

ESTIPULACIONES PROBATORIAS – Objeto: Hechos, mas no responsabilidad.

“Se concluye con absoluta claridad que son objeto de estipulaciones los hechos y circunstancias de la investigación por la cual se ha presentado acusación en contra del procesado, hechos relevantes o hechos indicadores o circunstancias que constituyen agravación en el tipo penal entre otros aspectos, sin que se comprometa lo sustancial del proceso penal como es el principio constitucional y legal de la presunción de inocencia, en atención a que este ropaje debe necesariamente ser destronado en un ambiente probatorio adversarial propio del trámite ordinario en este sistema.

Es por lo que con palmaria claridad se ha dicho que la responsabilidad penal no puede ser objeto de estipulación o que mediante esta importante figura se pueda derivar la autoría o no de quien se encuentra vinculado a la investigación, por cuanto aquello es la esencia del sistema y se encuentra radicada en cabeza de la FGN como órgano persecutor quien tiene la carga probatoria de demostrar la responsabilidad penal del acusado, como lo consagra el artículo 7º del código adjetivo penal”.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / Deberes: Desvirtuar la presunción de inocencia y demostrar la responsabilidad del sindicado.

“Por ello, enrostrados los cargos al procesado tiene la FGN la obligación de presentar una teoría del caso para persuadir al Juez de la responsabilidad penal del encartado, en un sistema que como se dijo reluce por ser adversarial (...)”.

“De lo antes expuesto podemos colegir que no puede haber un proceso penal sin acusador y menos sin pruebas, evidenciando la parte investigadora que si no tiene los suficientes elementos que permitan demostrar su teoría del caso, es lógico que debe acudir a otras formas procesales establecidas para finalizar la actuación, de lo que como se dijo también se encuentra habilitada la FGN cuando no hubiere mérito para acusar”.

INEXISTENCIA DE NULIDAD / Acto de estipulación probatoria adecuado.

“Se itera las estipulaciones objeto de controversia, no contienen pactos, sino que de forma concluyente y directa determinan hechos indicadores o hechos jurídicamente relevantes sobre el punible que se investiga, pero con ellos no se está exonerando de la posible responsabilidad penal al señor CMS en este comportamiento.

(...) no le asiste razón al agente del Ministerio Público cuando reclama la revisión en vía de legalidad de las estipulaciones relacionadas, por cuanto se dirigen a comprobar hechos absolutamente objetivos, que como antes se dijo pueden ser relevantes o indicadores, según se torne luego de la práctica probatoria pero que no alcanzan a comprometer la definición de la responsabilidad penal de CMS en este convenio, que resulta muy distinto a la determinación equivocada que pudo tomar el fiscal que concurrió a la audiencia preparatoria, al no considerar necesario llamar a otros testigos y que de retrotraer la actuación hasta el momento procesal solicitado conculcaría gravemente los intereses de la defensa, al dar otra oportunidad al ente instructor para rehacer su arsenal probatorio en claro desequilibrio para la contraparte, por cuanto ha operado el principio de preclusividad de las etapas procesales”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. Héctor Roveiro Agredo León

Proceso N° : 11001609914420188033
Número Interno : 27978
Delito : Tráfico de Estupefacientes
Procesado : CMS
Decisión : Confirma el recurrido
Aprobado : Acta No. 3 del 15 de enero de 2021

San Juan de Pasto, veinte de enero de dos mil veintiuno
(Hora: 09:00 a.m.)

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Corresponde que la Sala se pronuncie sobre el recurso de apelación que ha interpuesto en el trámite del juicio oral el Ministerio Público en este proceso penal por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, que se adelanta en contra del señor CMS, respecto de la decisión de introducir las estipulaciones probatorias convenidas por las partes, decisión adoptada conforme al Auto de fecha 24 de septiembre de 2020 emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

1. Los hechos

Del escrito de acusación presentado por la Fiscalía se sabe que para el 02 de diciembre del año 2018, en la vía Pasto – Mojarras en el sector de Chachagüí (N) a la altura del Kilometro 36 Cano Bajo, en el área de prevención vial instalada por el personal adscrito a la Seccional de Tránsito y Transporte de Nariño cuadrante No. 2, realizó una señal de pare al vehículo camión color rojo marca Fotón de placas ZNM-721, servicio público, que era conducido por el señor CMS quien viajaba en compañía del señor DFFF quienes indicaron a la señal de pare que cubrían la ruta Palmira – Pasto, y una vez detenido el vehículo se solicitó por parte del personal policial una inspección al automotor encontrando en la carrocería una maquina cortadora agrícola de color amarillo a la que le sobresalían varios cordones de soldadura que llamó

la atención de los funcionarios que realizaron la inspección, de inmediato procedieron a pedir autorización para abrir un hueco sobre uno de los cordones de soldadura con un taladro, y al momento que salió la broca se pudo observar que la misma extrajo una sustancia que por sus características de color, olor y consistencia se asemejaba a la marihuana.

En ese momento se procedió a indicar a los ciudadanos de su captura en situación de flagrancia y a materializar los derechos de los capturados CMS y DFFF, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contenido en el artículo 376 del Código Penal, de igual forma y con el fin de realizar una inspección mas detallada, transportaron el camión de carga hasta las instalaciones del CAM Anganoy de la ciudad de Pasto (N), y una vez establecidos ahí siguieron con la inspección de la máquina cortadora encontrando en su interior un total de 276 paquetes envueltos en una cinta de color café que en su interior tenía una sustancia vegetal compacta de color verde, realizando las respectivas pruebas de PIPH y pesaje arrojando positivo para marihuana y derivados en un total de 272 Kg con 43 Gramos.

2. Antecedentes procesales

-. El 4 de diciembre de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chachagüí con Función de Control de Garantías se llevó a cabo las audiencias preliminares, oportunidad en la que se declaró legal la captura, formuló imputación a los señores CMS y DFFF como coautores del punible de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, y se dispuso la detención preventiva domiciliaria para ambos.

-. El escrito de acusación fue presentado el 25 de enero de 2019; efectuado el reparto correspondiente es asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad y una vez entregado, dispuso la

realización de la audiencia de formulación de acusación después de varios aplazamientos, para el día 02 de diciembre de ese mismo año, la que en efecto se llevó a cabo en la fecha mencionada. En esta audiencia se verbaliza el escrito de acusación, se identifica los imputados, se hace una narración de los hechos y se les acusa del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes en el verbo rector transportar, se establece a efectos del suministro de los EMP como complemento del descubrimiento, que la defensa va a concurrir dentro de los tres días siguientes al Despacho del Fiscal para obtener los EMP enunciados para ejercer en debida forma la defensa.

-. El 6 de febrero de 2020 antes de iniciar la audiencia preparatoria, se hizo un preacuerdo con el señor DFFF, donde este acepta el cargo como coautor del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes se le reconoce la tentativa con respecto al numeral 2 y se pacta una pena de 43 meses equivalentes a 3 años y 7 meses y una multa de 4455 smlmv, preacuerdo aprobado por el Juzgado al encontrarse conforme a la Ley y prosiguiendo a declararse impedido frente a la continuación del caso con el otro imputado que para el caso es el señor CMS, enviando el asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto para que este continúe con el tramite del caso.

-. La audiencia preparatoria se realiza en una sesión, el día 7 de julio de 2020, donde se da inicio, se le concede la palabra a la defensa la cual enuncia los elementos materiales probatorios que pretende hacer valer, por parte de la Fiscalía se informa que no presentarían elementos materiales probatorios porque todo se ha incluido en 10 estipulaciones las cuales verbaliza, ante lo cual el Juzgado hace un recuento de dichas estipulaciones, manifestando que son hechos respaldados por el señor Fiscal con los elementos materiales probatorios con los que contaba la Fiscalía y aquellos allegados por la defensa, y que deberán ser junto con las estipulaciones ingresadas en el juicio oral, si bien dichas

estipulaciones se han aceptado en la presente audiencia las mismas deberán ser introducidas al juicio oral para que sean debidamente analizadas y valoradas como pruebas.

-. El juicio oral se efectúa el día 24 de septiembre de 2020, donde la Fiscalía solicita sentencia absolutoria en favor del señor CMS por cuanto este no tuvo el dominio del hecho y está presente el principio legal y constitucional del in dubio pro reo el cual debe resolverse en favor del procesado y se mantiene la presunción de inocencia y para tal efecto se realizaron 10 estipulaciones las cuales después de hacer unas modificaciones y retirar una de ellas, las verbaliza y solicita se admitan y se incorporen como pruebas; posteriormente el Juzgado con las modificaciones hechas a las estipulaciones y el retiro de una de ellas, indica que estas hacen referencia especialmente a hechos que no necesitan debate probatorio sin que con ello se vea comprometida la participación, el grado de participación, la responsabilidad o no responsabilidad que en los mismos pudo tener el señor CMS, emitiendo una decisión sobre la aprobación de las estipulaciones probatorias, respecto de la cual el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, en específico, con la elaboración de las estipulaciones en especial la octava y novena ya que con estas la Fiscalía está enarbolando un desistimiento de la pretensión punitiva llevando al fracaso de la misma y que no pueden ser avaladas por el Juez, al existir otros medios judiciales para ello.

2. De la providencia impugnada

Como resulta lógico la decisión se toma en el transcurso de la audiencia de juicio oral que se realizaba el 24 de septiembre de 2020, fecha en la que se hace la introducción de las estipulaciones probatorias y se toman las decisiones correspondientes respecto de su aprobación,

exclusión, rechazo o inadmisión, solicitadas por las partes y el interviniente en la dinámica de esta.

En lo que corresponde al tema objeto del presente recurso, en las motivaciones que genera la decisión, respecto de la aprobación de las estipulaciones probatorias presentadas por la Fiscalía, la cuales según el Ministerio Público dichas estipulaciones y en especial la octava y novena, lo que están haciendo es que la Fiscalía renuncie al ejercicio de la acción penal y para eso existe otros instrumentos¹, se indicó que la Judicatura puso en consideración desde el momento mismo en el que se presenta la formulación de acusación, la formulación de imputación y la posterior acusación, que el verbo rector que le fuera imputado al señor CMS es el de transportar, y como quedaron redactadas finalmente las estipulaciones no se ve afectado ese verbo rector, que es al que se contrae específicamente la acusación que en su momento se elevara en contra del señor CMS; además que se estableció que se contrató como conductor al antes mencionado para que maneje el carro en el que posteriormente fue encontrada una sustancia estupefaciente, y si bien no fue la persona encargada de subir la carga al camión, si fue la persona a la que se le entregó la conducción del mismo siendo a que ello se contrae específicamente el verbo rector que le fue imputado por la Fiscalía al momento de las audiencias preliminares y que fue ratificado cuando se presentó la audiencia de formulación de acusación, y que con ello no se está privando la Fiscalía de su facultad de presentar o seguir con la acción punitiva, ni tampoco esta privando al Ministerio Público ni al Juzgado, de llevar un control frente a lo que puede ser la responsabilidad del señor CMS en la conducta punible que específicamente le fue imputada, esto es, tráfico fabricación o porte de estupefacientes en el verbo rector transportar, basado en lo expuesto se dispone aceptar las estipulaciones en la forma presentada².

¹ Minuto 23:18 audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

² Minuto 24:23 continuación de la audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

3. Sustentación del recurso por el Ministerio Público³.

El Procurador manifiesta su inconformidad en el sentido de que, si se da curso a las estipulaciones probatorias presentadas que, si bien han sido modificadas, estas siguen conservando la misma estructura, y con estas la Fiscalía General de la Nación, está renunciando a su facultad persecutoria y al ius puniendi.

Al efecto, señala que se pacta como estipulaciones probatorias el hecho de que el señor DFFF, fue el que se encargó de cargar el vehículo automotor camión rojo con la maquinaria agrícola con el alijo en su interior, y que posteriormente recogió al señor CMS y le entregó el camión para que este lo manejara, desde ahí lo que se está pactando es una ausencia de intervención en la conducta delictiva, igualmente que como estipulación octava se estipuló como hecho cierto que el señor DFFF contrató para que lo acompañe como conductor al señor CMS del vehículo automotor tipo camión para movilizarse en el mismo, y en últimas lo que lleva de trasfondo esas estipulaciones es que el señor CMS desconocía lo que se llevaba en su interior, resulta inadmisibles aquellas estipulaciones que impliquen en sí mismo el fracaso de la pretensión punitiva del estado, desde la audiencia preparatoria cuando se radican y celebran dichas estipulaciones lo que es corroborado con la teoría del caso de solicitar una sentencia absolutoria, la Fiscalía ya estaba enarbolando un desistimiento de la pretensión punitiva, y con esos elementos de estipulaciones probatorias llevando al fracaso de la misma, esto conlleva como lo ha manifestado la Corte a que se puedan eludir las cargas y los controles propios de una preclusión, absolución perentoria o de una forma de terminación anticipada de la actuación y que no puede ser avalada por el Juez.

³ Minuto 29:10 continuación de la audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

En esa línea señala que no se puede en este caso desarrollar un juicio con plenas garantías de carácter fundamental, porque desde el momento en que la Fiscalía y la defensa deciden realizar estipulaciones probatorias y en la forma en que fueron planteadas desde su inicio, en su siquis y voluntad está la que se dicte una sentencia de carácter absolutoria, y si se permite que se ingresen las estipulaciones tal y como fueron planteadas o modificadas se estaría quebrantando del debido proceso probatorio, ya que no se estaría siguiendo la normatividad de contenido y alcance de estipulaciones probatorias y las orientaciones de carácter jurisprudencial en el sentido de que las mismas, no pueden comprometer o con las mismas no se puede renunciar a la pretensión punitiva del estado.

Claro lo anterior indicó que el Ministerio Público con los elementos que se introduzcan dentro del juicio oral, se puede apartar de la solicitud de la Fiscalía, porque existe una captura en flagrancia, la cantidad de sustancia estupefaciente es elevada, se trata de un conductor experimentado según se dice, y se podría determinar que hay unos elementos los cuales se permite inferir un posible compromiso de responsabilidad, de otra parte la Judicatura no estaría atada tampoco a ese pedimento de absolución enarbolada por la Fiscalía General de la Nación y naturalmente coadyuvado por la defensa, en consideración de que este Ministerio si en el entendido de las estipulaciones probatorias desde la audiencia preparatoria fue la de excluir cualquier tipo de participación del señor CMS en el hecho delictivo, y para eso bien pudieron acudir a la preclusión o absolución perentoria, o determinar si bajo el entendido de la jurisprudencia sobre el tema, hay aspectos que no se pueden pactar bajo estipulaciones probatorias, ya que eso implicaría el fracaso de la pretensión punitiva del estado.

Finalmente, y ante lo dicho solicita se revoque la decisión de primera instancia y se declare la nulidad desde el momento en que se pregunta

a las partes sobre las estipulaciones probatorias, para que se les permita avalar el caso y escoger el camino adecuado a seguir, ya que se está pactando bajo unos parámetros que indudablemente se va a solicitar una sentencia absolutoria, es decir que la Fiscalía está renunciando a la pretensión punitiva.

4. De la Fiscalía como no recurrente⁴

El delegado de la Fiscalía en el caso solicitó al superior que se confirme la decisión, conforme a los argumentos que se pasan a sintetizar.

Explicó que las estipulaciones ya fueron ajustadas a efectos de que no se toque y se comprometa responsabilidad simplemente hechos, la estipulación octava se ciñe exactamente a que el señor CMS fue contactado en su oficio o profesión como conductor para transportar un vehículo hasta la ciudad de Pasto, en las estipulaciones octava y novena en ninguna parte se está vinculando o relacionando conocimiento o desconocimiento y por ende responsabilidad del señor CMS, en dichas estipulaciones en ninguna parte permiten inferir como lo ha dicho el Ministerio Público, que la Fiscalía está renunciando a la pretensión punitiva.

Declaró que de las pruebas en su conjunto llevó a la Fiscalía, que a través del estudio de los elementos materiales probatorios se encamine hacia dicha situación, formulando las estipulaciones correspondientes, considerando que las dos estipulaciones de la cual existe controversia, no afectaría de ninguna manera la estructura del debido proceso, y por lo tanto teniendo en cuenta ciertamente el verbo rector que fue transportar, y el señor CMS Sanchez lo que estaba haciendo era transportando un vehículo automotor en el que se encontró una sustancia ilícita, se debe permitir que se continúe con el juicio oral en los términos en los que se ha planteado con las estipulaciones.

⁴ Minuto 42:49 continuación de la audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

5. De la Defensa como no recurrente⁵

La defensa solicitó al superior que mantenga la decisión adoptada en primera instancia, conforme a los argumentos que se pasan a sinterizar.

Expuso que se debe incorporar al juicio oral las estipulaciones probatorias a las que se ha hecho referencia, concretamente las estipulaciones octava y novena, pues nada se dice en dichas estipulaciones, respecto del conocimiento o no del señor CMS sobre la sustancia que contenía la maquinaria en su interior, son estipulaciones que versan sobre hechos jurídicamente relevantes, pero no descartan de tajo la existencia o no de una responsabilidad penal y en ese sentido se estarían ciñendo a los lineamientos legales y a los lineamientos jurisprudenciales.

Ostentó que la razón de ser de la jurisprudencia traída a colación por el Ministerio Público, es precisamente la protección del derecho de las víctimas a interferir en decisiones tales como de preclusión o aplicaciones de principio de oportunidad, para evitar que se afecte el debido proceso de esos sujetos procesales, sin embargo para la oportunidad al no existir una víctima directa, no existe sujeto procesal alguno que resulte afectado en sus intereses y bajo esas circunstancias no habría vulneración alguna al derecho al debido proceso, como tampoco causal que fundamente una declaratoria de nulidad, no existiendo así vulneración de garantías fundamentales.

Finalmente indicó que la solicitud de absolución solicitada por la Fiscalía en sus alegatos iniciales, se sustenta precisamente en los elementos materiales probatorios recolectados por el ente acusador y aportados por la defensa, elementos todos que dieron sustento a las

⁵ Minuto 46:07 continuación de la audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

estipulaciones probatorias que hoy se cuestionan, y es que nada obsta para que la Fiscalía en ejercicio precisamente de principios tales como la lealtad procesal y la celeridad procesal, solicite una sentencia de carácter absolutoria cuando los medios de prueba con los que cuenta, le permiten arribar a tal conclusión.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia

Esta Corporación es competente conforme lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 para desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor agente del Ministerio Público en contra la providencia del 24 de septiembre de 2020 emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

2.- El problema planteado.

Debe la Sala determinar si en el presente caso le asiste la razón al representante del Ministerio Público al reclamar que las estipulaciones probatorias presentadas dan cuenta de la ausencia de intervención del acusado en el comportamiento que se define, renunciando el ente instructor al ejercicio de la acción penal y al aprobarse de esa manera por la primera instancia lleva indefectiblemente a la sentencia absolutoria o si por el contrario aquellos acuerdos que exoneran de prueba unos hechos se encuentran adecuadamente contruidos sin evidencia de vulneración al debido proceso.

3. Asuntos previos

El tema que hoy concita a la Sala reviste gran trascendencia en la estructura del debido proceso dentro de la sistemática adversarial del

procedimiento acusatorio que nos rige, en la medida del alcance que se le otorgue a esta importante figura que tiene su base normativa en los artículos 10 inciso 4º y 356 numeral 4º y párrafo de la Ley 906 de 2004 de los cuales se deduce que las partes pueden suscribir estipulaciones o acuerdos *sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva* y que se debe realizar sobre *hechos o sus circunstancias*.

No está por demás evocar que por facultad constitucional la FGN tiene la potestad de la investigación respecto de los hechos que revistan características de delito y lo plasma de forma por demás clara, que dicha investigación se debe adelantar si existen medios probatorios para tal fin, por ello también le da la posibilidad de declinar de esta acción cuando carece de ellos.

Es esta facultad la que lleva al ente investigador en su rol a presentar la respectiva acusación e iniciar la etapa del juicio oral, de lo que diáfananamente se infiere que si ha presentado una acusación es por cuanto existen unos EMP, EF o ILO que le permite sustentar el comportamiento que en las normas penales procede a adecuar.

Por ello, enrostrados los cargos al procesado tiene la FGN la obligación de presentar una teoría del caso para persuadir al Juez de la responsabilidad penal del encartado, en un sistema que como se dijo reluce por ser adversarial, alegato inicial del cual ha dicho la Corte Constitucional: “Así las cosas, teniendo en cuenta el papel acusador que cumple la Fiscalía, es razonable que el Legislador le haya exigido presentar la teoría del caso desde la declaración inicial del juicio, pues tiene el deber de desvirtuar la presunción de inocencia y demostrar de manera coherente la responsabilidad del sindicado. Sin embargo, como ya se explicó, la situación de la defensa es bien diferente porque no tiene la carga de demostrar la inocencia del sindicado en virtud del principio constitucional que hace presumirla.”⁶

⁶ C-069-2009

De lo antes expuesto podemos colegir que no puede haber un proceso penal sin acusador y menos sin pruebas, evidenciando la parte investigadora que si no tiene los suficientes elementos que permitan demostrar su teoría del caso, es lógico que debe acudir a otras formas procesales establecidas para finalizar la actuación, de lo que como se dijo también se encuentra habilitada la FGN cuando *no hubiere mérito para acusar*.⁷

Antes de abordar el tema central, también debe la Sala indicar que, en el presente caso, el recurso de alzada lo interpone el representante del Ministerio Público, quien por orden legal actúa *en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*⁸, con esta precisión vemos que como representante de la sociedad debe propender por la legalidad de las actuaciones procesales, como lo ha señalado la CSJ en su Sala de Casación Penal SP 1858 con radicado 52235 del 29 de mayo de 2019 cuando indicó:

“Aunque en un escenario adversarial como el definido en el sistema de enjuiciamiento criminal, consagrado en la Ley 906 de 2004 y, por ende, en la Ley 1098 de 2006 —por remisión expresa de su artículo 144—, tal interés jurídico es fácil de identificar frente a las partes —defensa y fiscalía— e incluso la víctima, en tanto la delimitación del perjuicio causado con la determinación judicial es claramente diferenciable según el proveído acoja o no su pretensión, no ocurre lo mismo con el Ministerio Público quien no tiene un interés de orden particular en el asunto sino que se erige como garante de los intereses de la sociedad en general, tal cual lo señala el artículo 277.7 de la Constitución Política, al establecer que le corresponde “[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”, y lo ratifica el canon 109 de la Ley 906 de 2004.

⁷ Art. 250-4 Carta Política.

⁸ Art. 109 Ley 906 de 2004

Es por esto que, si bien, en alguna época, la Corte consideró que los agentes de la Procuraduría General de la Nación y los de las personerías municipales o distritales —según el caso— carecían de interés ilimitado para promover los recursos de ley, cuando quiera que las partes no hacían uso directo de ese derecho, porque se entendía lesionada la estructura del proceso y vulnerado el principio de igualdad de armas, en tanto tal actividad de dicho interviniente podría conducir a una “interferencia” que tendiera a suplir, suplantar o substituir a las partes, es lo cierto que, en Sentencia CSJ SP2364-2018, rad. 45.098, se recordó que “la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses netamente superiores”, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 277 de la Carta Política, así como que está habilitado para ejercer diversas competencias generales y específicas, con las que se pueden materializar las atribuciones constitucionales previstas en las normas mencionadas.”

En el contexto anteriormente señalado, el agente del Ministerio Público está legitimado para interponer el recurso de apelación que hoy nos convoca.

4. De las estipulaciones probatorias.

En el tema que ha convocado la Sala, debemos decir que las estipulaciones o acuerdos sobre determinados hechos los cuales no se necesitarán probar en desarrollo del juicio oral, es una práctica tendiente para depurar aspectos que no serán objeto de discusión y permitir que solo lo trascendental irá al debate central, que en el juicio oral solo se contraponen dos tesis que van a constituir como lo dice la norma la “controversia sustantiva”, por ello el modelo adversarial va a contraponer las teorías del caso de fiscalía y de defensa, aunque la defensa no tenga la obligación de presentar un alegato inicial, pero siempre propenderá porque la presunción de inocencia no se quebrante.

En la demostración por parte del ente instructor del comportamiento penal para adecuarlo al tipo penal en toda su estructura existen aspectos que pueden ser objeto de convenio a guisa de ejemplo la plena identidad del acusado, o como en el caso la clase y peso de la sustancia, componentes sobre los que no existirá discusión por lo que el código de procedimiento penal admite que sobre ellos se realice la estipulación o convenio para que el fallador no se desgaste en la práctica y producción para establecer aquellos y de esta forma no terminar en innecesarios debates.

La formación jurídica de las estipulaciones comienza en la audiencia preparatoria con la manifestación de voluntad de las partes de liberar de prueba, y pueden acompañar elementos que van en el pacto, acuerdos que son aceptados por el Juez y se consolida la existencia jurídica de aquellas quedando pendiente su incorporación en el juicio oral. Entonces, las estipulaciones, una vez se admiten por el Juez en la audiencia preparatoria y son incorporadas al juicio oral, logran su formación y existencia jurídica y adquieren la naturaleza de hechos comprobados conforme lo dispuesto en el artículo 356 del C de P.P; en la elaboración de estos convenios puede intervenir el Ministerio Público y la Víctima para ejercer controles a fin de que el ingreso en el juicio oral no desconozca la pertinencia, ni contravenga las reglas de legalidad que regulan las garantías de las partes e intervinientes⁹.

Se concluye con absoluta claridad que son objeto de estipulaciones los hechos y circunstancias de la investigación por la cual se ha presentado acusación en contra del procesado, hechos relevantes o hechos indicadores o circunstancias que constituyen agravación en el tipo penal entre otros aspectos, sin que se comprometa lo sustancial del proceso penal como es el principio constitucional y legal de la presunción de inocencia, en atención a que este ropaje debe necesariamente ser

⁹ CSJ SP, agosto 2016, rad. 44.106.

destronado en un ambiente probatorio adversarial propio del trámite ordinario en este sistema.

Es por lo que con palmaria claridad se ha dicho que la responsabilidad penal no puede ser objeto de estipulación o que mediante esta importante figura se pueda derivar la autoría o no de quien se encuentra vinculado a la investigación, por cuanto aquello es la esencia del sistema y se encuentra radicada en cabeza de la FGN como órgano persecutor quien tiene la carga probatoria de demostrar la responsabilidad penal del acusado, como lo consagra el artículo 7º del código adjetivo penal.

En este sentido, ya la Corporación se ha pronunciado¹⁰ para indicar que no puede mediante esta forma procesal acordarse formas de responsabilidad o no de quien es investigado:

*“Por esa línea, aparece que es impracticable que por intermedio de las estipulaciones probatorias se incluyan formas que den lugar a la aceptación de la responsabilidad penal del procesado, pues ella no es por si misma un hecho o una circunstancia. **En efecto, la responsabilidad penal corresponde a un juicio de desvalor o reproche que en definitiva concierne hacerlo al Juzgador y que siempre debe ser probado en el juzgamiento***¹¹.

*La jurisprudencia viene interpretando que los convenios probatorios no pueden emplearse de forma tal que conlleven el **decaimiento de la acción penal** o la irremediable condena del procesado a través de la eliminación de las posibilidades defensivas. No importa si un tipo de estipulación como esa contiene incluso la aquiescencia de las partes. Y es que, si ese es el querer de los interesados, en el ordenamiento jurídico están dispuestos otros instrumentos como el allanamiento a cargos, la suscripción de*

¹⁰ Proceso radicado No. 520016099032201804415-01 N.I. 27151, aprobado mediante Acta No. 2020-094 (26 de agosto de 2020); Magistrado Ponente Dr. Franco Solarte Portilla.

¹¹ CSJ SP, 11 sep. 2019, rad. 53.006.

preacuerdos y la realización del juicio oral mismo, si se trata del último caso señalado.

(...)

*Recuérdese que para que una estipulación se ajuste al ordenamiento jurídico es necesario que: (i) **no implique, en si misma, que la acusación pierda fundamento**, ni que el procesado quede sin posibilidades de defensa; (ii) tenga como objeto uno o varios de los hechos integrantes del tema de prueba; (iii) esté expresada con total claridad, esto es, debe existir certeza acerca del hecho que se suprime del debate; y (iv) **no conlleve la afectación de derechos fundamentales**”¹² (Negrillas fuera del texto original)*

*Por esa cuenta, si las estipulaciones han sido suscritas de forma tal que abrigan irremisiblemente una **condena o absolucón**, el juzgador queda sustraído de su función decisoria y valorativa, y termina por fungir como un mero arbitrio o notario del designio de las partes. Y claro, esa no es la función que en el marco del Sistema Penal Acusatorio le fue asignada, pues verdaderamente como encargado de dirigir la etapa de juzgamiento y de llevar adelante el juicio penal, le incumbe hacerlo con todas las garantías procesales y sustanciales¹³, bajo la protección de los derechos y valores fundamentales.” (Negrillas fuera del texto original)*

Importante conforme la ha dicho la jurisprudencia tener la claridad sobre cuáles son los aspectos que pueden ser objeto de estipulación de donde cristalino emerge que no puede estar inmerso en aquel convenio temas relacionados con la responsabilidad del acusado en el delito que se debate.

5. Del caso concreto.

En ese contexto resulta necesario trasladarnos a la audiencia preparatoria, donde la Fiscalía y la defensa presentaron a la Judicatura 10 estipulaciones probatorias de la cuales solo 9 fueron verbalizadas¹⁴,

¹² CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 50.696.

¹³ C-042 de 2018.

¹⁴ Minuto 16:41 audiencia preparatoria del 7 de julio de 2020

seguidamente la Juez hizo un recuento de dichas estipulaciones, ratificando que son hechos respaldados por la Fiscalía con elementos materiales probatorios con los que cuenta más los allegados por la defensa, las cuales deberán ser ingresados al juicio oral para que sean analizadas y valorados como pruebas¹⁵.

Conviene en este momento indicar que quien estuvo en representación del ente instructor al momento de realizar las estipulaciones en la audiencia preparatoria no corresponde al mismo servidor que asume la audiencia de juicio oral, que por virtud de aquel principio de rige a la fiscalía de su planta global y flexible, se presentan cambios en los despachos y ello conlleva que cada profesional con su criterio debe asumir las investigaciones y concluir los procesos penales que otros han venido adelantando.

Lo anterior para indicar, al analizar la audiencia de juicio oral, si bien la Fiscalía y defensa presentaron a la Judicatura en principio 10 estipulaciones probatorias, para posteriormente dejar solo 9 las cuales indicó el Despacho se tendrán como pruebas dentro del juicio oral, como quiera que fueron convenidas y presentadas en la audiencia preparatoria quedando solamente para ser ingresadas en el juicio oral como en efecto se ha hecho¹⁶.

En ese orden, el representante del Ministerio Público reveló que si bien es cierto en la audiencia preparatoria se enarbolaron las estipulaciones, debe haber un control preliminar en el juicio para poder controlar estas, y para el caso las estipulaciones 8 y 9, porque con estas lo que está haciendo la Fiscalía, es renunciando al ejercicio de la acción penal y para ello existen otros instrumentos en el ordenamiento jurídico¹⁷.

¹⁵ Minuto 38:17 audiencia preparatoria del 7 de julio de 2020

¹⁶ Minuto 17:08 audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

¹⁷ Minuto 23:18 audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

Ahora, llegada la continuación de la audiencia de juicio oral, la directora del proceso concedió la palabra al señor Fiscal, el cual se pronunció señalando que, con la defensa han revisado las estipulaciones decidiendo hacer modificaciones a la 8 y 9 y retirar la 10, ello con el fin de poder tener fluidez en el desarrollo del juicio oral¹⁸, situación que fue aprovechada por la Judicatura para poder manifestarse sobre lo dicho en primera oportunidad por el representante del Ministerio Público, puntuando que, con las modificaciones hechas a las estipulaciones 8 y 9 y el retiro de la 10, estas hacen referencia específicamente a hechos que no necesitan debate probatorio, sin que con ello se vea comprometida la participación o grado de participación, la responsabilidad o no responsabilidad, que en los mismos pudo tener el señor CMS¹⁹.

Por su parte, y a raíz de lo anterior el delegado del Ministerio Público indicó que la estipulación 8 tal y como se sostiene, lo que se está pactando es que quien cargó la maquinaria agrícola en la cual estaba la sustancia estupefaciente fue única y exclusivamente el señor DFFF, alejando del lugar de los hechos y de algún tipo de participación al señor CMS, y lo mismo pasa con la estipulación 9 en el sentido de que se pactó que quien condujo el vehículo automotor hasta el lugar de cargue y después se traslada hasta un sitio donde le entrega al señor CMS el carro para que lo manejara, es en forma exclusiva el señor DFFF, y con ello en el fondo se sigue manteniendo una teoría de ausencia total de participación del señor CMS en los hechos, y que esa es una causal de preclusión y no se puede pactar bajo estipulaciones probatorias, porque con ellos la Fiscalía en últimas lo que esta haciendo es renunciando a su facultad punitiva²⁰.

¹⁸ Inicio continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

¹⁹ Minuto 02:35 continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

²⁰ Minuto 06:00 continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

A consecuencia de ello, en la oportunidad respectiva el señor Fiscal indicó, que con la defensa han tratado de clarificar las estipulaciones 8 y 9, para que no demarquen y se considere que la Fiscalía está renunciando a la pretensión punitiva, o se está estipulando algún tipo de conocimiento o desconocimiento o como también responsabilidad o dolo²¹.

Suspendida la audiencia con el fin de adoptar una determinación, se reanudó unos minutos después en los cuales el despacho solicitó revisar el escrito de acusación, oportunidad en la que la juzgadora, entre otras determinaciones, resolvió que desde el momento de la formulación de acusación, la formulación de imputación y la posterior acusación, el verbo rector que le fue imputado al señor CMS fue el de transportar, y tal como quedaron redactadas finalmente las estipulaciones por parte de la Fiscalía y la defensa, con estas no se ve afectado el verbo rector al que se contrae específicamente la acusación que en su momento se elevara en contra del acusado, además que se estableció que se contrató como conductor al antes mencionado para que este manejara el vehículo en el que posteriormente fue encontrado la sustancia estupefaciente, y que si bien el no fue la persona encargada de subir la carga al camión, si fue la persona a la que se le entregó la conducción del mismo, y siendo que a ello se contrae específicamente el verbo rector que le fue imputado por la Fiscalía en las audiencias preliminares y ratificado en la audiencia de formulación de acusación, con eso no se le estaría quitando al ente acusador la facultad de presentar o seguir con la acción punitiva, ni tampoco se está privando al Ministerio Público ni al Juzgado, de llevar un control frente a lo que puede ser la responsabilidad del señor CMS en la conducta punible que específicamente le fue imputada.²²

²¹ Minuto 19:12 continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

²² Minuto 24:26 continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

Lo anterior se cuestionó vía apelación por parte del señor representante del Ministerio Público indicando que, se pacta como estipulaciones probatorias el hecho de que el señor DFFF, fue el único que se encargó de cargar el vehículo automotor con la maquinaria agrícola con el alijo en su interior, y que posteriormente recogió al señor CMS y le entregó el camión para que este lo manejara, y lo que se estaría pactando es una ausencia de intervención en la conducta delictiva del acusado, igualmente la estipulación 8 acordó como hecho cierto que el señor DFFF contrató para que lo acompañe como conductor al señor CMS y en últimas lo que lleva de trasfondo esas estipulaciones es que el acusado desconocía lo que se llevaba en su interior.²³

Explica que resulta inadmisibles aquellas estipulaciones que impliquen en sí mismo el fracaso de la pretensión punitiva del estado, pues desde la audiencia preparatoria cuando se radican y celebran las estipulaciones lo que fue corroborado con la teoría del caso al solicitar una sentencia absolutoria, la Fiscalía estaba enarbolando un desistimiento de la pretensión punitiva, y con esos elementos de estipulaciones probatorias llevando al fracaso de la misma, y esto conlleva como lo ha manifestado la Corte a que se pueda eludir las cargas y los controles propios de una preclusión, absolución perentoria o de una forma de terminación anticipada de la actuación y que no puede ser avalada por el Juez.²⁴

Con el anterior derrotero, lo obrante en el expediente y lo informado por las partes en la audiencia de juicio oral, la Sala para este caso en concreto, recordará que la Fiscalía presentó a la Judicatura un escrito de acusación, con lo que se indica que el ente instructor tiene elementos con los cuales enrostró y comunicó al procesado el haber realizado un comportamiento vulnerador del estatuto penal y que como antes se dijo el sistema adversarial contempla el enfrentamiento entre

²³ Minuto 31:04 continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

²⁴ Minuto 31:04 continuación audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

dos tesis que por lógicas razones deben ser opuestas, sin embargo como antes se anotó resulta muy importante el criterio que cada fiscal tiene cuando afronta una audiencia, y no cabe duda que en el presente proceso penal el cambio de este funcionario ha afectado su resultado que como lo expresa el representante del Ministerio Público y así se escucha en la teoría del caso²⁵, donde se plantea la absolución del procesado. Pero ello no desfigura la sistemática procesal penal dado que fue presentada una acusación, y bien se sabe que el análisis probatorio puede llevar a la petición de absolución por parte del ente instructor, sin que tal petición sea obligatoria para el Juez.

Retomando el tema objeto de la apelación, las estipulaciones concertadas donde se hacen ajustes a las consagradas en los numerales 8 y 9 por tener una renuncia expresa a la pretensión punitiva, quedando en consecuencia dichos acuerdos probatorios en su totalidad de la siguiente forma: i) que el día 2 de diciembre del años 2018 se capturó en situación de flagrancia a los señores CMS y DFFF por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; ii) que el señor CMS carece de antecedente penales; iii) que el acusado está plenamente identificado; iv) que la sustancia que se incautó corresponde a marihuana en un peso neto de 273 kg; v) que en el equipo móvil incautado al señor CMS no existe constancia ni nada que tenga que ver con alguna conducta relacionada con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; vi) que en el equipo celular confiscado al señor DFFF se encontraron conversaciones referente a los hechos ocurridos el día 2 de diciembre de 2018; vii) que el señor CMS desde el año 1992 se ha desempeñado como conductor; (viii) que el señor DFFF contrató como conductor al señor CMS; y (ix) que el señor DFFF el día 2 de diciembre de 2018 fue el que se encargó de cargar el vehículo en el que se encontró la sustancia estupefaciente.

²⁵ Minuto 07:31 audiencia juicio oral del 24 de septiembre de 2020

Debe la Sala recordar, que al comienzo de este análisis se advierte que el propósito con el que se consolidó las estipulaciones probatorias para este caso fue convenir y dar por demostrado hechos que para el caso resultan ser indicadores, que analizados demuestran solo la objetividad de lo sucedido, como es que el acusado fue contratado para conducir aquel automotor, que se trata del señor DFFF quien carga el automotor, convenios que no denotan transitar por los caminos de la responsabilidad penal, temas diversos al dolo que debe demostrarse en el desarrollo de la audiencia de juicio oral.

En los aspectos estipulados no hay definición de la responsabilidad del acusado para ello deberá demostrarse si tenía conocimiento que en aquella carga se trasportaba sustancia ilícita, porque pese a no estar en el momento de subir la carga puede estar enterado, y además de otros indicios que pudieran dar lugar a entender que tenía pleno conocimiento respecto al alijo que iba a transportar, recordemos que el dolo lo conforman el conocimiento y la voluntad.

Obsérvese que en el grupo de estipulaciones también aparece la situación de flagrancia, de la cual no se puede colegir una responsabilidad penal tal como ya la ha decantado la Corte Suprema de Justicia, lo cual ratifica que el tema de responsabilidad, en cuanto al dolo, debe ser demostrado mediante material probatorio en la audiencia de juicio oral.

Se itera las estipulaciones objeto de controversia, no contienen pactos, sino que de forma concluyente y directa determinan hechos indicadores o hechos jurídicamente relevantes sobre el punible que se investiga, pero con ellos no se está exonerando de la posible responsabilidad penal al señor CMS en este comportamiento.

Ahora debió el representante del Ministerio Público reclamar sobre la elaboración de aquellas estipulaciones en sede de audiencia preparatoria que es donde se aceptan, lo realizado en la audiencia de juicio oral es su introducción como parte del proceso de producción probatoria.

Como se ha analizado las estipulaciones evocadas reseñan que el acusado condujo el camión en ejercicio de una actividad lícita, no se dice nada más si desconocía o tenía pleno conocimiento de la sustancia que transportaba, de lo que de forma subrepticia se transportaba; que no estuvo en el momento que se cargó el camión, con lo cual tampoco se indica una ausencia de su responsabilidad en el hecho punible, por cuanto el dolo componente necesario para la conformación de la conducta punible debe demostrarse y como antes se dijo puede de forma indiciaria llegarse a tal demostración.

La circunstancia que en la teoría del caso la fiscalía haya manifestado la posible absolución del acusado no ata al juez para que el fallo sea en ese sentido, cuando claramente lo ha dicho la jurisprudencia que ni siquiera porque el fiscal producto de su análisis probatorio en los alegatos de conclusión así lo pida queda obligado el fallador a asumir dicha pretensión, lo que obliga al Juez es el análisis de los medios probatorios, que es con la prueba practicada en su presencia con la cual debe tomar la decisión que corresponde.

Por lo anterior, se está en presencia de un acto de estipulación probatoria adecuado, importante recordar que, en el escenario del juicio oral a las estipulaciones acordadas y próximas a ingresar, se modificaron con el propósito de dar claridad sobre el contenido de estas en aras que tales hechos que quedan exentos de prueba no se refieran a la responsabilidad penal del señor CMS.

Corolario, no le asiste razón al agente del Ministerio Público cuando reclama la revisión en vía de legalidad de las estipulaciones relacionadas, por cuanto se dirigen a comprobar hechos absolutamente objetivos, que como antes se dijo pueden ser relevantes o indicadores, según se torne luego de la práctica probatoria pero que no alcanzan a comprometer la definición de la responsabilidad penal de CMS en este convenio, que resulta muy distinto a la determinación equivocada que pudo tomar el fiscal que concurrió a la audiencia preparatoria, al no considerar necesario llamar a otros testigos y que de retrotraer la actuación hasta el momento procesal solicitado conculcaría gravemente los intereses de la defensa, al dar otra oportunidad al ente instructor para rehacer su arsenal probatorio en claro desequilibrio para la contraparte, por cuanto ha operado el principio de preclusividad de las etapas procesales.

Bajo los anteriores razonamientos, se encuentra que no existe irregularidad alguna que pueda tener la trascendencia que determine la declaratoria de nulidad deprecada, consecuentemente se confirmará la decisión tomada en primera instancia por encontrarla ajustada a la normatividad vigente; se deberá devolver la carpeta para que continúe el trámite del proceso penal.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

1°. Confirmar en su integridad la decisión objeto del recurso de apelación contenida en el Auto de fecha 24 de septiembre de 2020

dentro de la audiencia preparatoria que se surte en este proceso penal que por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefaciente se adelanta en contra de CMS, conforme a las motivaciones de esta providencia.

2°. **Regresar** la actuación para que continúe el trámite correspondiente por el juzgado de conocimiento.

3°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,



HECTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

1571



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

REGISTRO DE PROYECTO No. 171

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 ampliaron hasta el 30 junio del cursante, mediante Acuerdo PSCJA20-11567, 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 la acción de tutela de la referencia.

Pasto, 16 de diciembre de 2020.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario