

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Requisitos.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - RECEPCIÓN DE HIDROCARBUROS: No figura dentro de la lista de delitos excluidos.

Procedencia de la concesión del subrogado penal, en tanto los procesados cumplen con los requisitos legalmente exigidos y siendo que el delito por el cual se procede no se encuentra dentro del listado de prohibiciones del artículo 68A del Código Penal.

Magistrado Ponente	: Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	: 528356000538201901101-01
Número Interno	: 35757
Conducta Punible	: Receptación de hidrocarburos
Procesados	: JEQC y VAG.
Decisión	: Revoca recurrida
Aprobado	: Acta No. 223 de 5 de noviembre de 2021

San Juan de Pasto, nueve de noviembre de dos mil veintiuno

(Hora: 09:00 a.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 defensa contra la sentencia emitida el 15 de abril de 2021 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco (N), en el que les impone una pena de 48 meses de prisión, multa de 13.633.636 pesos y las accesorias de ley a JEQC y VAG, por el delito de Receptación contenido en el artículo 327-C, negando la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1. Los hechos

Conforme a lo obrante en el expediente se sabe que los hechos tuvieron ocurrencia el día 4 de junio del año 2019, aproximadamente

a las 08:40 horas, en el sector de la vereda el Vaquerío del corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco(N), oportunidad en la que miembros del ejército nacional, previamente advertidos por una fuente humana de la presencia de dos personas que transportaban hidrocarburos, dieron con el paradero de los procesados, que transportaban en dos vehículos 9 recipientes con capacidad cada uno de 20 galones, en total 180 galones, contentivos de una sustancia líquida que por su olor y textura se podía inferir que era hidrocarburo proveniente del oleoducto Trans Andino, apreciación que luego se confirmó con una prueba homologada PIPH, encontrando además que dicho líquido no cumplía con los parámetros establecidos por ECOPETROL y la normatividad vigente.

2. Antecedentes procesales y providencia impugnada

2.1. El 5 de junio de 2019, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tumaco (N) se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura, legalización de incautación, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

En dicha oportunidad, se decretó legal la captura, legal la incautación y se imputó en contra de los señores VAG y JEQC, el delito de Receptación descrito en el artículo 327A del Código Penal, a título de dolo y en calidad de coautores, verbo rector transportar.

A los imputados se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria, sin que aceptaran los cargos que les fueron reprochados.

2.2. Radicado el escrito de acusación, el 9 de agosto de 2019 se recibió el asunto por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito

Especializado de Tumaco, al que le correspondió por reparto, autoridad que el 11 de diciembre de 2019 realizó audiencia respectiva y finalizada se programó la audiencia preparatoria para el 26 de marzo de 2020, misma que efectivamente se llevó a cabo en la data establecida, quedando pendiente la de juicio oral agendada para el 10 de junio de 2020, misma que fuera aplazada con base en las medidas adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria generada con el covid-19.

Programada para llevarse a cabo en el mes de diciembre de 2020 no se realizó por cuenta de la presentación de un preacuerdo por las partes, por lo que el 22 de febrero de 2021 se realizó audiencia de verificación del preacuerdo, oportunidad en la que se lo aprobó mismo y se continuó con la audiencia del Artículo 447 del C.P, no obstante se autorizó su aplazamiento a efectos de que la defensa aporte elementos materiales probatorios, motivo por el cual la misma se llevó a cabo y finalizó el 26 de marzo de 2021, para luego, esto es, el 15 de abril de 2021, emitir la decisión respectiva.

2.3. En la providencia apelada, el *a quo* comenzó por recordar los fácticos del asunto, reseñó la individualización de los acusados, así como los antecedentes procesales y términos del preacuerdo entre las partes.

Ya en el punto las consideraciones, comenzó por aludir a la estructura de la conducta punible y responsabilidad de los acusados; seguido a ello efectuó el análisis de la prueba, punto en el que recordó los elementos aportados con esa finalidad por la Fiscalía.

Agrega que se está frente a personas imputables, con lo que se configura la culpabilidad, pues, tenían la capacidad de comprender la ilicitud de lo que estaban haciendo, y adelantaron un comportamiento

atentatorio del bien jurídico atentatorio del bien jurídico del orden económico y social, protegido por la ley penal.

En ese orden, indicó que se encontraba acreditada la ocurrencia de La conducta punible y la responsabilidad de los inculpados por lo que era procedente emitir una sentencia condenatoria.

En el punto de la determinación de la pena, recordó las intervenciones de las partes en la audiencia del 447, en relación con las condiciones personales, sociales, familiares, laborales y de todo orden de los declarados culpables, recordó cuartos punitivos del delito cometido y finalmente impuso la pena de 48 meses de prisión, multa de 4.500 SMLMV y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por termino igual a la pena, aclarando que en atención a la gravedad de la conducta desplegada y el perjuicio generado a la sociedad, era indispensable que el cumplimiento de la pena, buscando la resocialización de los encartados.

En el tema de los subrogados y sustitutos penales, trajo a colación el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, al tiempo que recordó que los procesados aceptaron responsabilidad por la comisión del delito previsto en el artículo 327C del CP.

Explicó que el código adjetivo penal establece el punible de receptación en dos normas distintas, a saber, artículo 327 C y 447, y que, aunque el inciso segundo de la norma arriba mencionada, pese a que proscribe la concesión de subrogados y sustitutos para el delito de receptación, no establece a cuál de los establecidos hace referencia.

En ese orden señaló que no existe duda de que la legislación penal ha previsto sanciones más gravosas para aquellos injustos que afecten la industria petrolera, de ello la expedición de la Ley 1028 de 2006 que creó dos punibles en particular, entre ellos, el de receptación del artículo 327C, esto en tanto que antes las mismas conductas se sancionaban como circunstancias de agravación, evidenciando la necesidad de crear una mayor represión a esos punibles dado que afectan las finanzas públicas, creando además tareas especiales para hidrocarburos al interior de la Policía y la Fiscalía.

Indica que, en la exposición de motivos del proyecto de la ley en mención, se hizo alusión a la preocupación que se tenía frente al delito de receptación contenido en el artículo 447, pues resultaba insuficiente para combatir el flagelo cuando se estaba frente a hidrocarburos, dada la posibilidad de excarcelación.

Continuando, indicó que dentro de las exclusiones del artículo 68A no se encuentra ningún punible de los consagrados en el título XVI del Código Penal, relativo a los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia, cuando de los contemplados en el título X, contra el orden económico y social, sin contar la receptación, se encuentran un total de 6 conductas, por lo que a su juicio resulta evidente que el delito de receptación del artículo 327C se encuentra cobijado con dicha prohibición, por lo que no es procedente analizar la procedencia de subrogados y sustitutos.

Claro lo anterior procedió a hacer alusión a la prisión domiciliaria del artículo 38G, que no se encuentra contemplada dentro de la prohibición arriba enunciada. Así, recordó que la pena a imponer a los procesados es de 48 meses, y que se encuentran privados de la libertad desde el 5 de junio de 2019, por lo que han purgado un total

de 22 meses y 10 días, por lo que aún no cumplen con la mitad de ese quantum para acceder al sustituto.

3. Sustentación del recurso e intervención de las partes

3.1 Apoderado judicial de los procesados como recurrente

El apoderado de los procesados, Dr. Felipe Pinzón Ortiz, sustentó el recurso de apelación manifestando su inconformidad únicamente en lo que respecta a la decisión adoptada frente a la concesión de subrogados y sustitutos, así:

Comenzó por mencionar que su oposición radica inicialmente en la interpretación que hizo el Juez de primera instancia respecto de las prohibiciones del artículo 68A del C.P., considerando que con base en esa postura no se concedió a sus prohijados el sustituto penal de la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, indicando que a su juicio, el delito de receptación al que se refiere dicha norma es el consagrado en el artículo 447 y no al que fuera objeto de juzgamiento.

Seguidamente indica que en este caso al existir falta de claridad en la descripción típica de la norma aludida debe resolverse de forma favorable a los acusados, pues si la Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado sobre el tema avalar interpretaciones como la que realizó el *A quo* ya que atentan contra garantías constitucionales de los acusados.

En ese contexto, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, en el sentido de considerar que el delito de Receptación de hidrocarburos descrito en el artículo 327C del C.P. no se encuentra enlistado dentro de los exceptuados del inciso segundo del artículo

68A del Código Penal y por lo anterior se conceda a sus representados la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria del 38G y dejar incólume los demás apartados de la decisión.

3.2 Ministerio Público como no recurrente.

El señor procurador Lenin Aduar Huertas Solarte se pronunció respecto de la apelación presentada por la representación de la defensa, anunciando su oposición bajo los supuestos que se pasan a sintetizar.

Como punto de partida adujo que, es evidente que la norma acusada que para el caso él es artículo 68A no hace distinción de los artículos 327C y 447 de C.P pues si el legislador hubiera querido hacer distinción así lo hubiera hecho, por lo que, a su juicio, la prohibición abarca los dos delitos, sin que exista mérito para considerar que existe duda sobre dicho aspecto.

En ese contexto solicita que se confirme la providencia impartida en primera instancia.

3.2 Representante la víctima como no recurrente.

El apoderado judicial de Ecopetrol, víctima en el asunto, se pronunció respecto de la apelación presentada por la defensa, requiriendo que esta instancia confirme la decisión de primera instancia, como sigue.

Indicó que no le asiste razón a la postura del recurrente por cuanto la primera instancia de manera juiciosa expuso las razones que llevan a considerar que la prohibición contenida en el artículo 68A hace alusión al contenido del delito de receptación del artículo 327C, esto

es, la coincidencia con las otras conductas objeto de exclusión y la expedición de la Ley 1028 de 2006, así como el proyecto de ley que dio lugar a la misma.

En lo referente a la petición del artículo 38B, refiere que, al no cumplir con los requisitos contemplado, esto, porque el delito está contenido en el artículo 68A y en lo que atañe a la del artículo 38G, como lo consideró la primera instancia, aún no se ha cumplido el tiempo requerido para su acceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, contra la sentencia del 15 de abril de 2021 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema a resolver

Ante el reclamo del apoderado de los procesados, debe la Sala entrar a examinar, es si en el caso se encuentran acreditados los requisitos legalmente exigidos para que conceder en favor de JEQC y VAG la suspensión condicional de la pena como lo estipula el artículo 63 del Código Penal o, en su defecto, la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del mismo código.

3. Asunto previo

Lo primero que se debe precisar, es que, con ocasión al principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala solo se debe pronunciar con ocasión a los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a éstos. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en SP radicado 45223 del 20 de abril de 2016 dijo:

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

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

Conforme lo anterior, la Sala únicamente se pronunciará sobre la viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de prisión domiciliaria en favor de JEQC y VAG, por cuanto es el único tema objeto de apelación por parte del apoderado judicial de los condenados.

4. Del subrogado penal de suspensión condicional de la pena y caso concreto.

4.1. La normatividad que rige el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena contemplado en el artículo 63 del Código Penal que dice:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

(Subrayas propias de la Sala)

4.2. Dentro del caso de marras, los procesados suscribieron un preacuerdo con la Fiscalía, aceptando la responsabilidad en la comisión, a título de autores, del delito de receptación consagrado en

el artículo 327C del Código Penal, pactando a cambio de ello la pena a imponer correspondiente a 48 meses de prisión y multa de 13.633.636 pesos.

Ahora, no existe discusión respecto del cumplimiento del requisito objeto contenido en el numeral 1° del artículo 63 del Código Penal para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues en contra de los procesados se impuso una pena que no excede los 4 años (48 meses), encontrándose el quantum dentro del marco señalado para el efecto; no obstante, lo que sí genero controversia es el acreditamiento de los dispuesto en el numeral 2° de la misma norma.

Ahora, revisado el expediente encontramos que nada se advirtió sobre la existencia de antecedentes penales en contra de los procesados, por lo que se asume no los tienen, empero, lo que ha sido objeto de discusión es si la conducta objeto de juzgamiento se encuentra enlistada dentro del inciso 2° del artículo 68A de la norma penal, pues de ser así la concesión de los subrogados y sustitutos se encuentra prohibida.

En ese orden, se observa que la primera instancia encontró que pese a que en ese listado se encuentra el delito de receptación, no se especifica si se hace alusión al contenido en el artículo 327C o al que se consagra en el artículo 447 del Código Penal, empero, haciendo una interpretación en conjunto de los delitos enlistados y la exposición de motivos que dio lugar a la expedición de la Ley 1709 de 2014, advirtió que a lo que quiso hacer alusión el legislador fue a la primera conducta en mención, postura que no sobra advertir se comparte por los no recurrentes.

En contraposición a esa interpretación se presenta la apelación que ahora nos concita, en la que la defensa de los procesados insiste al indicar que el delito de receptación del artículo 327C no se encuentra dentro del catálogo de exclusiones, pues, aunque coincide con la primera instancia sobre la apreciación de que existe un error de técnica en el listado que puede generar dudas, en lo que respecta a delitos relacionados con hidrocarburos se plasmó de manera exegética dos conductas, esto es, la de apoderamiento y la de contrabando de hidrocarburos, por lo que puede concluirse que cuando alude a receptación hace alusión al contenido del artículo 447 del Código Penal, invitando a la judicatura para que ante la duda, la interpretación se resuelva en favor de los procesados.

Ahora, revisado el contenido del inciso segundo del artículo 68A, se encuentra que, en efecto, pese a que se enlista dentro de las exclusiones de subrogados y sustitutos al delito de receptación, no hace una especificación del artículo al que hace referencia, pues lo cierto es que el artículo 327C y 447 enlistan la misma nominación de conducta, pero con distintos elementos para su configuración.

Para la Sala, la interpretación que trae la primera instancia no está llamada a prosperar, pues, concluir que el legislador no quiso hacer referencia a la receptación del artículo 447 en tanto que no existen dentro de las exclusiones más delitos de los consagrados en el título XVI del Código Penal - contra la eficaz y recta impartición de justicia – no implica *per se* que tal conducta no haya podido ser considerada con la restricción; en la misma línea, como lo indica el recurrente, se advierte que en lo que atañe al tráfico de hidrocarburos, el legislador dispuso de manera clara y precisa las conductas que serían objeto de exclusión, esto es, el apoderamiento y el contrabando, contenidos en los artículos 327A y 319-1 del Código Penal, así, ante tal

especificación, no es dable asumir que su querer era cobijar el artículo 327C y no el 447 del mismo compendio.

Téngase en cuenta además que pese a que el máximo órgano de cierre en materia penal no ha emitido una decisión en la que aclare la presunta duda, lo cierto es que en sus pronunciamientos ha sido claro al indicar que la conducta que se encuentra proscrita de la concesión de subrogados y beneficios es la contenida en el artículo 447 de la norma en reseña, pues ha sido al analizar la viabilidad de admisión de demandas de casación incoadas en procesos cuyo juzgamiento se ha dado por esa conducta, que ha dejado clara la existencia de la prohibición¹, postura que además también se ha sostenido por ésta Sala de Decisión, pues en un caso similar, se dejó claro que conforme a lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, frente al tráfico de hidrocarburos, no sería viable la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria, o cualquier otro beneficio judicial o administrativo para los punibles de apoderamiento de hidrocarburos y contrabando de hidrocarburos y sus derivados².

En ese contexto, claro que en el listado de prohibiciones del artículo 68A del Código Penal no se enlista la receptación de hidrocarburos que trata el artículo 327C de la misma norma, que fuera la conducta por la cual se acusó y juzgó a los procesados, encuentra la Sala procedente conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en su favor, esto, por un periodo de cuatro (4) años, con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 65 del Código Penal, que a su letra reza:

¹ Ver, entre otros, AP086-2018(51709), AP086-2018(51709), AP6373-2017(50879)

² Radicado No. 528356000000-2016-00029-01 N. I. 21993, Magistrado Ponente Dr. Silvio Castrillón Paz

ARTICULO 65. OBLIGACIONES. El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario:

- 1. Informar todo cambio de residencia.*
- 2. Observar buena conducta.*
- 3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.*
- 4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.*
- 5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.*

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

Importante dejar en claro que el sustituto como es su esencia va referido únicamente a la suspensión de la pena privativa de la libertad, ergo la pena acompañante de multa puede ser ejecutada por la respectiva oficina de cobro jurídico.

Por lo anterior se procederá a revocar el numeral tercero de la providencia recurrida para en su lugar conceder en favor de JEQC y VAG el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un término de 4 años, mismo que se hará efectivo una vez se suscriba el acta de compromisos y la prestación de la caución prendaria en cuantía de un salario mínimo legal mensual.

Por lo anterior, atendiendo a que se concede el subrogado en mención, que resulta más benéfico que la prisión domiciliaria, resulta inane hacer un pronunciamiento sobre la procedencia de ese sustituto cuya negativa también fuera objeto de recurso.

III. LA DECISIÓN

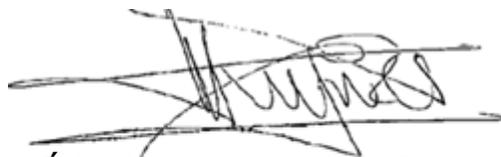
Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°. **Revocar** el numeral tercero de la sentencia recurrida, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, y en su lugar **conceder** en favor de JEQC y VAG el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un término de 4 años. Para la materialización del beneficio los condenados deberán suscribir acta compromisoria de obligaciones conforme al artículo 65 del Código Penal, que se garantizarán con la prestación de caución prendaria individual, a la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de Conocimiento, que se fija en un salario mínimo legal mensual.

2°. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

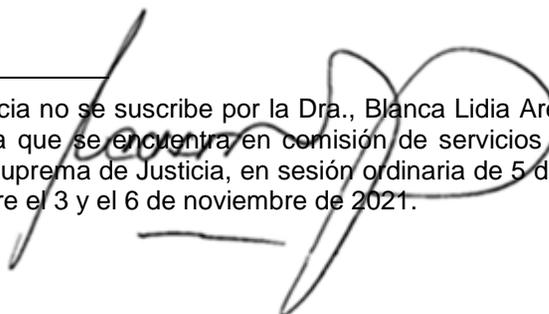
Notifíquese y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

(COMISIÓN DE SERVICIOS)³
BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

³ La presente providencia no se suscribe por la Dra., Blanca Lidia Arellano, parte de la Sala de Decisión en atención a que se encuentra en comisión de servicios concedida por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria de 5 de octubre de 2021, por los días comprendidos entre el 3 y el 6 de noviembre de 2021.



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 223

**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, 4 de noviembre de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario