



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La Secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado contra **Maldi Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Nilson Fabián Uribe Rojas y Jhon Fredy Moreno Moreno**, por el punible de **apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contenga** se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **18 de julio de 2022**.

Para notificar al procesado y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 11 de agosto de 2022, siendo las 8:00 a.m.

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria

RI 21-148A

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE. GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, dieciocho (18) de julio de dos mil veintidós (2022)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 619.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por el representante de la víctima, el Ministerio Público y defensa contra la sentencia condenatoria proferida en virtud de allanamiento el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, dentro del proceso que se sigue contra **Maldi Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Nilson Fabián Uribe Rojas y Jhon Fredy Moreno Moreno** por el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; conforme lo establecido en el artículo 179 del C. de P.P.

HECHOS

Fueron narrados por el juez de instancia de la siguiente manera: *"Tuvo ocurrencia el hecho el fenecido DIECISIETE (17) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE (2019); siendo aproximadamente las VEINTITRES Y TREINTA Y CINCO (23:35) HORAS; en jurisdicción del municipio de Barrancabermeja Santander, concretamente en el CORREGIMIENTO EL CENTRO, a la altura del sector conocido como CAMPO 45 coordenadas N 97°92'18.9" W 073°47'55.8"; VEREDA ZARZAL FINCA PAKISTAN, lugar donde fueron sorprendidos por personal del ejército nacional cinco (5) sujetos realizando actividades de llenado del tanque de un tracto camión, marca Kenworth, modelo 2006, color verde, placas SYU 260, servicio público y*

remolque distinguido con el número R67647 en cuyo interior se halló aproximadamente DIEZ MIL GALONES (10.000) de una sustancia líquida que resulto ser hidrocarburos; actividad que realizaban con dos (2) extensiones de manguera de aproximadamente veinte (20) metros, las cuales se encontraban adheridas al oleoducto conocido como centro refinería Barrancabermeja a través de dos (2) válvulas ilícitas de $\frac{3}{4}$ pulgadas. Acontecimiento que originó la aprehensión en situación de Flagrancia de los señores MALDI MAGUIBER MORALES FRANCO identificado con cédula de ciudadanía número 1.131.111.966; JHON ANDRESON CARDEÑO JAIMES identificada con cedula de ciudadanía número 88.275.550; NILSON FABIAN URIBE ROJAS identificado con cédula de ciudadanía número 1.102.717.128; JHON FREY -sic- MORENO MORENO identificado con cédula de ciudadanía número 1.096.189.981 y otro.

Hecho este con el que se puso en peligro efectivo SIN JUSTA CAUSA bien jurídico tutelado del Orden Económico y Social.

Cabe resaltar que puede predicar sin duda alguna que en el comportamiento de los señores MALDI MAGUIBER MORALES FRANCO; JHON ANDERSON CARDEÑO JAIMES; NILSON FABIAN URIBE ROJAS y JHON FREY -sic- MORENO MORENO MORENO existía CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD para cometer la conducta enrostrada, se encontraban en el Jugar -sic- que se ejecutaba la acción del apoderamiento, con el vehículo utilizado para el cargo bajo sus custodias, utilizando otros automotores para el desplazamiento al lugar y realizando una actividad ilícita como era hacer el llenado del carro tanque procedente del oleoducto lo que -sic- demostrativo -sic- de que SABIAN LO QUE HACIAN y la VOLUNTAD se ve reflejada en ese propósito personal e individual para estar en el lugar ejecutando un aporte para la ejecución de la conducta punible actuando bajo una coparticipación criminal, con acuerdo común y división de trabajo lo que los coloca en calidad de COAUTORES”

ACTUACIÓN PROCESAL

El 12 de noviembre de 2019¹ ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de orden de allanamiento y registro, legalización de captura, formulación de imputación, contra Malgui Maguiber Morales Franco y Jhon Anderson Cardeño Jaimes por el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan (artículo 327A del CP), cargo que ambos aceptaron. A la par se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

Así mismo el día 14 de noviembre del 2019 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se adelantó las audiencias preliminares de legalización de captura y formulaciones imputación, contra Nilson Fabián Uribe Rojas y Jhon Fredy Moreno Moreno por el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan (artículo 327A del CP). El cargo fue aceptado por ambos indiciados. De otro lado se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

Repartido el escrito de acusación con allanamiento, correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, quien según se evidencia en el acta corrió traslado del artículo 447 del CPP en la audiencia del 27 de julio de 2020² respecto de la fiscalía y lo propio hizo para la defensa en la diligencia del 4 de febrero de 2021³ (según el recuento procesal realizado en la audiencia, ya que de esta no reposa dentro de las diligencias remitidas al Tribunal - acta de la misma), en la que finalmente emitió la decisión impugnada.

¹ Acta de audiencia, folio 77, expediente.

² Acta de audiencia, folio 65 expediente.

DECISIÓN RECURRIDA

Mediante providencia del 4 de febrero de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga declaró penalmente responsable a Maldi Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Nilson Fabián Uribe Rojas y Jhon Fredy Moreno Moreno, del reato de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contenga, en virtud del allanamiento expresado en la audiencia preliminar, en consecuencia, les impuso pena de cincuenta y tres (53) meses de prisión y multa de 1.318,75 smmlmv. A la par, la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. Así mismo les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por prohibición legal.

Respecto de Maldi Maguiber Morales Franco y Nilson Fabián Uribe arguyó no haberse demostrado la calidad de padres cabeza de hogar invocada por su defensor, como supuesto para conceder la prisión domiciliaria. En punto de Jhon Anderson Cardeño Jaimes refirió que la colaboración con la justicia, no determina el desconocimiento de la prohibición legal en torno a la concesión de subrogados y sustitutos.

Como fundamento de su decisión señaló la instancia, que junto a la manifestación de responsabilidad expresada por los encartados en la primera oportunidad procesal (audiencia de imputación), existen los elementos materiales probatorios y evidencia física, que respaldan el allanamiento y permiten arribar al conocimiento exigido para emitir sentencia de carácter condenatorio.

En ese contexto, entendió demostrada la materialidad de la conducta y la participación consciente de los imputados por el mínimo de prueba aportada por la fiscalía y por la aceptación de cargos, los cuales manifestaron ser los responsables se haberse agrupado para extraer de las

líneas de transporte el hidrocarburo previa instalación de válvulas ilícitas, con lo cual se concretó el comportamiento descrito en el artículo 327A del CP.

Determinó que debía ubicarse en el primer cuarto de movilidad, dado que no fueron enrostradas a los procesados circunstancias de mayor ni de menor punibilidad, posterior a ello analizó la gravedad de la conducta determinada en la cantidad de hidrocarburo que pretendían hurtar, cometido que no lograron por su sorprendimiento en flagrancia, así fijó la pena en 106 meses de prisión y multa de 2637,5 smlmv. Adujo que para efectos de determinar la rebaja a la que se hacían acreedores por el allanamiento en la primera oportunidad, debía tenerse en cuenta que si bien fueron sorprendido en flagrancia su captura fue declarada ilegal, así que su captura fue materializada por orden judicial, contexto en el que entendió procedente otorgarles un descuento del 50% por el aporte que significó la aceptación de cargos para la administración de justicia. Fijó así la pena de prisión en 53 meses y la multa de 1318,75 smlmv.

Finalmente adujo que no se podía pronunciar sobre el bien decomisado esto es, el vehículo tracto camión de placas SUY -260, dado que la Fiscalía no estableció su titularidad, por lo que eventualmente sería objeto de pronunciamiento en una posterior oportunidad.

LOS RECURSOS

Inconformes con la decisión adoptada, el representante de la víctima, el abogado defensor de Maldi Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Jhon Fredy Moreno Moreno y Nilson Fabián Uribe Rojas, así como el Ministerio Público impugnaron la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga.

a. Recurso Representante de la Víctima:

Indicó que si bien la juez acertó al no partir del mínimo del primer cuarto, dada la gravedad de la conducta desplegada por los procesados, lo cierto es que erró al determinar que eran merecedores de una rebaja del 50% de la pena a imponer, ello porque no verificó la reparación de los daños ocasionados a la víctima ni la intención hacerlo, ya que durante los dos años que transcurrieron entre la manifestación de aceptación de cargos y la sentencia, ninguno de los involucrados intentó resarcir los perjuicios de su actuar delictivo.

Arguyó que si bien no es tema de discusión la improcedencia de la limitación contenida en el artículo 301 del CPP, dado que la captura en flagrancia fue declarada ilegal, al momento de descorrer el traslado del artículo 447 del CPP arguyó, en consonancia con el Ministerio Público y la fiscalía, que debían analizarse otras circunstancias para determinar el porcentaje de la rebaja a reconocer, porque la particular *hasta el 50%* demanda al juez una argumentación para justificar el parámetro utilizado, razones que no aparecen dentro de la sentencia apelada.

Aclaró también que a pesar de no poderse acudir al artículo 349 del CPP, en el sentido que no hubo incremento patrimonial, el concepto que debía tenerse en cuenta por la judicatura al momento de evaluar el porcentaje de la rebaja era el de perjuicios ocasionados a la víctima, por ejemplo, los gastos que eventualmente se generaron en el traslado del hidrocarburo, la reparación del poliducto o el refinamiento de la sustancia.

Argumentos que serían coadyuvados por el Ministerio Público, quien en su oportunidad también refirió que no había motivos para conceder el máximo de la rebaja, sino que criterios de razonabilidad y proporcionalidad harían posible una disminución del 40% de la pena.

De otro lado solicitó que se inste a la Fiscalía a adelantar proceso de extinción de dominio, respecto del vehículo de placas SYU-260 y dos

motocicletas utilizadas en la comisión del ilícito, dada la falta de pronunciamiento de fondo sobre el particular en la instancia.

b. El recurso formulado por la defensa:

El defensor sustentó su petición respecto de los procesados Maldí Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes y Nilson Fabián Uribe Rojas, solicitó modificar la pena impuesta a los citados a efectos de reconocerles el 50% de la rebaja, dado el allanamiento a cargos y su presentación voluntaria a la justicia, que no representan un peligro para la comunidad ni la víctima y la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad. A partir de tales razones pretende que se fije la pena privativa de la libertad en 48 meses de prisión. Respecto del acusado Jhon Fredy Moreno Moreno no realizó ninguna petición en concreto ni sustentó recurso que lo cobijara.

c. El Ministerio Público:

Adujo que el motivo del disenso gira en torno al porcentaje de la rebaja de la pena impuesta a los procesados, en virtud del allanamiento a cargos expresado en la imputación.

Refirió que en la audiencia del 4 de febrero de 2021, solicitó a la juez de instancia conceder a los procesados una rebaja del 40% de la pena, dado que al margen de la declaratoria de ilegalidad de la captura, lo cierto es que aquéllos fueron sorprendidos en flagrancia, circunstancia que según la ley y el precedente impedía otorgar el máximo de la disminución prevista por el legislador.

Pese a tal petición realizada en el traslado del artículo 447 del CPP que fuera coadyuvada por el representante de la víctima, en la providencia impugnada la juez no hizo referencia a la misma ni explicó las razones por la cual no la acogía, omisión que constituiría una denegación de justicia o

una falsa motivación de la sentencia, lo que justificaría declarar la nulidad parcial de lo actuado a efectos del pronunciamiento que se echa de menos.

De otro lado planteó que de entenderse que la alusión realizada por la juez en punto de la rebaja reconocida es suficiente para atender las reclamaciones realizadas por los citados intervinientes, debe acudirse al precedente radicado 36502 de 2011, en que la Corte ha explicado que deben analizarse varios criterios a la hora de establecer la mayor o menor aproximación al máximo de la rebaja establecida, verbigracia, el aporte a la investigación, el descubrimiento de otros partícipes o de otras conductas, la reparación de la víctima, así, no sería sólo la reducción del trámite procesal el único presupuesto a analizar en casos de allanamiento a cargos.

Entonces, subrayó según la sentencia en cita, en situaciones de flagrancia la rebaja del 50% de la pena a imponer no es posible, pues por lo general en tales circunstancias sin mayor dificultad se obtienen los elementos de convicción necesarios para una emisión de decisión condenatoria. Dentro de los elementos de convicción que se tuvieron en cuenta para emitir la decisión en cuestión como soporte de la aceptación de cargos, denotó, se alude al informe policial de captura en flagrancia, lo que permite inferir que tal circunstancia está acreditada y por lo tanto no era posible desconocer la limitación para reconocer el máximo de la disminución.

De contera solicitó declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, a efectos que la juez se pronuncie sobre la solicitud realizada en torno a la rebaja de la pena; de manera subsidiaria solicitó que se reconozca a favor de los procesados una rebaja del 40% de la pena de prisión y multa fijadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1 Competencia.- Conforme al numeral primero 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por el representante de la víctima, la defensa respecto de Maldi Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimés y Nilson Fabián Uribe Rojas y el Ministerio Público, contra la sentencia del 4 de febrero de 2021 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, dentro del proceso que se sigue a los citados y a Jhon Fredy Moreno Moreno por el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan.

De acuerdo a los recursos planteados, estos se dirigen en dos direcciones a saber: i) El Ministerio Público solicitó de manera principal declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir de la sentencia del 4 de febrero de 2021, a efectos que la juez motive la decisión impugnada, en concreto exponga las razones por las cuales no acogió la pretensión esbozada por ese interviniente y por el representante de la víctima, en el sentido de no reconocer a los procesados la rebaja del 50% de la pena y ii) el conjunto de los recurrentes critican la pena impuesta a los acusados, en concreto el Ministerio Público y el representante de la víctima aducen que debe estimarse como suficiente una disminución del 40% de la sanción a imponer, dada las circunstancias que fueron expuestas al momento de surtirse el traslado del artículo 447 del CPP, esto es, que las personas fueron sorprendidas en flagrancia y no han intentado reparar a la víctima pese al tiempo transcurrido. La defensa por su parte solicitó aplicar el 50% de la rebaja punitiva, para establecer la pena de prisión equivalente a 48 meses de prisión.

El representante de la víctima además realizó una solicitud tangencial sobre los bienes que fueron incautados, a efectos que se inste a la Fiscalía a iniciar el proceso de extinción de dominio.

Por lógica de la decisión, la Sala procederá a estudiar en primera oportunidad la solicitud de nulidad realizada por el procurador delegado, dado que de salir avante se haría inane cualquier pronunciamiento sobre las demás pretensiones de los apelantes, que como se indicó se dirigen a cuestionar el porcentaje de la disminución reconocida por la juez de instancia a favor de los imputados.

Según el registro de la audiencia del 4 de febrero de 2021, en la cual se surtió el traslado regulado en el artículo 447 del CPP y se emitió la sentencia apelada, el Ministerio Público emitió su concepto de la siguiente manera (minuto 16:59 a 38:38): *En este asunto y de acuerdo a lo relacionado en el escrito que recoge lo actuado ante el juez con función de control de garantías en diligencia de imputación, momento en el cual se dio la aceptación o allanamiento a la imputación de los cuatro procesados aquí citados (...), tenemos que el hecho de acuerdo a lo narrado se dio por un sorprendimiento en flagrancia y quiero hacer claridad en cuanto a ello teniendo en cuenta el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, las restricciones para quien es capturado en flagrancia frente a los beneficios y rebajas de pena que pueden obtenerse por conducto de la justicia premial o negociada, se reducen a un cuarto de lo establecido en la codificación penal, sin embargo de la lectura del artículo 301 debe destacarse de manera clara para que opere esta restricción en cuanto a la rebaja de pena, cada una de las causales enumeradas en el artículo 301 llevan aparejada la aprehensión material y en el caso presente señora juez, esa captura que acaeció el 17 de febrero del año 2019 fue declarada ilegal (...), lo que sí se quiere destacar por parte de esta agencia del Ministerio Público es que toda esta actuación tiene origen directo y claro en un sorprendimiento en flagrante delito, y esos son los hechos jurídicamente relevantes que aparecen claramente detallados en el escrito que presentara la fiscalía (...), hago énfasis en el sorprendimiento en flagrante delito para que con base en él se evalúe la rebaja de pena que debe otorgarse a los que aquí se han allanado a la imputación, que no es del 50% tal cual lo ha referido el señor defensor es hasta el 50% y ese hasta depende necesariamente del ahorro a la administración de justicia de desgastes mayores por virtud, entiéndase, por virtud de la aceptación temprana a cargos, en términos del artículo 351 y en términos de precedentes jurisprudenciales en punto de cómo debe tasarse la*

rebaja de pena, que en principio sería no menos de la tercera parte y hasta el 50% dependiendo como lo dije, del ahorro efectivo en los esfuerzos de la administración de justicia para determinar la condena, en este caso su señoría como bien lo observa usted en el escrito de acusación y en los elementos de prueba e información legalmente obtenida y el informe inicial, se tiene que estas personas fueron sorprendidas en el momento en el cual extraían del poliducto combustible y estaban cargando un vehículo carrotanque y en el momento de la instalación y daño del poliducto obviamente, con la instalación de una acometida o válvula (...) teniendo en cuenta esto pues obviamente aquí no podríamos estar a un monto cercano al 50% en virtud del sorprendimiento en flagrancia que se dio de los acusados, por lo que no podía operar lo correspondiente al parágrafo del artículo 301 sobre la restricción de un cuarto de la rebaja correspondiente a la etapa en la cual se presenta el allanamiento (...), tendríamos para ese preciso instante no ha habido una captura legalmente reconocida por la cual proceda la restricción del artículo 301 en su parágrafo, es decir, una rebaja de un cuarto del beneficio y en ese sentido señora juez en este escenario preciso considera esta agencia del Ministerio Público que la rebaja no puede ser mayor al 40% del total que se define (...)

Respecto del monto a la rebaja a reconocer el representante de la víctima por su parte expuso lo siguiente, que se transcribe dado que según el recurso formulado por el procurador delegado no sólo sus argumentos fueron ignorados por la juez en su decisión, sino los del citado interviniente: (minuto 42:28 a 57:12)

Respecto de la pena en este aspecto debo manifestar de entrada que comparto con gran amplitud las consideraciones del señor procurador, y de hecho creo que el porcentaje que él está sugiriendo al despacho aplicar como el descuento máximo no el 50% sino el 40%, tiene gran asidero legal sino jurisprudencial además de las razones que él ya manifestó por la siguiente que yo haré una precisión, sea lo primero advertir que si bien el caso comenzó con una captura en flagrancia el 17 de febrero de 2019, esta captura al declararse ilegal que operó según la fiscalía debió operar según el escrito que presentó, que presenta como acusación con allanamiento se presentara una nueva orden escrita de captura y acudiera nuevamente ante el juez de control de garantías bajo es

prurito es evidente como queda en claro, como ya lo advirtió el señor procurador es que el menor descuento no es el de la situación de flagrancia del artículo 301 en su parágrafo es decir lo que sería el 12.5, sino el tópico a analizar es el descuento que obra en el artículo 351 al manifestarse esa voluntad de aceptar de forma voluntaria los cargos es decir, conforme consagra la norma es descuento a voces de la misma como lo explicó claramente el Ministerio Público, es como dice la norma "comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible en esas condiciones" con ese particular su señoría la pregunta es si el simple allanamiento, la simple manifestación en la audiencia de imputación otorga de facto ese 50%, pues la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia ha insistido que los parámetros por los que o criterios para imponer la pena, deben tener en cuenta varios factores y yo haré énfasis en uno en particular además de los varios, en desarrollo de la jurisprudencia en tema de la justicia premial cuando se trató el tema de los allanamientos y los preacuerdos, ha sido muy conocida por todos nosotros la decisión del caso radicación 39831 de la cual me permito citar una parte y cito ese aparte porque esa decisión ha venido siendo ratificada (...) no obstante por vía jurisprudencial ese aspecto de perjuicios también se permitió incluir en el transcurso del proceso pero un momento y otro tienen unos fines, finalmente buscan reparar a la víctima pero tienen unos fines también que en algunos casos no quedan en exclusivo beneficio de la víctima como en el incidente de reparación, sino con un interés de coadyuvar a la situación del procesado (...) pero si la solicitud de perjuicios es con fines para obtener la reducción máxima de la pena como aquí ocurre para obtener el descuento del artículo 351, la iniciativa debe venir del procesado (...) es decir, aquí llevamos dos años y debo destacar dos años desde el momento de la captura hasta la fecha nosotros desconocemos ni a este mandatario ni a Ecopetrol directamente se le ha hecho una solicitud para establecer por parte de los imputados y hoy acusados o por parte de la defensa, cuánto fueron los perjuicios causados en este caso (...) es evidente que la rebaja de la pena no puede ser la máxima del 50%, hay que tener en cuenta eso sí, debo decirlo como lo dijo el doctor Delver que uno de los procesados colaboró con la justicia (...), en esa medida Ecopetrol apoya la tesis de la Procuraduría en el sentido de otorgar máximo ese 40% por los cálculos de pena que obviamente usted realizará.

En la sentencia por su parte, respecto a la razón por la que concedió el 50% de la rebaja de la pena a imponer, la juez de instancia consignó lo siguiente: *Como quiera que los acusados se allanaron a los cargos en la audiencia de formulación de imputación y si bien en principio se resaltó que fueron aprehendidos en situación de flagrancia; la misma fue declarada ilegal, razón está –sic- por la que para efectos de la comunicación de cargos fueron capturados mediando orden judicial, así las cosas, se les reconocerá una rebaja del 50% de conformidad con el mandado del artículo 351 del CPP, atendiendo a que los procesados aceptaron cargos en las audiencias preliminares, significando ello un ahorro administrativos –sic- para la administración de justicia por lo que se fija la pena para cada uno de ellos (...)*

En efecto, como lo argumenta el censor el juez debe motivar sus decisiones, entre otras razones porque ello da legitimidad a su actividad, permite entender a los usuarios las razones que lo llevaron a tomar determinada postura en torno a un tema puntual, y de contera facilita la contradicción o el ejercicio de defensa respecto a tal, en otras palabras, ninguna parte o interviniente podría en estricto sentido apelar una providencia que fue motivada de manera aparente o inexistente.

Sobre la importancia de la motivación de las providencias y la afectación que la falta de ésta acarrea para el derecho al debido proceso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias oportunidades de la siguiente manera⁴:

Consistente es la jurisprudencia de la Sala al esgrimir que una de las garantías que integra el debido proceso es la adecuada motivación de las providencias judiciales, deber que permite conocer, entre otras, las razones que orientaron al juzgador a decidir, y las inferencias y los juicios lógicos sobre los cuales edificó la determinación; además, en el

⁴ Ver CSJ SP1765 de 2018, radicado 52159. CSJ SP1299 de 2020, radicado 53165. CSJ SP1799 de 2021, radicado 49360, entre otras.

marco del acceso a la administración de justicia y del recurso efectivo, habilita el control sobre su corrección, a través del adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Lógicamente, el debido proceso sancionatorio se inscribe en la denotada concepción, si en cuenta se tiene que, por dicha vía, se pone a prueba la legitimidad estatal en la imposición punitiva, con clara incidencia en el derecho fundamental a la libertad de las personas.

El respeto del debido proceso sancionatorio tiene en consideración aspectos formales y principalísticos. En cuanto a lo primero, comprende su desarrollo constitucional y legal, vale decir, la configuración de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos: norma superior y criterios rectores de los estatutos sustantivo y procedimental penal (artículos 29 de la Carta Política y 6 de las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004); pero, también, la adecuada motivación, con asiento en mandatos legales estatutarios y ordinarios (preceptos 55 de la Ley 270 de 1996 y 162 de la Ley 906 de 2004).

Por cuenta de lo segundo, la sanción –respuesta punitiva del Estado ante el delito– que integra la sentencia, debe fundamentarse y responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de donde emerge su legitimidad (Cfr. CSJ SP015–2018, 17 en. 2018, rad. 50023).

Sin embargo, en el presente caso, al margen de los desacuerdos que se puedan tener en torno al tema puntual del monto de la rebaja de la pena que fue concedida por la juez de instancia, considera la Sala que no se incurrió por parte la a quo en falta de motivación, que quebrantara el debido proceso de los intervinientes o que impidiera en concreto al Ministerio Público su ejercicio de contradicción.

Véase que si bien la juez no se refirió de manera puntual a los alegatos que hiciere el procurador delegado en punto de la dosificación y del porcentaje de la rebaja por allanamiento, se evidencia la razón por la cual estimó que sí era procedente concederles a los procesados el 50% de la rebaja prevista en caso de allanamiento, de un lado porque señaló que si bien fueron capturados en flagrancia, la misma fue declarada ilegal en su momento y su aprehensión fue materializada posteriormente, luego de contera implícitamente descartó que se estuviera ante las limitaciones contenidas en el artículo 301 parágrafo del CPP, y de otra porque entendió que tal aceptación de cargos en la primera oportunidad comportó un significativo aporte a la justicia. Luego, al margen de si se comparte o no tal argumentación, lo cierto es que la misma se torna en sí misma suficiente no sólo porque de ella se desprenden las razones de la rebaja otorgada, sino porque permitió el ejercicio del derecho de contradicción, puesto que Ministerio Público y representante de víctimas expresaron en sus argumentos, los motivos por los cuales consideran que además de la aceptación debían valorarse otros criterios que impedían disminuir la sanción en la proporción en que lo hizo la judicatura de instancia, los cuales de haber sido inexistente o aparente la motivación, en manera alguna podrían haber sustentado.

Luego, para la Sala no se presentó el defecto alegado por el Ministerio Público que amerite el remedio extremo de la nulidad, razón por la cual no se accederá a la pretensión de invalidación formulada. Además, valga decirlo, en providencias como la CSJ SP1765 de 2018, radicado 52159 y CSJ SP1298 de 2020, radicado 53797, en los cuales la Corte evidenció una motivación aparente y deficiente en punto de la dosificación de la pena, la solución adoptada para corregir dichos yerros no fue la nulidad de lo actuado, sino la modificación de la decisión a efectos de establecer la sanción correspondiente conforme la regulación vigente y las circunstancias concretas del caso.

Se pasará entonces a estudiar en concreto las censuras relacionadas con el monto de la rebaja de la pena, tema en el que confluyen los tres apelantes. Según el defensor, se le debe reconocer el 50% de la rebaja de la pena a sus prohijados, teniendo en cuenta su colaboración con la justicia y el hecho que se presentaron directamente a la justicia, pese a haber sido en su momento declarada ilegal su captura, razón por la cual la pena privativa de la libertad debería ser la de 48 meses de prisión.

La censura así formulada carece de asidero, ya que tal como se desprende con suficiente claridad de la sentencia recurrida, en efecto la juez de instancia les reconoció a los cuatro procesados el 50% de la rebaja de la pena en virtud del allanamiento a cargos, razón por la cual a la fijada en principio de 106 meses de prisión y multa de 2637,5 smlmv le disminuyó la mitad, tasándola finalmente en 53 meses de pena privativa de la libertad y 1318,75 smlmv. Distinto es, que dentro del proceso dosimétrico no haya partido del mínimo del primer cuatro, asunto que no critica el defensor, menos las razones esbozadas por la juez para ello, en concreto la ingente cantidad de crudo que pretendían hurtar y la utilización para ello de un carrotanque, argumentos suficientes para declarar impróspera la pretensión esbozada por el citado apelante.

Por su parte el Ministerio Público y el representante de la víctima reclaman que no podía reconocerle a los procesados el 50% de la rebaja por allanamiento, únicamente con base en la oportunidad en la cual aceptaron los cargos. Así, señaló el primero de los referidos apelantes, debía tenerse en cuenta la real contribución a la justicia y el hecho de la captura en flagrancia, que impedían legal y jurisprudencialmente reconocer el descuento máximo por la aceptación de cargos.

En similares términos argumentó el representante de la víctima que no era posible reconocerle a los procesados el 50% de la pena a imponer, dado que no mostraron ninguna intención de resarcir los daños causados

con la conducta cometida, ello con independencia que dada la circunstancia de su aprehensión no hayan obtenido el incremento patrimonial.

Entonces, ambas censuras parten por criticar a la juez de instancia que haya reconocido el 50% de la disminución punitiva a los acusados, únicamente con base en el allanamiento a cargos en la audiencia de imputación, obviando además otras circunstancias como la captura en flagrancia, el inexistente ánimo resarcitorio a favor de la víctima y el análisis de la contribución real a la justicia de aquél acto de aceptación.

Sobre el particular, sea lo primero precisar que conforme a los artículos 293 y 356 numeral 5º del CPP, la juez debía reconocer una rebaja de pena en virtud del allanamiento a cargos que oscilaba entre el 33.33% y el 50% de la sanción a imponer, dado que la aceptación se produjo en la primera oportunidad procesal.

Sobre los criterios que debe tener en cuenta el juez a efectos de evaluar el porcentaje de la rebaja a reconocer, es del caso traer a colación lo referido en la providencia CSJ SP384 de 2019, en los siguientes términos:

Así, para la graduación de la rebaja establecida en el inciso 1º del artículo 351 del código procesal penal del 2004, debe considerarse que éste no establece una rebaja fija de la sanción cuando el allanamiento se produce en la audiencia de imputación, correspondiendo al fallador determinar la proporción si tal aspecto no se acuerda con la Fiscalía. En ese propósito, ha dicho la Sala, deben valorarse las circunstancias postdelictuales que guarden relación con la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, tales como la significativa economía en la actividad estatal orientada a demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, la importancia de la ayuda en punto de la dificultad de acreditación probatoria, la colaboración en el

descubrimiento de otros partícipes o delitos, o diversos factores análogos (CSJ SP 21 feb. 2007, rad. 25726).

En este contexto, no se obvia que a partir de la providencia SP14496 de 2017, la rebaja por allanamiento en casos donde existe incremento patrimonial por parte del sujeto activo, el juez debe verificar el reintegro de por lo menos el 50% de lo apropiado y la garantía de la restitución del 50% restante, lo cierto es que tal precedente no aplica en el presente asunto por la razón que no se está ante un evento en que haya existido tal aumento patrimonial, tal como lo aceptan ambos recurrentes.

Así, las circunstancias posdelictuales que debió evaluar la juez de instancia, estarían orientadas a establecer la contribución de los procesados a lograr los fines de la justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, además de la aceptación de cargos en la primera oportunidad.

Como se desprende de las audiencias preliminares y de los elementos materiales probatorios de los que se sirvió la fiscalía para solicitar la captura de los procesados e iniciar la acción penal, así como posteriormente la judicatura para condenarlos en virtud de allanamiento, se tiene que en efecto el día de los hechos, esto es, el 17 de febrero de 2019 los cuatro procesados fueron aprehendidos mientras llenaban un vehículo tipo carrotanque con un hidrocarburo, para lo cual conectaron al poliducto dos válvulas para extraer la sustancia. Ello se realizaba en parte de la zona rural del municipio de Barrancabermeja a altas horas de la noche.

Como la captura de los sujetos fue declarada ilegal por parte del juez de garantías al que fueron presentados, según se extracta de los elementos arrimados, la fiscalía solicitó ordenes de captura que fueron materializadas y legalizadas respecto de Maldy Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes y Jhon Fredy Moreno Moreno entre el 12 y

14 de noviembre de 2019, habiéndose presentado voluntariamente ante la fiscalía Nilson Fabián Uribe Rojas, tal como se desprende del folio 218 de los documentos recolectados en la indagación, existiendo eso sí en su contra ya orden de captura.

Con relación a la real contribución que en el presente caso significó el allanamiento a cargos para la administración de justicia, es necesario advertir que tal como lo exponen los recurrentes no es posible acudir a la limitación contenida en el parágrafo del artículo 301 del CPP, dado que la ilegalidad de la captura realizada en la fecha de los hechos, impide entender que se dio los presupuestos de la flagrancia.

Además cabe recordar que la flagrancia únicamente implica una excepción a la regla de la captura de una persona previa orden judicial, en otras palabras, *la flagrancia es una situación que permite la aprehensión de un ciudadano que comete un hecho delictual y es descubierto en las condiciones definidas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, cuestión por supuesto distinta a la demostración que de dicha situación se debe hacer en el juicio y de su incidencia en la comprobación de la autoría y la responsabilidad* (CSJ SP del 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899)⁵.

En ese contexto, la fiscalía debía demostrar que los procesados habían cometido el ilícito a través de los medios de convicción recolectados que en efecto incurrieron en el delito, según se evidencia de los elementos de convicción se tenía para ello el informe ejecutivo FPJ-3 del 18 de febrero de 2019, que da cuenta de las circunstancias en las que fueron sorprendidos los procesados, los elementos incautados, entre ellos un carrotanque y dos válvulas adheridas al poliducto utilizadas para extraer el crudo, así como las actividades que estaban desarrollando cada uno de las personas presentes en la escena. Se relaciona dentro de ese informe la prueba realizada a la sustancia que permitía aducir que se trataba de una

⁵ CSJ SP4785 de 2018, radicado 46995 (radicado 46995).

de aquellas pertenecientes a Ecopetrol transportada en uno de sus poliductos.

En igual sentido, se tiene el informe de policía en casos de captura en flagrancia suscrito por el policía Albeiro Rojas Bautista, del 18 de febrero de 2019, que da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que tuvo lugar el ilícito, la ubicación de las personas, los medios utilizados, la hora y la modalidad del apoderamiento.

También contaba la fiscalía para sustentar su teoría del caso con el álbum fotográfico de la escena, en el que se observa el vehículo que estaba siendo llenado con el hidrocarburo hurtado, la captura, la prueba piloto realizada a la sustancia, las mangueras que fueron conectadas al automotor y las válvulas adheridas al oleoducto.

En ese contexto, tienen razón los recurrentes cuando aseguran que dado el material con el cual contaba la fiscalía, que vinculaba directamente a los procesados, que estos no se presentaron ante la justicia ni contribuyeron a ésta sino hasta que fueron aprehendidos 7 meses después en virtud de la orden de captura que se libró en su contra, a excepción de Nilson Fabián Rojas que se presentó de manera voluntaria una vez enterado al parecer de las demás aprehensiones por los hechos del 17 de febrero de 2019, que no han demostrado ningún interés en resarcir a la víctima por los daños ocasionados por la conducta, no era posible reconocerles el máximo de la rebaja del 50%, previsto para una contribución real no sólo en tiempo, sino en esfuerzos probatorios, en determinación de otros responsables, en contribución a la verdad y a los derechos de las víctimas.

Además, huelga resaltarlo, no es cierto, como lo aduce el defensor que los citados, a excepción de Nilson Fabián Rojas, que se hayan presentado de manera voluntaria ante la justicia después de ocurridos los hechos, dado que, se insiste, la aprehensión de materializó en virtud de las

órdenes de captura libradas en contra de los cuatro procesados, uno de los cuales se encontraba privado de la libertad por cuenta de otra investigación (Jhon Fredy Moreno Moreno).

En ese contexto, considera razonable y proporcional a las circunstancias propias del presente caso, concederle a los procesados Maldí Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Nilson Fabián Uribe y Jhon Fredy Moreno Moreno una rebaja de pena por allanamiento equivalente al 40% de la pena imponible; así, considerando que ésta fue tasada en principio por la juez de instancia en 106 meses de prisión y multa de 2637,5 smlmv, aplicado el porcentaje en cuestión a dichos guarismos, arroja sesenta y tres meses y dieciocho días de prisión (63.6) y multa de mil quinientos ochenta y dos punto cinco (1582.5) smlmv. Tal modificación a la sanción no implica una reforma en peor, dado que no se está ante la limitación del apelante único.

Tal modificación de la pena a imponer no afecta lo determinado respecto a la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, dado que como lo adveró la instancia el delito de apoderamiento de hidrocarburos se encuentra por disposición legal excluido de tales beneficios (artículo 68A del CP). Como consecuencia de haberse modificado el quantum de la pena privativa de la libertad, se deberá precisar igualmente que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas equivale a sesenta y tres meses y dieciocho días (63.6).

En virtud de lo anterior se modificará el numeral primero de la sentencia del 4 de febrero de 2021, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, a efectos de precisar que las penas a imponer a Maldí Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Nilson Fabián Uribe Rojas y Jhon Fredy Moreno Moreno corresponde a sesenta y tres meses y dieciocho días de prisión (63.6) y multa de mil quinientos ochenta y dos punto cinco (1582.5) smlmv. En

igual sentido se modificará el numeral tercero de la parte resolutive del fallo en cuestión, para precisar que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas corresponde al monto fijado para la pena privativa de la libertad -dado que tratándose del reato de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que lo contengan prevé tanto la privación de la libertad y la multa como principales-, esto es, sesenta y tres meses y dieciocho días (63.6). En los demás apartes deberá ser confirmada la decisión de instancia.

Finalmente, en punto de la solicitud que realiza el representante de la víctima, a efectos que se le requiera a la Fiscalía para que adelante el proceso de extinción de dominio respecto del vehículo de placas SYU-260 y dos motocicletas utilizadas en la comisión del ilícito, dada la falta de pronunciamiento de fondo sobre el particular en la instancia, debe indicar la Sala que la misma no es procedente por dos razones básicas: la primera es que tal interviniente no tiene interés en tal aspecto, dado que en últimas la extinción de dominio sobre los bienes no repercutiría en sus derechos ni en el resarcimiento de los perjuicios y tal como se desprende del artículo 90 del CPP, en los eventos de falta de pronunciamiento sobre el comiso, sólo la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa está legitimados para solicitar al juez la adición de la sentencia respecto a este ítem.

La segunda razón es de orden práctico y procesal, dado que según se advierte de la decisión del 9 de agosto de 2019, emitida por la Fiscalía 122 contra el Crimen Organizado de Barrancabermeja -folio 156 de la carpeta de elementos-, en el presente asunto no se incautó ningún bien con fines de comiso, dado que al momento de declararse ilegal la captura efectuada el 17 de febrero de 2019, el ente investigador desistió de las demás solicitudes. Así mismo, ni del registro de las audiencias preliminares del 12 y 14 de noviembre de 2019, no se desprende que se haya presentado bienes incautados con fines de comiso o que posteriormente se haya emitido alguna decisión respecto de ello, razón por la cual la judicatura no

puede pronunciarse sobre el particular, ni siquiera para emitir el exhorto que pretende el apelante.

En concreto, la Sala negará la nulidad solicitada por el representante del Ministerio Público, dada la ausencia de afectación de garantías fundamentales, modificará las penas principales y accesoria en virtud de la disminución del porcentaje de la rebaja reconocida por el allanamiento, confirmando en los demás apartes de la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Negar la nulidad invocada por el representante del Ministerio Público por no haberse afectado garantías fundamentales.

Segundo.- Modificar el numeral primero de la sentencia del 4 de febrero de 2021, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, para precisar que se impone a Maldy Maguiber Morales Franco, Jhon Anderson Cardeño Jaimes, Nilson Fabián Uribe Rojas y Jhon Fredy Moreno Moreno, la pena de sesenta y tres meses y dieciocho días de prisión (63.6) y multa de mil quinientos ochenta y dos punto cinco (1582.5) smlmv, en virtud de la comisión del delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que lo contengan.

Tercero.- En consecuencia de lo anterior, modificar el numeral tercero de la parte resolutive del fallo en cuestión, para precisar que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas corresponde al monto fijado para la pena privativa de la libertad -dado que tratándose del reato de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que

lo contengan prevé la privación de la libertad la multa como principales-, esto es, sesenta y tres meses y dieciocho días (63.6).

Cuarto.- Confirmar en los demás apartes la sentencia del 4 de febrero de 2021, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, tal como se señaló en la parte motiva de la presente providencia.

Quinto.- Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso de casación.

Sexto.- Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto 8 de julio de 2022