

ALLANAMIENTO A CARGOS – No obstante, conlleva implícita una confesión no deja de reclamar la totalidad de las garantías procesales a efectos de emitirse una sentencia de responsabilidad penal.

DEBERES DE LA FISCALÍA – Aportación de los elementos materiales probatorios mínimos que permiten su adecuación al tipo penal y que determinan la responsabilidad penal.

DEBERES DE LA JUDICATURA: Valoración en conjunto de los medios de prueba, para llegar al convencimiento más allá de toda duda para condenar.

ALLANAMIENTO A CARGOS – MÍNIMO PROBATORIO: No es suficiente la manifestación única del imputado para sustentar una condena.

ACUSACIÓN - CONTROL JUDICIAL – No existe un control material sobre la acusación en procesos de terminación anticipada, pero sí la necesidad de la verificación de la existencia de un mínimo de prueba que permita los fines del artículo 327 en su inciso 3º de la Ley 906 de 2004.

NULIDADES PROCESALES – PRINCIPIOS: Configuración.

NULIDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA CON ALLANAMIENTO A CARGOS – Procedencia.

Hay lugar a declarar la invalidación del fallo, al avizorarse en la actuación la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, siendo que el ente instructor no aportó los suficientes sustentos probatorios para emitir la sentencia condenatoria, ni el funcionario judicial efectuó una adecuada motivación y análisis de los elementos que enuncia como soportes de la condena; todo lo cual conlleva a que no se ha derruido el principio constitucional y legal de la presunción de inocencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N° : 110016001276201500200
No. Interno : 23768
Delitos : Concierto para delinquir simple
Destinación ilegal de combustibles
Condenado : FJEL
Decisión : Declara nulidad
Aprobado : Acta No. 15 de 10 de febrero de 2022

San Juan de Pasto, quince de febrero de dos mil veintidós
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde en esta nueva oportunidad que la Sala proceda al análisis respecto del recurso de apelación que ha presentado la defensa del acusado FJEL, contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Pasto, al encontrarlo responsable penalmente de los delitos de destinación ilegal de combustible en concurso con concierto para delinquir simple, previo allanamiento a los cargos, a la pena principal de 39 meses de prisión y multa de 500 smlmv, a una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, concediendo el subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena; al solicitar la nulidad de tal providencia.

1. Hechos

Se indica que para el mes de noviembre del año 2015 llega a la fiscalía la información relacionada con el combustible que se solicitaba a la planta mayorista a través del SICOM para las estaciones de servicio de los municipios de Roberto Payán, Magüí Payán y Barbacoas, no llegaba a su destino, sino que era desviado a otras zonas del municipio de Barbacoas en EDS o lugares diferentes.

Así, que fruto de actividades investigativas -agente encubierto- se logró establecer que los propietarios o administradores de las estaciones de gasolina que operan en esas localidades pagaban a agentes de policía para que les permitieran descargar el producto en lugares diferentes a los autorizados.

Se indica en la investigación que FJEL hace parte de esta organización criminal.

2. Actuación Procesal relevante.

2.1. Con los elementos materiales probatorios recaudados producto de la investigación efectuada el 12 de diciembre de 2016, ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Pasto se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación. En aquella audiencia se le atribuyó responsabilidad a FJEL por los delitos de concierto para delinquir en concurso con destinación ilegal de combustibles, cargos a los cuales el ciudadano en mención se allanó.

2.2 Producto de la aceptación unilateral de cargos, la FGN presenta escrito de acusación con allanamiento a cargos el 29 de diciembre de 2016, importante señalar que se presenta con el código único de investigación 110016001276201500200 y que junto a FJE también aceptaron cargos LDCM, EASM, CÁJz, YHQL y OVC; finalmente no todos logran la definición de su situación penal y es por ello que se realiza la ruptura de la unidad creando el código 110016000000201701268 para el acusado EL, número con el que en ocasión anterior se tomó decisiones sobre la sentencia recurrida y que se indica corresponde al código matriz antes anotado.

Por reparto le corresponde al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, se fijó como fecha de audiencia de individualización de pena el 16 de agosto de 2017 y el 20 de septiembre del mismo año, la audiencia de lectura de sentencia, aquella providencia fue objeto de apelación y respecto de ella esta Corporación tribunalicia en providencia del 3 de septiembre de 2019 decretó la nulidad. Luego de algunas diligencias con miras a sanear la irregularidad indicada, procede el Juzgado a emitir la sentencia de carácter condenatorio de fecha 24 de mayo de 2021.

3. De la sentencia objeto del recurso.

3.1. En la providencia materia de inconformidad, el *a quo*, previo a sentar los presupuestos generales de una providencia, sentó el objeto de la decisión, recordando que la misma se emitía por cuenta de la declaratoria de nulidad que con antelación había decretado su superior por una presunta transgresión a los derechos fundamentales del procesado ante la falta de valoración del juzgador de los elementos materiales probatorios por ausencia de traslado de los mismos.

Indica que, efectuadas las labores investigativas pertinentes, se requirió a la funcionaria que para la data de la emisión de esa sentencia ostentaba la titularidad del juzgado, quien señaló que no era de su competencia custodiar los elementos materiales probatorios por lo que se habían dejado en el Centro de Servicios, afirmación con la cual dedujo que sí le constaba la existencia de aquellos.

Así mismo, trajo a colación lo informado por parte del delegado del ente acusador, quien explicó que los elementos materiales

probatorios se tomaron de la matriz de donde se habían realizado varias rupturas procesales y que ante su existencia se profirieron varias sentencias, aportando acta de audiencias preliminares en las que intervino la defensa del procesado a efectos de indicar que dicho material era voluminoso y copia del escrito de acusación en el que se hace una descripción de esos elementos.

En la misma línea, señaló que se dispuso la práctica de una inspección al Centro de Servicios rindiéndose un informe en el que se indicó que existen 12 carpetas para el asunto matriz No. 110016001272201500200 en el que se hace ruptura y se dejan 9 cuadernos, y que, para el caso del señor EL, se inició con el acta de individualización de pena y lectura de sentencia y continúa con otras actuaciones entre las que está la decisión de nulidad adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior.

En ese contexto, señaló que para dar curso a la decisión adoptada por el superior, se había logrado establecer que la señora juez que emitió la providencia no desconoció haber tenido acceso a los elementos materiales probatorios y que incluso explicó que no tenía competencia para custodiarlos, por lo que no le asiste razón a la defensa cuando se indica que no los observó, que no los conoció o que no hubiera tenido acceso a los mismos, pues fueron relacionados en la sentencia; agrega que si el deseo de la segunda instancia hubiese sido disponer la absolución del procesado, así lo habría plasmado, disponiendo que se verifique si existía el mínimo probatorio.

Destacó que los EMP y EF deben aportarse y que la defensa para la época de la emisión de la primera sentencia no refutó ese aspecto, por lo que al estar en un sistema de partes, se ha sobrepasado esa

etapa, y que, se asume que el juez de conocimiento si apreció dichos insumos, más cuando nadie probó que ello no ocurrió y que el informe del fiscal señala que los mismos se aportaron desde la matriz, y que al ser condenadas varias personas, se estableció que los hechos ocurrieron, que existió un proceso penal y que nada se advirtió sobre la cadena de custodia.

Agregó al estar frente a un allanamiento a cargos, a la existencia de EMP se suma la aceptación de la responsabilidad, misma que se controla por el abogado defensor, audiencia en la que se hace traslado a las partes y la defensa suele aprovechar con miras a obtener beneficios, por lo que se está frente a una especie de confesión, señalando más adelante que los términos son preclusivos, por lo que no puede alegar que el fiscal no contaba con los insumos para sustentar la acusación por cuenta del allanamiento a cargos.

Con lo anterior, concluyó que la segunda instancia no acogió los planteamientos de la defensa, y que, aunque se sembró una duda sobre la entrega de los EMP por parte del ente acusador, se pudo establecer que ellos obran en las carpetas y que la juzgadora no los desconoció, sino que indicó que no era de su competencia su custodia sino del Centro de Servicios.

3.2. Claro el anterior contexto, procedió a memorar los hechos que fundamentaron la investigación, la identificación e individualización del procesado y el trámite procesal, para así sentar las consideraciones del caso.

En este punto, hizo alusión a los requisitos para condenar e indicó que esa judicatura, en presencia de su antecesora, controló y desarrolló la audiencia de individualización de pena, constató que la

aceptación de cargos del imputado se ajustara a los lineamientos legales y estableció que su voluntad fuera clara, por lo que en dicho trámite se garantizó sus garantías fundamentales.

En cuanto a la existencia de prueba mínima de la responsabilidad y tipicidad de la conducta, indicó que de manera preliminar se había efectuado una introducción que sería base para esa sentencia al tiempo que explicó que para demostrar la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado la Fiscalía aportó abundantes EMP que reposan en los expedientes en los que se encuentran las sentencias de LDCM, EASM, CÁJz, YHQL y OVC, sumados a los informes presentados por la funcionaria que fungió como juzgadora en una primera oportunidad, el señor Fiscal, y el secretario del Centro de Servicios de esos Juzgados, pasando a efectuar una relación de los mismos

Claro lo anterior procedió a efectuar la calificación jurídica de los hechos, centrándolos en concierto para delinquir y destinación ilegal de combustibles, y seguido a ello, memoró lo surtido en la audiencia de individualización de pena, oportunidad en la que la defensa solicitó la rebaja del 50% por la aceptación a cargos.

Con ello en mente procedió a determinar la pena a imponer, donde luego de establecer los cuartos respectivos, indicó que para el caso, atendiendo a la gravedad de la conducta y a la colaboración, se tomaría la mínima del cuarto mínimo, esto es, de 72 meses de prisión, adicionado en 6 meses por el concurso de conductas, quedando un total de 78 meses de prisión y multa de 1.000 smmlv para el 2015, monto que se reduciría en un 50% por el allanamiento a cargos, estableciendo que la pena a imponer sería de 39 meses de prisión y multa de 500 smmlv para el 2015 por las conductas arriba descritas.

Finalmente se refirió a los subrogados y sustitutos, resolviendo conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena por encontrar satisfechos los requisitos para su acceso.

4. Argumentos de la Defensa como Recurrente

La defensa de FJEL, inconforme con la decisión de primera instancia, presenta recurso de apelación, como sigue:

Señaló que la jurisprudencia del órgano de cierre en materia penal ha dejado claro que cuando se está frente a terminaciones anticipadas por preacuerdo o allanamiento, a los jueces les está vedado absolver frente a ausencia de requisitos para condenar, sino decretar la nulidad, por lo que es en dicho sentido en el que centra su recurso.

Explica que en una anterior oportunidad el Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, regresó el asunto al juzgado correspondiente, autoridad que adelantó diversas actuaciones en aras de cumplir lo resuelto por el superior, entre lo cual la defensa recordó que no se había dado la oportunidad de presentar nuevos EMP y EF por parte de la fiscalía si es que no los hubiese presentado en el trámite con antelación, motivo por el cual se requirió una inspección judicial al Centro de Servicios, a la cual solicitó ser citado, sin que se haya escuchado su solicitud. Agrega que se solicitaron informes a la juez que emitió la sentencia anulada y al fiscal del caso, quienes afirmaron que tales elementos sí se aportaron y fueron valorados, aunque la primera no de manera contundente, empero, que, al no contar con elementos razonables para desvirtuar esa afirmación, se aceptaría lo dispuesto en buena fe.

Claro ello indicó que al decretarse la nulidad, el superior, conforme lo entendió esa defensa, determinó que al existir los EMP arrimados al proceso, como se afirma por la primera instancia, debían ser valorados por el juzgador al que le correspondería emitir la sentencia, pues no en vano se hizo referencia a la necesidad de motivar la sentencia y de que los elementos aportados en el trámite anticipado sean evaluados para verificar si se ha vulnerado la presunción de inocencia, haciendo hincapié en que el Tribunal se sustentó en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se afirma que con el allanamiento y preacuerdos se renuncia a la práctica de pruebas, pero a ningún otro derecho.

Explicó entonces que en la primera providencia emitida el 20 de septiembre de 2017, la juzgadora de la época se limitó a edificar la providencia en la aceptación de cargos por parte del procesado, efectuando una relación a manera de lista de los EMP, por lo que la segunda instancia dispuso su nulidad a efectos de indagar sobre lo ocurrido para la ausencia de motivación, y que, con la nueva providencia, pese a que se recabó un poco más en la actuación procesal, relacionando las gestiones adelantadas por la determinación adoptada por el superior, incurrió en el mismo error inicialmente detectado, pues se hizo un listado de EMP sin hacer ninguna evaluación para acreditar como se debía la existencia de delito y la responsabilidad.

De manera específica, encuentra que en el acápite de requisitos para condenar, señaló que para efectos de demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado la fiscalía aportó varios EMP haciendo una relación de los mismos, pero sin hacer un análisis sobre aquellos, sin que pueda ser posible determinar en la sentencia la

manera en la que ese insumo demuestra la tipicidad objetiva y subjetiva, la antijuricidad formal y material, la culpabilidad y la causalidad, no se demostró cómo su prohijado participó en grado de coautoría frente a los delitos endilgados, que tienen unos requisitos normativos.

Con lo anterior insiste en que se está frente a una sentencia carente de motivación, pues pese a que su defendido aceptó los cargos, merece saber las razones por las cuales se lo condena, por lo que no es suficiente con la enumeración de elementos para dar por hecho que existió conducta punible y responsabilidad,

Finalmente señala que la apelación de la sentencia es la instancia idónea para discutir la irregularidad sustancial presentada, que afecta el debido proceso, por lo que solicitó que se decrete la nulidad de la providencia para que se proceda nuevamente a su emisión.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse respecto del recurso de apelación presentado por el defensor del sentenciado en contra de la decisión condenatoria de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Deberá examinarse si en la presente actuación se han presentado irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso como lo señala el apoderado de la defensa para deprecar la nulidad del fallo o conforme lo motiva el A quo existen los sustentos probatorios suficiente para emitir la sentencia condenatoria, sin que contenga yerro alguno que determine la invalidez de tal proveído.

3. Verificación de la conducta penal como elemento de la condena.

Como lo ha sostenido esta Corporación Tribunalicia el fin del procedimiento penal, es determinar la verdad de la situación sucedida y que para el ente acusador reviste características de delito, mucho se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia que una es la verdad ontológica y otra la verdad procesal, para nuestro caso corresponde al ente con potestad constitucional de investigar aportar las pruebas en el proceso con trámite ordinario para que el funcionario tome la decisión que corresponde, mas también es su obligación cuando la terminación del proceso se da por las figuras del allanamiento a cargos o por negociación, de entregar los elementos materiales probatorios mínimos que permiten su adecuación al tipo penal y que determinan la responsabilidad penal de quien admite su culpabilidad, en la forma como lo exige el artículo 327 inciso 3º de la ley 906 de 2004 cuando señala: La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Claro lo anterior por cuanto el proceso penal como forma de reconstrucción de la situación que se investiga obliga a la presentación de pruebas tal como lo indica el artículo 372 del mismo

procedimiento penal, cuando indica que los fines de las pruebas es llevar el conocimiento al Juez, un conocimiento que debe ser “más allá de duda razonable” sobre el comportamiento penal y la responsabilidad del encausado.

Ello nos lleva a reflexionar que la preocupación del legislador cuando plasmó en la normatividad tales exigencias tanto para el trámite ordinario como para la forma de terminación anticipada es evitar la arbitrariedad, evitar que caprichosamente se emitan sentencias condenatorias sin un sustento de prueba, dado que estamos en un Estado social de derecho.

De la situación anterior, también se ha ocupado nuestro máximo órgano de cierre, y ha señalado que las sentencias condenatorias bajo la forma de terminación abreviada o anticipada deben estar sustentadas en un mínimo de elementos materiales de los cuales sea posible definir que hay un comportamiento que puede enmarcarse en un tipo penal, que se trata de un accionar contrario a la ley y que quien está aceptando su responsabilidad puede ser autor o partícipe, así lo indica en radicado 45495 del 28 de junio de 2017:

*“En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento **está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 ídem).** Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que “el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad.”* (Negrilla fuera del texto)

Esta posición se reafirma en la SU 479 del 15 de octubre de 2019 por la Corte Constitucional al tratar el tema del control en los preacuerdos, cuando expone que, sí debe darse un control que no material, pero sí de verificación por cuanto el Juez no está obligado a aceptar el preacuerdo en la forma como lo presente la fiscalía, debe velar por que aquel se encuentre ajustado a principios de legalidad, estricta tipicidad y debido proceso, en la providencia mencionada se indica:

*“Por esta razón, al verificar el cumplimiento y respeto de los límites sustantivos que existen en la ley, la jurisprudencia y la Constitución Política para la celebración de preacuerdos, el juez penal de conocimiento realiza un control de legalidad que no es meramente formal. El control del juez se extiende a la verificación de que no se transgredan principios constitucionales y derechos fundamentales, dado que la misma Ley 906 de 2004 dejó en claro que los preacuerdos debían respetar **las garantías fundamentales, entendidas como el principio de legalidad y demás principios constitucionales; los derechos fundamentales de las partes intervinientes; y los fines del artículo 348 del estatuto procesal penal.** Este deber del juez de verificar el cumplimiento de los requisitos legales por parte del fiscal encuentra respaldo, incluso, en la primera postura que, pese a rechazar cualquier posibilidad de control material, sostiene que “al juez si (sic) le corresponde, en desarrollo de los actos propios de dirección de la audiencia, constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplen los requisitos establecidos en la ley”^[264].*

69. Todo lo anterior le permite a esta Sala concluir que, si bien no hay doctrina pacífica en la CSJ sobre el alcance de estas facultades, sí puede sostenerse que (i) la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada, y que (ii) los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido

respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, es preciso aclarar que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.” (Resaltado del texto)

Al hilo de lo antes expuesto, ya se abre paso no un control material sobre la acusación en procesos de terminación anticipada, pero sí la necesidad de la verificación de la existencia de un mínimo de prueba que permita los fines del artículo 327 en su inciso 3º de la Ley 906 de 2004 y en esta línea en la SP2411 del 15 de julio de 2020 con radicado 54371 la CSJ dijo que se requiere la demostración de los elementos de la conducta punible para llegar a una sentencia condenatoria:

“En ese sentido, el juicio sustantivo de responsabilidad penal requiere la afirmación concurrente de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta del procesado (art. 9 inc. 1o ídem). De ahí que, si de la conducta atribuida al acusado no es dable predicar su adecuación en alguna de las categorías sustanciales que componen la responsabilidad penal, no es dable sancionarlo. Una condena impuesta en tales circunstancias vulnera el debido proceso.”

Mas adelante expuso:

“En eventualidades como la aquí verificada -en que los hechos atribuidos al procesado no se adecuan a ningún tipo penal y, pese a ello, se dicta sentencia condenatoria en virtud de allanamiento a cargos-, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, en tanto garantía fundamental.

El mecanismo correctivo de un allanamiento a cargos en esa irregular condición, que constituye la base para dictar sentencia condenatoria, es por regla general la nulidad.”

Y con mayor claridad lo había expuesto en sentencia SP2073 de 24 de junio de 2020 con radicado 52227 cuando expone la diferencia entre control material a la imputación y acusación, de los actos de verificación para condena en todas las formas de procedimiento:

“En ese recuento jurisprudencial se echa de menos un precedente importante de esta Corporación, orientado a diferenciar el control material a la acusación (del que se ha ocupado ampliamente) y las verificaciones que deben hacer los jueces para decidir la procedencia de una condena –así sea anticipada-, bajo el entendido de que esto último constituye un aspecto medular de la función jurisdiccional. En efecto, en la decisión CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311, se precisó lo siguiente:

Algunas notas diferenciadoras del “control a la acusación” en los casos de terminación anticipada de la actuación penal

Aunque el artículo 350 de la Ley establece que los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa deben ser presentados “ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”, es evidente que la intervención del juez en esta forma de terminación anticipada de la actuación penal es sustancialmente diferente a la que procede frente a la acusación –y la imputación- en el trámite ordinario.

En estos eventos la acusación no cumple la función de delimitar los contornos de un debate que deba surtirse a la luz del principio de igualdad de armas, como en el trámite ordinario, precisamente porque el efecto principal de los acuerdos y el allanamiento a cargos es la supresión de los escenarios procesales dispuestos para esos fines.

Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los

*presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.*

Esta precisión es importante, porque la asimilación del control material a la acusación y la verificación de los presupuestos para una sentencia, bien sea los que correspondan al trámite ordinario o al anticipado, ha generado confusión sobre la manera como interactúan los fiscales y los jueces en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.”

Para cerrar el tema, esta pedagógica providencia más adelante indica:

“En la misma línea, en los trámites orientados a la obtención de condenas anticipadas, bien por allanamiento a cargos o en virtud de los acuerdos logrados por la Fiscalía y la defensa, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena, pues ello afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional.

Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327.”

A manera de colofón, debe la Sala manifestar que existe la necesidad de la presencia de un sustento probatorio que en procedimientos que terminan de forma anticipada puedan llevar al convencimiento que existe un comportamiento que puede adecuarse a un tipo penal y que compromete la responsabilidad del acusado, ergo no es suficiente la manifestación única del imputado para sustentar una condena, que como se ha dicho el procedimiento sea ordinario o abreviado lo que procura es reconstruir una situación ocurrida y de ella es que se debe tener un mínimo de prueba, la que debe el Juez verificar.

Expuesto lo relacionado por la jurisprudencia con el tema que convoca a la Sala, para el cual resulta necesario que en cada acto procesal el ente fiscal cumpla con su obligación de suministrar la exigencia probatoria para la procedencia de la decisión que persigue.

4. Análisis del caso.

En providencia anterior esta Sala ya se había pronunciado sobre la necesidad que aún en los procesos que terminan por la vía anticipada contengan el soporte probatorio requerido tanto para aquel evento como para llegar a una sentencia condenatoria.

Como bien se sabe se trata de un proceso penal que ha llegado a su culminación por el acogimiento a una de las formas de terminación temprana que consagra el sistema de enjuiciamiento penal oral como lo es el allanamiento a cargos, situación sucedida el 12 de diciembre de 2016 cuando ante el Juez Primero Penal Municipal Ambulante con funciones de Control de Garantías de la ciudad de Pasto, FJEL aceptó los cargos que en audiencia de formulación de imputación le atribuyeron respecto de los punibles de concierto para delinquir simple en concurso con destinación ilegal de combustible.

Cuando se acude a la figura del allanamiento a cargos, claramente el imputado hace una ponderación en cuanto a su situación respecto de los elementos materiales probatorios que el ente investigador enuncia, recordemos que no hay traslado de los mencionados simientes de prueba, por tanto, es una estimación que se realiza y considerada suficiente se acepta.

Las implicaciones que tal acto tiene por parte de la fiscalía es que cesa su actividad de investigación, para la defensa y el imputado la imposibilidad de controvertir el material de prueba que ha expuesto aquel ente. Claro, bajo esta figura se extingue la posible controversia demostrativa típica del sistema penal acusatorio adversarial en atención a que el acto procesal siguiente es la audiencia de individualización de pena y se prosigue con la sentencia que debería ser condenatoria.

Esta forma de terminación del proceso penal conlleva implícita una confesión no deja de reclamar la totalidad de las garantías procesales a efectos de emitirse una sentencia de responsabilidad penal, es por lo que, ante el Juez de control de garantías se presenta la protección a las garantías de su adecuada limitación de la libertad, de correcta

vinculación al proceso donde debe conocer los cargos por los cuales lo están investigando y la urgencia o no de imponer una medida de aseguramiento; y ante el Juez de Conocimiento, que para las formas de terminación anticipada se convierte en protector de las garantías mínimas en atención que ya no hay un juicio oral público con controversia probatoria, pero ello no lo exime de requerir los elementos indispensables para el sustento de las providencias que debe proferir, como de la claridad en las formas de autoría o participación en que pudo actuar el procesado.

Como se indicó en la jurisprudencia vertida, no debe entenderse la labor del Juez de conocimiento en estos eventos de terminación por vía abreviada como de simple emisor de sentencias condenatorias, debe velar por el cumplimiento de un mínimo probatorio con el cual se colme las exigencias del artículo 381 del código adjetivo penal. Su función no es meramente formal y basado en que se ha dado cumplimiento a unas etapas procesales debe provenir un fallo de condena, no, su labor como Juez dentro de un Estado Social de Derecho es verificar que sus decisiones tengan la garantía de un sustento de prueba en el que se edifique la providencia que dicta por contener la demostración de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado.

Ello es así y claro devine de lo estatuido en la Ley 906 de 2004 cuando en el artículo 293 indica que si por iniciativa propia el imputado acepta los cargos aquello es suficiente como acusación y corresponde que la fiscalía adjunte el escrito que contiene la imputación dirigido al juez de conocimiento, lógicamente se entiende que adjunto a dicho escrito debe allegarse los elementos materiales probatorios con los que le permitió al ente investigador formular la imputación, por tratarse de otro escenario, si está latente el deber de

entregar aquella como se dijo simiente información, en unos casos, en otros ya una investigación completa, que le va a permitir al servidor judicial verificar si la adecuación típica se ha realizado en debida forma, si se colman los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad que comprometan la responsabilidad penal del acusado.

Importante mencionar que para el presente caso debe la Sala advertir que tales piezas probatorias sí se observan que fueron presentadas ante la audiencia preliminar, en las que el ente investigador fundó sus solicitudes ante el Juez de Control de Garantías.

Así es la forma como lo ha señalado la Sala Penal de la CSJ en su decisión con radicado 45495 del 28 de junio de 2017 que se comentó en el anterior pronunciamiento emitido en este caso, para señalar la importancia de entregar aquellos elementos materiales y que debe el Juez de conocimiento hacer su valoración conforme a la libre convicción racional.

Memorando la decisión anterior, en ella se toma la decisión de declarar la nulidad de la actuación luego del estudio del expediente en el cual no se avizoraba la existencia de elementos materiales probatorios, y se comentó que la decisión adoptada únicamente estaba soportada en la manifestación de aceptación de cargos, lo cual riñe con la normatividad procesal y criterios jurisprudenciales que rigen el tema y se hizo la sugerencia para que con la actividad del despacho judicial se arrimara los elementos materiales probatorios que el ente fiscal tuvo para formular imputación y que relaciona en el escrito de acusación con allanamiento a cargos.

Desafortunadamente la labor realizada por la primera instancia no fue la acertada, no hubo un compromiso serio de encontrar la verdad, por cuanto las pruebas lo que van a definir es la verdad de lo sucedido y se vuelve a emitir con fecha 24 de mayo de 2021 una sentencia condenatoria en donde se relaciona una serie de explicaciones sobre la tarea que debía realizar y que finalmente decide tomar la decisión con los elementos materiales probatorios existentes y vuelve la sentencia solo a enunciar las 33 unidades probatorias que el escrito de acusación relaciona, sin mencionar el contenido de ellos, sin indicar si con tales elementos le permite adecuar el comportamiento a un concierto para delinquir simple, si en efecto existen elementos de convicción que permitan en estricta tipicidad determinar el desvío ilegal de combustible, comportamientos delictivos de los que no hay un mínimo de análisis, de los que no se hace el menor esfuerzo intelectual por realizar una valoración probatoria para decantar lo que demuestran.

Se allegó para el estudio del proceso penal en segunda instancia los archivos digitales correspondientes en los que se encuentran los *audios* tanto de audiencias preliminares como ante el Juez Segundo Especializado, también una carpeta que se denomina *documentos* que contiene las actuaciones procesales ante el mencionado despacho con 69 archivos digitales; que fueron analizados y como no se observaba la presencia de elementos materiales probatorios se solicitó al Juzgado el envío de los sustentos probatorios en los que se fundó el fallo condenatorio y se allega un archivo denominado "Elementos Materiales Probatorios" constitutivos de 44 archivos digitales.

Revisados estos archivos, se observa que contiene el trabajo de los dos policiales que actuaron como agentes encubiertos Hernando de

Jesús Gonzáles Sierra y Edwin Giovanni Burbano Cárdenas, quienes entregan su información al policía judicial Luis Hernando Herrera Bonilla. Revisada minuciosamente la información contenida en más de un centenar de documentos no se logra encontrar un sustento probatorio que permita adecuar un accionar a los comportamientos de concierto para delinquir simple y destinación ilegal de combustibles.

Se encontró en el archivo 41 un organigrama en el cual aparece el aquí acusado, unido por una línea con FS quien está encima del antes mencionado, y la palabra Rupac, sin otra línea hacia los demás que se mencionan en aquel esquema. De la misma manera en el archivo 38 en el folio 77 se indica por los policiales un evento sucedido el 10 de marzo de 2016 relacionado con la estación de servicio Nueva Ola en el que FS, alias S es quien cancela la suma de cien mil pesos para ser descargado dicho combustible en otro lugar.

Si bien ha dicho la jurisprudencia que no es posible suplir lo relacionado con la determinación de los hechos jurídicamente relevantes con lo indicado en las audiencias preliminares, con miras a encontrar el sustento requerido para el fallo objeto del recurso de apelación, se acude a la audiencia de formulación de imputación efectuada el 12 de diciembre de 2016, y en el audio 3 al minuto 13:20 se hace la formulación de los cargos en contra de FJEL por los cargos de concierto para delinquir simple y destinación ilegal de combustibles por hechos que tienen que ver con la fecha del 19 de febrero de 2016 respecto de peticiones de combustible de las estaciones de servicio San Antonio del municipio de Roberto Payán una, y de la estación de servicio Nueva Ola del municipio de Magüi Payán en número de cuatro y que fueron desviadas a otros lugares.

La anterior información que se itera corresponde a la audiencia preliminar, fue confrontada con el informe rendido por los policías judiciales que actuaron como agentes encubiertos, quienes hacen una descripción de muchos eventos con sus fechas y los que han participado encontrando que en el archivo 38 en el folio 51 se detallan dos eventos de la fecha 19 de febrero de 2016, que vinculan a otras personas y de otras estaciones de servicio.

Considera la Sala, que sí existen unos elementos de prueba que llevaron a la entidad investigadora a solicitar la captura, luego formuló la imputación sin solicitar medida de aseguramiento, que resultan visibles en la aludida audiencia, pero que a este proceso penal no se han allegado y son los que aquí lamentamos su ausencia.

De la relación de elementos descrita en la sentencia (que resulta ser idéntica a la que describe el escrito de acusación), no se hace análisis alguno en dicha providencia excepto que se realizan algunas conjeturas relacionadas que como otros integrantes de la organización ya están condenados con dicho expediente matriz debe ser el sustento y que al darse un allanamiento es una confesión y es el sustento de su decisión de condena.

Debe la Sala advertir que, no hay un archivo que contenga específicamente aquella relación de elementos que se describe en el escrito de acusación, pero de la lectura de ellos se refiere a solicitudes al Ministerio de Minas y Energía para obtener información de qué personas hacen los pedidos de combustible, datos de conductores y hace referencia a estaciones de servicio de Patía, la Pompeta, los Rosales, Surtitelembí, Villaflor, Rancho Grande, que de acuerdo a lo informado en preliminares no están las de San Antonio como tampoco Nueva Ola.

Respecto del archivo con posterioridad enviado que se titula “Elementos Materiales Probatorios”, además de las declaraciones juradas de los policiales que participaron de forma encubierta y que en su relato relacionan a más de 40 personas que se encuentran inmersas en aquella labor ilícita, muchos de estos elementos forman parte del sustento para el preacuerdo suscrito con YHQL.

De lo expuesto anteriormente otea la Sala que, los elementos materiales probatorios que determinen los hechos jurídicamente relevantes para el acusado no se han allegado por el ente instructor, que hay un evento con identidad de estación de servicio, pero difiere la fecha lo cual genera duda que sería como la mayor aproximación a la configuración de los punibles por los cuales se acusa a EL, y otro con igualdad de fecha pero en el informe de los policiales no se menciona al aquí imputado.

Para la Sala es claro y así lo expuso en la anterior oportunidad, cuando se indicó que ante la falta de elementos con los que pueda cumplirse los requisitos del artículo 381 del procedimiento penal, debe imponerse la nulidad de la actuación, y así lo ha decantado la jurisprudencia¹, es por lo que, pese a haber transcurrido dos años del anterior pronunciamiento que nulitó la decisión adoptada por la Juez del momento, sin contar con la prueba para arribar a una decisión definitiva para EL la cual difiere a la de las otras personas que fueron investigadas y que ya han definido su situación jurídica, deberá la Sala tomar una decisión similar, por cuanto como lo reclama la defensa en su escrito de apelación, debe haber un análisis prolijo de los elementos de prueba con el fin de encontrar la ocurrencia del hecho para así adecuarlo al tipo penal enrostrado por el ente

¹ SP2566 del 16 de junio de 2021 en radicado 52755

instructor y de igual manera determinar la participación del imputado, lo que corresponde al mínimo de elementos exigido por el artículo 327 del procedimiento penal y que para los eventos de terminación anticipada del proceso penal también debe cumplir el estándar del artículo 381 de la misma normatividad.

No resulta posible emitir una sentencia con los elementos que corresponden a otra investigación, toda vez que como se ha observado en este caso, aquellos no alcanzan a entregar la información que logra el baremo para imponer una sentencia de carácter condenatorio, para lo que se debe recordar que para derruir el principio constitucional y legal de la presunción de inocencia debe ser producto del análisis probatorio a la luz de la sana crítica, así se transite por el camino de la terminación anticipada del proceso.

En consecuencia, en esta actuación se presentan dos eventos que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, uno, es la falta de los simientes para edificar la sentencia de condena, si bien a la investigación se han allegado distintos elementos de prueba ellos no resultan suficientes para tal fin, y dos, carece la sentencia confutada de la motivación y análisis de los elementos que enuncia como soportes de la condena, por lo que la defensa ve truncada la posibilidad de controvertirlos.

En este orden de ideas, se vuelve a tomar la misma decisión anterior relacionada con la nulidad de la sentencia condenatoria emitida el 24 de mayo de 2021 y como se ha advertido que en la audiencia de formulación de imputación si existieron unos elementos de prueba que presentó la fiscalía y que llevaron a que el imputado se allanara a cargos se conmina a la primera instancia para que aquellos sean solicitados al ente investigador y que si lo sucedido es el extravío de

los mismos indique a tal entidad la necesidad de su reconstrucción para tomar la decisión que corresponde en este evento.

De igual manera se advierte la imperiosa necesidad de dar cumplimiento a lo normado en el numeral 4º del artículo 161 de la ley 906 de 2004 relativa a la motivación que debe conllevar la sentencia relacionada con las pruebas arrimadas al proceso, para ello se transcribe el numeral citado: Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

Se sugiere el pronto adelantamiento de estas actividades dado que la formulación de imputación se realizó el 12 de diciembre de 2016, y que el trascurso del tiempo tiene efectos jurídicos.

En cuanto a los principios que rigen la nulidad, y que se encuentran en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, debemos decir que la taxatividad está determinada por el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 en el entendido que existe una irregularidad que afecta de forma sustancial el debido proceso, y el derecho de defensa, dado que se estructura una sentencia sobre la manifestación de unos elementos materiales probatorios que se dice vinculan al acusado y que conforme el análisis efectuado no alcanzan aquel tamiz, y al no darse un análisis de los mismos afecta flagrantemente el derecho a contradecir como ejercicio de la defensa técnica; se trata de un evento en el cual por la gran cantidad de personas que están vinculadas puede presentarse por el ente investigador una equivocada presentación de elementos de convicción por lo que conviene en aras de la justicia se habilite la posibilidad de recaudo de aquellos; no hay lugar a convalidación dado que en dos oportunidades la defensa ha solicitado la nulidad con igual

fundamento; la irregularidad se ha indicado socava la estructura del debido proceso en tanto la sentencia no tiene un sustento de prueba para determinar la tipicidad del accionar, no hay una motivación sobre elementos de prueba alguno; de esa manera el acto no puede cumplir su finalidad, lo pretendido es que la verdad sea bien reproducida procesalmente y de esa manera la sentencia puede tener una base probatoria adecuada, es por lo que no puede recurrirse a otro mecanismo diferente.

Son las anteriores motivaciones las que llevan a la Sala para tomar como decisión el decreto de nulidad de la sentencia señalada.

Deberá regresar este proceso al juzgado de origen para el cumplimiento de lo dispuesto.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

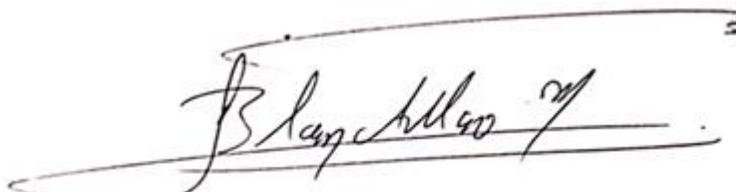
Primero: Declarar la Nulidad a partir de la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Pasto, en este proceso que por vía de allanamiento se adelanta en contra de FJEL por los delitos de destinación ilegal de combustible en concurso con concierto para delinquir simple, por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: La presente decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno. Retorne el asunto a su lugar de origen, para que proceda con lo respectivo.

Notifiqués y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente



BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada



FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

REGISTRÓ DE PROYECTO No. 236

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 progresivamente 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 asunto penal de la referencia.

Pasto, 7 de diciembre de 2021



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario