injustificado o antijuridicidad material, culpabilidad o reproche penal, y hasta la verificación de causales de ausencia de responsabilidad.

A este estudio de verificación de prueba necesaria para condenar (conocimiento más allá de toda duda razonable que trata el artículo 381 adjetivo penal) no escapan los casos que se resuelvan anticipadamente por allanamiento a cargos o preacuerdos, por ello resulta posible que de dicho control emerja una sentencia absolutoria, a pesar de que preexista aceptación de cargos por vías unilateral o consensuada. Así ocurrió en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia en memorable sentencia del 8 de julio de 2009 (radicado 31531), que casó una sentencia condenatoria proferida

anticipadamente contra un ciudadano imputado por porte de estupefacientes, el cual aceptó cargos, pero al establecer la Corte que el material estupefaciente que llevaba consigo estaba destinado al uso personal se concluyó que no ofendía el bien jurídico tutelado, esto es que no se había demostrado el componente de la antijuridicidad material, lo cual sirvió de fundamento para que se dictara la sentencia absolutoria.

Los asertos anteriores aparecen también en el texto del ya citado radicado 45495 de la Sala Penal de la Corte, al indicarse:

“Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de garantías fundamentales, se detecten situaciones objetivas que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9º inc. 1º C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material”.

“En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, en tanto garantía fundamental. No obstante, por tratarse de un aspecto objetivo que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa ius fundamental no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio”.

4.- Conclusiones.

Al establecerse por una parte, que el estudio y declaración de nulidad del proceso, desde la audiencia de formulación de imputación, no constituye el mecanismo jurídico adecuado para resolver las inquietudes que sobre eventual atipicidad objetiva como subjetiva de las conductas de CONCIERTO PARA DELINQUIR y FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO pone en conocimiento de la judicatura el apoderado defensor de la señora SMQD, y de otro, al no

haberse configurado la ineficacia del proceso por falta de defensa técnica, fuerza disponer la confirmación del auto que denegó la petición de nulidad emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales en audiencia del 22 de agosto del 2019.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido en la audiencia del 22 de agosto del 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales (Nariño), que denegó el decreto la nulidad de lo actuado dentro del presente asunto, a partir de la audiencia de formulación de imputación.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario