

PREACUERDOS – Obligación de participación de la víctima en el proceso de la negociación.

Las víctimas deben ser escuchadas en su finalidad de verdad, justicia y reparación para garantizar de esta manera una adecuada participación en el proceso penal que de forma anormal termina.

INTERÉS PARA RECURRIR DE LA VÍCTIMA – Debe demostrarlo.

“(...) quien tiene interés en recurrir una decisión debe demostrarlo, debe señalar porqué debe escucharse su argumentación exponiendo la afectación que ha sufrido con la decisión en la forma como se ha presentado, para el caso la víctima está debidamente reconocida y encuentra su afectación en la reparación que a favor de la entidad del Estado se ha dejado de tener en cuenta en la realización del preacuerdo, anejo a que no fue citada ni para la confección del preacuerdo ni para la audiencia de verificación del mismo, sin poder contar en esos momentos con la posibilidad de interponer recursos, por lo que su legitimidad para impugnar está sentencia demostrada en esta oportunidad”.

NULIDAD – Se configura en el presente asunto al evidenciar que se acreditaron las irregularidades alegadas y tienen la virtud de retrotraer la actuación.

“(...) en esta oportunidad se ha soslayado la participación de las víctimas, y se indica en plural dado que si por disposición de la Ley 1762 de 2015 se debe citar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, también era menester convocar a la entidad Ecopetrol quien ha dejado de percibir ganancias producto del hidrocarburo extranjero que se procuró comercializar al interior del territorio nacional, a tal grado que esta entidad del Estado es quien determina los parámetros para los hidrocarburos como el ACPM”.

(...) Para el presente caso, se han presentado irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso al no dar la posibilidad de interponer los recursos y los derechos y garantías de las víctimas, se ha omitido su participación y solo es llamada cuando la negociación se encuentra con decisión respecto de la cual no puede hacer uso de los recursos legales; como se ha expuesto en las motivaciones precedentes lo encontrado bajo este análisis realizado es que durante la negociación y aprobación del preacuerdo sustento de la sentencia, las víctimas no fueron convocadas ni por el ente instructor en cumplimiento de su deber, ni por el despacho en garantía de sus derechos(...)”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	528386000544201800322-01
Número Interno	:	36167
Conducta Punible	:	Favorecimiento al contrabando de hidrocarburos
Sentenciado	:	Edgar Andrés Ceballos Tepud
Decisión	:	Declara Nulidad
Aprobado	:	Acta No. 217 de 25 de octubre de 2021

San Juan de Pasto, veintiocho de octubre de dos mil veintiuno
(Hora 02:49 p.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe la Sala entrar a estudiar el recurso de apelación que dentro de la oportunidad legal formuló y sustentó la representación judicial de la entidad víctima contra la sentencia de 12 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), en aprobación al preacuerdo celebrado por las partes, en esta actuación procesal que en contra del Edgar Andrés Ceballos Tepud se adelanta por el delito de Favorecimiento al contrabando de hidrocarburos o sus derivados.

1. Los hechos

De conformidad con los elementos probatorios obrantes en el archivo digitalizado arrimado a esta Colegiatura para resolver el recurso de alzada presentado y que constituyó la reconstrucción del expediente extraviado, se ha podido extractar que el día 15 de noviembre de 2018 aproximadamente a las 22:20 horas en el corregimiento El Espino jurisdicción municipal de Sapuyes, cuando policía de tránsito que realizaba un puesto de control, da orden de pare al automotor de placas NMD 244 color azul, tipo automóvil, marca R 9 TL, modelo 1986, conducido por Edgar Andrés Ceballos Tepud, el cual llevaba en su interior 21 canecas de 5 galones de una sustancia que luego del experticio correspondiente se sabe que se trata de ACPM de procedencia ecuatoriana (105 galones) dado que no registra los parámetros exigidos por Ecopetrol.

2. Antecedentes procesales y providencia impugnada

2.1. El 16 de noviembre de 2018, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Túquerres (N) se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, legalización de incautación con fines de comiso, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

En dicha oportunidad se decretó legal la captura por haberse respetado los derechos y garantías constitucionales, se declara legal la incautación del automotor; se imputó en contra del señor Edgar Andrés Ceballos Tepud el delito de Favorecimiento al contrabando de hidrocarburos y sus derivados del artículo 320-1 inciso 3° del código penal por la cantidad de hidrocarburo que trasportaba, a título de dolo y en calidad de autor, cargos que no fueron aceptados por el imputado y se impone medida de aseguramiento intramural. Con posterioridad, el 18 de diciembre de ese mismo año se adelanta audiencia preliminar de sustitución de medida de aseguramiento y se impone detención en residencia que de acuerdo con el acta de compromiso se fija en la ciudad de Ipiales en el barrio San Carlos.

El escrito de acusación tiene fecha 29 de noviembre de 2018 y de la reconstrucción del expediente aparece como fecha para realizar la audiencia de formulación de acusación el 10 de julio de 2019 y como diligencia posterior se tiene la verificación del preacuerdo suscrito por las partes efectuada el día 2 de septiembre de 2019, con fecha 12 de diciembre de esa anualidad se convoca para audiencia de individualización de pena y sentencia.

La reconstrucción del expediente se produce el 13 de julio de 2021 luego de lo cual se envía a esta Corporación para desatar el recurso de apelación presentado por la representante judicial de la Dian en contra de la sentencia mencionada.

2.2. En la providencia apelada, el *a quo*, luego de sentados los antecedentes generales de la providencia, sentó las consideraciones del caso, punto en el que recordó que el pronunciamiento se efectúa con base en la declaración de responsabilidad del procesado, en la que se pactó una pena de prisión de 4 años y multa de 300 smmlv.

Claro ello procedió a referirse a la tipicidad, haciendo una relación de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas con las que se soportó la calificación jurídica, con lo que encontró acreditado el aspecto objetivo del delito endilgado, destacando que la adecuación típica que se comunicó en la audiencia de formulación de imputación había sido respetada. De igual manera encontró acreditado el aspecto subjetivo, como quiera que se puede deducir que el procesado conocía que transportar gasolina ecuatoriana sin licencia de importación de la DIAN en cantidades superiores a 20 galones constituye delito, por lo que direccionó su voluntad a transportar la sustancia en horas de la noche.

Claro ello indicó que el beneficio reconocido a cambio de la aceptación de la culpabilidad es el reconocimiento de la rebaja por ese efecto, constituyendo entonces un derecho como lo autoriza la normatividad aplicable, resaltando que no se evidenciaba transgresión a los derechos de las víctimas.

Después aludió a la antijuricidad de la conducta juzgada, indicando que con la conducta desplegada se afecta el orden económico y social del Estado en tanto que implica acciones de cooperación, auxilio o socorro, disponiendo de medios idóneos para sustararse de la acción de las autoridades represivas y dificulta la labor de investigación para establecer cómo ingresaron las sustancias al país, destacando que en el caso no existe causal de justificación del hecho.

En el punto de la culpabilidad explicó que el procesado actuó con conocimiento de causa, esto es, a sabiendas de que su actuar era ilícito, determinando su actuar en dicho sentido, sumado a que tenía capacidad intelectual y olitiva para comprender que sus actos no estaban conforme a derecho, situación que fue reconocida al momento de suscribir el acta de preacuerdo libre de presiones, estando entonces frente a una persona imputable.

Claro ello procedió a efectuar la dosificación punitiva, indicando que la pactada en el preacuerdo se encuentra ajustada a la legalidad, pasando a referirse a los mecanismos sustitativos de la pena prisión, encontrando procedente conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al tiempo que dispuso la entrega del vehículo incautado en el proceso a una tercera de buena fé que efectuó dicho pedimento.

3. Sustentación del recurso e intervención de las partes

3.1 Representante judicial de la víctima como recurrente

La representación judicial de la DIAN, como víctima en el asunto, apeló la decisión de primera instancia indicando que para la terminación anticipada del proceso no se tuvo en cuenta a esa entidad, pues no se citó a audiencia de verificación de preacuerdo, conculcando los derechos que le asisten por la condición que ostenta.

Trajo a colación lo dispuesto en la sentencia C-059 de 2010 en la que se revisó la exequibilidad del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, según la cual cuando se esté frente a negociaciones como las del caso puesto a consideración, la fiscalía debe investigar el monto del incremento patrimonial antes de celebrar el preacuerdo o la negociación, y, para efectos del delito del contrabando, librar órdenes

para garantizar el reintegro de esa suma, o demostrar en juicio que no se ha generado dicho beneficio por cuenta de la comisión del ilícito y por tanto no se conculcaron los intereses de la Nación.

Finalmente indicó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, si bien la Fiscalía tiene la facultad de suscribir preacuerdos y el juez tiene limitado el control sobre los mismos, las víctimas tienen derecho a participar en el proceso.

3.2 Defensa como no recurrente

En la oportunidad respectiva, el apoderado judicial del procesado solicita que se decrete desierto el recurso presentado por la representación de víctimas, indicando que si bien se trajo a colación la sentencia C-059 de 2010 no se hizo referencia expresa a un aparte de la misma, aclarando que en el caso no se está frente a un concierto para delinquir, evento en el que, en concurso con el de favorecimiento al contrabando, sí podría existir un incremento patrimonial y de ello la obligación de la fiscalía de determinar el monto respectivo.

Explica que en el caso la captura se dio en flagrancia por lo que no puede predicarse un incremento dado que la persona fue capturada con los elementos, mismos que el 26 de noviembre de 2018 se colocaron a disposición de la DIAN, existiendo una omisión de su parte el no asistir a la Fiscalía a indagar sobre el estado del asunto, siendo inconcebible que se aprovechen estas instancias para corregir sus errores.

Finalmente señala que no entiende qué se está apelando, si la sentencia o el preacuerdo, resaltando que la oportunidad para discutir la legalidad el último feneció.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la entidad víctima en contra de la sentencia del 12 de diciembre de 2019 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres, conforme lo consagra en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema a resolver

Presenta la abogada de la DIAN reparos al procedimiento realizado en virtud de la terminación anticipada en este proceso penal, lo cual lleva a la Sala a realizar el análisis si las irregularidades que se indican tienen la entidad suficiente para retrotraer la actuación o por el contrario no tienen magnitud de enervar estas estructuras y debe confirmarse la decisión de primera instancia.

3.- Legitimidad de la víctima para recurrir

Debe la Sala tomar como punto de partida el amplio reconocimiento que la jurisprudencia constitucional, y la de nuestra Alta Corporación ha concedido en cuanto a los derechos y garantías de que gozan las víctimas en el proceso penal del sistema penal acusatorio, que desde el ámbito de la Carta Política¹ faculta al ente instructor para disponer de medidas para asistencia, restablecimiento y reparación de los derechos de ellas como también velar por su protección, normas que tienen su desarrollo en la Ley 906 de 2004 en artículos como el 11 y

¹ Artículo 250:

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

del 132 al 137, sin desconocer normas precisas que le indican al ente investigador su labor de protección a las víctimas.

Con el proferimiento de la sentencia C-209 de 2007 la Corte Constitucional señala con suma precisión las actividades que puede realizar este interviniente especial en el trámite procesal en procura de los fines de la verdad, la justicia y la reparación. Y es que si bien la práctica judicial ha enseñado que en su gran mayoría la fiscalía va de la mano en el proceso penal con la víctima, no deja de ser cierto que en ocasiones los intereses que representan los distancian por lo que en estos eventos aquel ente investigador deja de cumplir sus funciones para con la víctima.

Con relación a la terminación de los procesos penales por la vía consensuada, como una forma de procedimiento que corresponde también debe ofrecerse todas las garantías a este interviniente especial, dado que tiene un interés en los resultados del proceso, y que si bien ha dicho la jurisprudencia penal que su aceptación o no sobre la forma como se acuerda la terminación anticipada no es requisito indispensable para la aprobación del mismo o en contrario, claramente solo tiene el derecho a interponer los recursos para reclamar cuando tal aprobación lastima sus pretensiones.

Con relación a la participación de la víctima en el proceso penal, en sentencia de tutela 374 de 2020, la Corte Constitucional indica tres reglas de la actuación de la víctima y del derecho a recibir información:

“La primera es la de que la posibilidad de intervención directa de las víctimas es mayor en las etapas previas y posteriores al juicio. Es mayor en la fase de indagación y, posteriormente de investigación, porque en estos momentos se recaudan elementos de prueba que están relacionados con los hechos ocurridos y la responsabilidad del

procesado, los cuales, indiscutiblemente, impactan en los derechos de las víctimas. En cambio, es menor en la etapa de juicio, dado que el propio constituyente fijó como principios rectores del proceso penal acusatorio la igualdad de armas, la confrontación entre el acusador y la equivalencia de condiciones al momento del juzgamiento, cuyos elementos pueden verse alterados por la participación activa de los intervinientes.

La segunda es la de que a la Fiscalía le corresponde, de conformidad con las disposiciones previstas en la Ley 906 de 2004, una comunicación efectiva con las víctimas, en tanto se le asigna competencias específicas en virtud de las cuales se busca materializar sus derechos. Esta circunstancia representa una relación de interdependencia entre la Fiscalía y las víctimas que se manifiesta con claridad en la etapa de indagación. En esta fase, se presenta un primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes y, en uso de las herramientas legales dispuestas para los actos de investigación, la Fiscalía deberá lograr el mayor conocimiento posible de los hechos acontecidos, a la par que deberá asegurar la atención, protección y efectiva intervención de las víctimas. Ha manifestado la Corte que, para cumplir con estos deberes legales, la Fiscalía debe alcanzar una comunicación previa, constante y activa con las víctimas, a efectos de que puedan ejercer sus derechos de forma efectiva, como sucede con la posibilidad de manifestar su inconformidad con el archivo de las diligencias.

La tercera es la de que existen elementos tanto de la Constitución de 1991 como del Código de Procedimiento Penal que le reconocen a las víctimas garantías de acceso a la información que se proyectan desde la fase de indagación. De acuerdo con esto, a quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, de conformidad con los artículos 133, 135 y 136 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación deberá informar de “las facultades y derechos que puede ejercer”, “el tipo de apoyo o de servicios que puede recibir”, “las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas” y “los mecanismos de defensa que puede utilizar”, de modo que logren su participación activa en el proceso penal.”

Por tanto, lo que se debe garantizar es la participación activa de las víctimas en el proceso penal y para ello la FGN debe tener una comunicación constante en atención a los intereses de este intervinientes especial que son la verdad, la justicia y la reparación.

Al hilo de la participación de las víctimas en los preacuerdos, de antaño la Corte Constitucional había definido con carácter de obligación convocarlo a las conversaciones tendientes a llegar a un preacuerdo con la finalidad de ser oído con fundamento en el literal f) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y en sentencia C- 516 de 2007 expuso ante la exequibilidad condicionada:

“La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el

acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).

Así mismo, preservada la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

Por las razones expuestas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada, por los cargos analizados, de los artículos 348, 350, 351 y 352 en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.”

Y la jurisprudencia de la CSJ ha señalado que es ineludible, que la fiscalía está en el deber de convocar a tal interviniente no para que se interponga en la realización del mismo, dado que no tiene poder de veto, sino por la importancia que radica en conocer las pretensiones en torno a los temas que sustentan su participación en el proceso penal, es así como en SP16816 del 10 de diciembre de 2014 con radicado 43959 dijo:

“2. La Corte, atendiendo la postulación del Ministerio Público, encuentra necesario llamar la atención de fiscales y jueces respecto de lo necesario

que se torna que, previo a realizar acuerdos y avalar los mismos, la víctima del delito sea escuchada.

Bastante tinta, en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, ha corrido en los últimos lustros sobre las condiciones especiales de que debe rodearse a la víctima dentro del proceso penal, en aras de su protección y el restablecimiento de sus derechos a la verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición. En modo alguno pueden desconocerse esas potestades irrenunciables, que, por el contrario, deben consolidarse y reforzarse cada día.

De ello deriva que, tratándose de situaciones de terminación anticipada del proceso, la Fiscalía tiene la carga ineludible de contar con la participación activa del sujeto pasivo del delito en las actas de preacuerdo y dejar expresa constancia de sus pretensiones.

En modo alguno se trata de que el convenio quede supeditado a la voluntad de la víctima, sino que se cumpla con el deber de escucharla y dejar plasmadas sus pretensiones.

Lo anterior se torna más exigente cuando se trata de situaciones en donde las partes convienen pedir al juez conceda descuentos punitivos relacionados con la reparación integral de las víctimas, como que tal estipulación debe partir de la acreditación necesaria precisamente de que aquellas han sido indemnizadas por todos los daños y perjuicios, materiales y morales, causados con la infracción.”

Bajo las anteriores premisas, queda claro que la participación de la víctima en el proceso de negociación resulta ineludible con el firme propósito de ser escuchada en su finalidad de verdad, justicia y reparación para garantizar de esta manera una adecuada participación en el proceso penal que de forma anormal termina.

En conclusión, quien tiene interés en recurrir una decisión debe demostrarlo, debe señalar porqué debe escucharse su argumentación exponiendo la afectación que ha sufrido con la

decisión en la forma como se ha presentado, para el caso la víctima está debidamente reconocida y encuentra su afectación en la reparación que a favor de la entidad del Estado se ha dejado de tener en cuenta en la realización del preacuerdo, anejo a que no fue citada ni para la confección del preacuerdo ni para la audiencia de verificación del mismo, sin poder contar en esos momentos con la posibilidad de interponer recursos, por lo que su legitimidad para impugnar está sentencia demostrada en esta oportunidad.

4. Del caso en concreto

Para dar una solución al problema planteado, otea la Sala que en la presente oportunidad estamos ante el trámite que se ha dado a una negociación sucedida entre la fiscalía y la defensa, en la que se concede por parte del ente investigador un cambio punitivo favorable al acusado, actuación procesal que reemplazó la audiencia de formulación de acusación que se tenía prevista.

Al detenernos en la situación fáctica presentada y admitida por el acusado, notamos que se trata de un ciudadano que en horas de la noche en un automotor trasportaba un hidrocarburo que no se encuentra en los parámetros establecidos por la empresa Ecopetrol, es por lo que el ente instructor en su potestad de elaboración del juicio de imputación y acusación lo enmarca en el artículo 320-1 del inciso 3° del código penal, tipificando el comportamiento como *favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados*.

Claramente de la reconstrucción del expediente y de lo enviado para conocimiento en esta instancia en la carpeta digital denominada "EXPEDIENTE DE EDGAR CEBALLOS.pdf", observa esta Corporación que existen dos documentos de preacuerdo que en su contenido resulta igual, la concesión del beneficio de la reducción

punitiva mediante la figura de la complicidad, un documento fechado el 17 de diciembre de 2018 en el que aparece la firma del delegado de la fiscalía general de la nación, del acusado y su defensor, obra en dicha carpeta con el folio 22; y a folio 68 aparece con igual fecha pero sin firmas otro documento de preacuerdo similar al anterior, de lo que se deduce se trata de un solo documento que finalmente fue confeccionado con la firmas de los mencionados.

Respecto del documento que se verificó el día 2 de septiembre de 2019 y se expuso como preacuerdo, no obra en las piezas enviadas en el expediente reconstruido y así lo expresa la defensa en audiencia de reconstrucción del expediente del 24 de junio de 2021 al minuto 13:00 cuando indica que el preacuerdo enviado por fiscalía no corresponde con el aprobado, pero de la citación obrante a folio 23 emanada del Juzgado Penal del Circuito de Túquerres y del acta de la mencionada audiencia folio 71, se observa que además de las partes se cita al representante del Ministerio Público.

De escuchar la audiencia de continuación de individualización de la pena realizada el 12 de diciembre de 2019, podemos comprobar que solo en este momento se reconoce personería judicial a la abogada de la DIAN² para que participe en tal acto público, y así lo manifiesta en audiencia de reconstrucción del expediente³ y en acta que obra a folio 88 del 24 de junio de 2021 cuando indica que los documentos que tiene son citaciones a partir de la audiencia de individualización de pena.

El anterior recuento, considera la Sala de importancia para evidenciar que en esta oportunidad se ha soslayado la participación de las víctimas, y se indica en plural dado que si por disposición de la Ley

² Minuto 6:04 audiencia del 12 de diciembre de 2019

³ Minuto 15:20 audiencia del 24 de junio de 2021

1762 de 2015 se debe citar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, también era menester convocar a la entidad Ecopetrol quien ha dejado de percibir ganancias producto del hidrocarburo extranjero que se procuró comercializar al interior del territorio nacional, a tal grado que esta entidad del Estado es quien determina los parámetros para los hidrocarburos como el ACPM.

Al inicio se indicó las normas constitucionales y legales que rigen el derecho de la participación de las víctimas en el proceso penal lo cual con claridad se establece en el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 cuando ordena que este interviniente especial tiene derecho a participar en todas las fases de la actuación procesal en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

En este evento, lo argumentado por la representación judicial de la DIAN en su recurso de alzada pone en evidencia con claridad que el presente proceso penal llega a una sentencia condenatoria producto de la aprobación de un preacuerdo suscrito entre la fiscalía, el acusado y su abogado contractual, que a la audiencia en la que el juez de conocimiento analiza la procedencia del mismo, tampoco fue convocado ningún representante de las entidades que pueden ser víctimas del presente accionar del señor Ceballos Tepud.

Si bien es una labor que constitucionalmente esta asignada a la fiscalía quien debe propiciar ese contacto con las víctimas, lo cual brilla por su ausencia, dado que ni siquiera fueron convocados para informar la forma de negociación, también lo es que el juez de conocimiento debe velar por el respeto a las garantías constitucionales y legales, podía haber convocado a los representantes legales de dichas entidades, quienes deberán enviar su representación, lo que tampoco se presentó ni para el momento procesal que verifican la aprobación del preacuerdo ni para el inicio

de la audiencia de individualización de la pena que se dio el 2 de septiembre de 2019, acto en el cual ante petición de la defensa de suspensión y concedida la palabra a la representación del Ministerio Público⁴ solicita que sean citadas las víctimas en la siguiente sesión y así lo adopta el juez de turno en aras de que hagan valer sus derechos tendientes a la verdad, justicia y reparación.

En sus argumentos de no recurrente la defensa manifiesta que no existe una identificación en cuanto al acto del cual presenta disenso la representación judicial de la DIAN, si es el preacuerdo o es la sentencia emitida, para dar respuesta a esta inquietud debe decirse que la reclamación va encaminada a señalar la vulneración de sus derechos de que ha sido objeto desde la negociación efectuada entre las partes, de lo cual debió ser citada, e informada dejando constancia de tal proceder.

Traslúcida la reclamación de este interviniente, por cuanto con claridad pasmosa se puede vislumbrar que solo en la reanudación de la audiencia de individualización de pena es que se hace el reconocimiento de su personería para intervenir, lo cual deja en evidencia que ante la aprobación del preacuerdo nada pudo hacer dado que se prescindió de su presencia y solo es citada cuando ya estaba definida la suerte de aquella negociación, por tanto el siguiente acto procesal que admite recursos es la sentencia ante la cual hace uso y presenta su dimisión.

Anejo a lo antes expuesto, al momento de revisar la actuación al momento de aprobar el preacuerdo en audiencia celebrada el 2 de septiembre de 2019, el *A quo* escuchadas las partes que convocó para la verificación del mismo, del minuto 30:00 al minuto 35:39 de dicho acto público emite la decisión de aprobarlo por encontrarlo

⁴ Minuto 15:20 audiencia de 2 de septiembre de 2019

ajustado a la legalidad y señala que se notifica pero que contra tal decisión no procede recurso alguno, para de forma inmediata continuar con el inicio de la audiencia de individualización de pena.

Señala el artículo 457 del código de procedimiento penal, que procede la nulidad por violación a garantías fundamentales, cuando hay conculcación al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Lo ha dicho la jurisprudencia no es cualquier irregularidad la que da paso a la declaratoria de nulidad, debe ser de tal entidad que socave las estructuras del procedimiento penal, ello haciendo eco en lo normado, que se refiera a un aspecto sustancial.

Por la misma vía se ha indicado que además resulta necesario indicar el grado de afectación con el agravio presentado y para ello vemos que aquella representación judicial de víctima en primer lugar dejo constancia en la continuación de la audiencia de individualización de la pena⁵ sobre la entrega del automotor, por cuanto el procedimiento, a su parecer, dado por el representante del ente instructor no corresponde con lo estatuido en la Ley 1762 de 2015 en el artículo 51 donde el comiso debe abarcar hasta aquel bien y en segundo lugar en la argumentación de su recurso⁶ con nitidez indica que finaliza esta actuación producto de una negociación que si bien se obtiene una responsabilidad penal, pero que no se tuvo en cuenta los derechos de la víctima, que no pudo oponerse y que tampoco el ente fiscal determino si existe o no incremento patrimonial, aspecto que era requisito para la negociación realizada conforme lo indica el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En este ámbito de la gravedad de la anomalía, también resulta evidente que pretermitir una instancia procesal como la oportunidad

⁵ Minuto 21:11 audiencia de 12 de diciembre de 2019

⁶ Récord 1:12:40 audiencia de 12 de diciembre de 2019

de los recursos al momento de proferir la aprobación del preacuerdo también conspira contra el debido proceso, se trata de una decisión medular en este sistema de justicia premial y consensuada, que a la luz del artículo 161 numeral 2 del C.P.P., es un auto que define un aspecto sustancial, que como no es para dar impulso al proceso o para facilitar un trámite y como se itera resuelve una situación de fondo corresponde con un auto interlocutorio que es deber notificar y por secuencia lógica proceden la interposición de los recursos, para lo cual debe abrirse el espacio procesal correspondiente.

Al hilo de lo expuesto, se evidencia que hay un proceder que no resulta acorde con la normatividad ni con los criterios establecidos por la jurisprudencia a favor de las víctimas, que se ha pretermitido la oportunidad para que puedan ejercer sus derechos, que a la luz de las normas hay reclamaciones que resultan valederas dada la especialidad de la Ley 1752 de 2015 cuando se refiere al delito de favorecimiento de contrabando y el tratamiento que debe darse a los automotores como lo establece el artículo 50 en el literal g) ordenando que inmovilizado el automotor deben ser entregados a la administración aduanera, en normas siguientes se regula el tema.

De igual manera indica la recurrente que el ente instructor no ha determinado si existe un incremento patrimonial, de lo cual claramente no se evidencia en la actuación elemento material en tal sentido.

Con antelación se dijo debe también llamarse a la entidad Ecopetrol, quien a la luz del artículo 132 ibidem, también puede haber sufrido un daño como consecuencia del ingreso ilegal de hidrocarburos del país vecino, dejando de percibir un monto en suma igual al valor de aquella sustancia.

Ahora corresponde que la Sala realice el estudio relacionado con los principios que orientan la declaratoria de nulidad, y que la jurisprudencia ha definido de la siguiente forma:

*“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**).”⁷*

Para el presente caso, se han presentado irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso al no dar la posibilidad de interponer los recursos y los derechos y garantías de las víctimas, se ha omitido su participación y solo es llamada cuando la negociación se encuentra con decisión respecto de la cual no puede hacer uso de los recursos legales; como se ha expuesto en las motivaciones precedentes lo encontrado bajo este análisis realizado es que durante la negociación y aprobación del preacuerdo sustento de la sentencia, las víctimas no fueron convocadas ni por el ente instructor en

⁷ CSJ Sala Casación Penal radicado 32143 del 26 de octubre de 2011

cumplimiento de su deber, ni por el despacho en garantía de sus derechos, por tanto se trata de una situación que quien la alega no ha dado lugar a ella; y debe decirse que desde la primera actuación luego del reconocimiento de su personería para actuar ha indicado las anomalías que en desmedro de sus intereses se han presentado por lo que no hay lugar a predicar convalidación alguna, menos cuando se trata de una oportunidad procesal para el ejercicio de la segunda instancia la que se ha omitido; se trata de un acto procesal que conlleva vulneración de derechos y garantías de las víctimas, su no vinculación al proceso impide que puedan ejercer cualquier clase de reclamación afectando los derechos a la verdad y la reparación; debe darse la oportunidad para que tales entidades presenten también su reclamación ante un comportamiento delictual que en esta frontera es de común ocurrencia dado el bajo costo que los hidrocarburos tienen en el Ecuador contrabando que afecta estas instituciones; sin encontrar otra forma de remediar esta situación más que con la declaratoria de nulidad.

Finalmente, conviene indicar que la posibilidad de anular la aprobación de un preacuerdo cuando ya se ha agotado la audiencia de verificación de este y se ha emitido la sentencia respectiva, no es un tema novedoso en esta Corporación, pues de antaño se adoptado esta medida como alternativa para la corrección de los actos viciados de legalidad, indicando lo siguiente:

“Como quiera que el acto judicial de aprobación de un preacuerdo o de una manifestación de allanamiento a cargos constituye una fase estructural del procedimiento abreviado, porque es el último instante hasta cuando las partes pueden retractarse y revertir la acción penal para que transite por la vía ordinaria, que comprende la celebración de un juicio oral, de suerte que a partir de éste momento se abre la puerta a la etapa de individualización de pena y sentencia, solo puede ser válidamente removido a través de la declaración judicial de nulidad, la

cual opera en este caso como mecanismo residual o extremo (última ratio) por violación de garantías fundamentales inherentes al debido proceso (legalidad del delito y legalidad de la pena en varias modalidades) que resultan fundantes en el modelo de estado social y democrático de derecho que nos arropa (artículo 29 de la Constitución Nacional), según se ha dejado consignado, y en estricta aplicación del artículo 457 procesal penal vigente.

Ya la doctrina nacional se ha pronunciado sobre la posibilidad de la anulación del auto que aprueba o legaliza un preacuerdo, indicando: “Cuando el juez al estudiar el fondo del asunto encuentre que el preacuerdo aprobado en audiencia no representa rebaja de pena (cuando hay lugar a ello), porque no se hizo una imputación fáctica y jurídica precisa, clara, correcta y detallada, como presupuesto de la negociación, porque detecta vicios del consentimiento, porque vulnera garantías y derechos fundamentales, porque la pena es ilegal, etc., deberá en principio, anular el auto aprobatorio del mismo”⁸.

En el presente caso resulta necesario aplicar la medida de ineficacia extrema (nulidad), porque no existe otro mecanismo que permita mantener la intención de las partes de dar por terminado el asunto anticipadamente, sin que se afecten de manera grave algunos principios constitucionales básicos sobre los que se soporta el derecho penal vigente. Se trata de yerros que superan el mero formalismo (principio de trascendencia), porque la respuesta punitiva que se ofrece para el caso concreto no resulta proporcionada a la gravedad de los punibles imputados, y hasta puede generar desasosiego en la comunidad el tratamiento punitivo de reclusión domiciliaria pactado, por su clara benevolencia...”⁹

En tal sentido, siguiendo los planteamientos jurisprudenciales esbozados anteriormente, considera la Sala que se ha vulnerado el procedimiento y que el impedir la participación de las víctimas en la

⁸ SARAY BOTERO, Nelson. URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES”, obra citada, páginas 577 y 578.

⁹ Sala Tercera de Decisión Penal, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Magistrado Ponente Dr. SILVIO CASTRILLÓN PAZ, el 1º de agosto de 2018 en proceso con radicación 2017-00568-2 NI. 24156

verificación y aprobación del preacuerdo suscrito por el ente acusador y la defensa de Edgar Andrés Ceballos Tepud, vulnera el debido proceso y los derechos y garantías de las víctimas, por lo cual es menester declarar la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo de fecha 2 de septiembre de 2019 y consecuentemente revocar la sentencia que fue proferida virtud a la aprobación de este fechada el 12 de diciembre de la misma anualidad, con las consabidas consecuencias de esta declaratoria, como es que en dicho acto se dio la libertad al condenado producto de conceder la suspensión de la ejecución de la penal, por lo cual esta concesión también es objeto de revocatoria por ello debe librarse la orden de captura en contra de Edgar Andrés Ceballos Tepud para ante la cárcel del circuito de Túquerres, con el fin que el proceso quede en el mismo momento procesal antes de la aprobación del preacuerdo, al igual conlleva la revocatoria de todas las decisiones que conforman la mentada sentencia.

Efectuada esta declaración y revocada la sentencia emitida, la actuación deberá regresar al juzgado de origen para continuar con el trámite del preacuerdo brindando la oportunidad de participación activa a las víctimas.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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:

1°. **DECLARAR LA NULIDAD** de todo lo actuado, a partir del auto interlocutorio proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (Nariño) en audiencia pública celebrada el día 02 de septiembre de 2019, mediante el cual convalidó el preacuerdo presentado por la FGN y la defensa de Edgar Andrés Ceballos Tepud a quien se le imputa el delito de Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, por las razones expuestas con antelación.

2°. **REVOCAR** la sentencia condenatoria emitida el 12 de diciembre de 2019 proferida como consecuencia del preacuerdo presentado entre las partes. Líbrese la correspondiente boleta de captura en contra de Edgar Andrés Ceballos Tepud.

3°. Remitir la presente actuación al Juzgado de origen para que continúe el trámite ordinario del procedimiento penal acusatorio.

Notifíquese y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

(IMPEDIMENTO)
BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 208

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se han ampliado de manera progresiva mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el proceso penal de la referencia.

Pasto, 13 de octubre de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario