



Tribunal Superior del Distrito Judicial
Secretaría Sala Penal
Neiva - Huila

Neiva, 8 de mayo de 2020

Oficio N° 3156
Rad. N°: 2015 01332 01
NOTIFICACIÓN VIRTUAL

Señor
CELESTINO VANEGAS ORDOÑEZ
Tel. 310 800 9197

REFERENCIA: Proceso penal contra **CELESTINO VANEGAS ORDOÑEZ** como responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

En cumplimiento a lo dispuesto en providencia del 6 de mayo del presente, se procede a notificar de manera virtual el auto de 30 de abril de 2020, proferido por la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en proceso de referencia y dispuso lo siguiente:

"...PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del momento en que fueron incorporadas a la actuación las estipulaciones probatorias ii y iii en la audiencia de juicio oral del 28 de junio de 2018, y DISPONER que se rehaga la actuación en los precisos términos indicados en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO. MANIFESTAR que la presente decisión queda legalmente notificada en estrados y contra la misma no procede ningún recurso. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE..."

Fdo. Magistrado Ponente **Javier Iván Chávarro Rojas.**

Se adjunta copia de la citada providencia y del salvamento de voto presentado por el señor Magistrado Dr. Hernando Quintero Delgado.

Atentamente,

LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

Elaborado por Andrés Felipe Y.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA TERCERA DE DECISIÓN PENAL

Neiva, jueves treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Aprobado Acta N° 393

Magistrado Ponente: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

2015 01332 01

I. ASUNTO

Resuelve el Tribunal los recursos de apelación sustentados por el delegado de la Fiscalía y el defensor del sentenciado CELESTINO VANEGAS ORDÓÑEZ, contra el fallo proferido el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, mediante el cual se condenó al referido señor a la pena principal de CIENTO OCHO (108) MESES DE PRISIÓN, más las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la privación de tenencia de armas de fuego, por lapso igual a la pena principal, como responsable del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* – Art. 365 C.P. –, y se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Según lo revela la actuación y especialmente el fallo de primera instancia, en desarrollo de labores de patrullaje realizadas el 16 de agosto de 2015

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

en el Barrio Aguablanca de Pitalito, policiales practicaron requisa a Celestino Vanegas Ordóñez, hallándose en su poder una pistola calibre 7.66, marca WALTER PPK y número interno 222-11, un proveedor y un cartucho alojado en el arma, sin portar el respectivo salvoconducto.

B. ACTUACIÓN PROCESAL.

Radicado el escrito de acusación, el primero de septiembre de 2016 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito llevó a cabo la correspondiente audiencia, el 14 de septiembre de 2017 se realizó la audiencia preparatoria, el 28 de junio de 2018 se instaló el juicio oral, el que continuó en sesiones del cuatro de marzo de 2019 y 15 de julio siguiente, ocasión última cuando se indicó el sentido condenatorio del fallo y se profirió y leyó la sentencia objeto de alzada.

III. FALLO

Relatados los hechos, identificado e individualizado el procesado, precisada la calificación jurídica de la acusación, sintetizados los alegatos de las partes y relacionadas las estipulaciones probatorias y pruebas, el *a quo* luego de transcribir el artículo 365 del Código Penal, declarar acreditada la condición artesanal o hechiza del arma incautada a Celestino Vanegas, cuyo porte lo prohíbe el literal c) del artículo 14 del Decreto 2535 de 1993 y enfatizar sobre la infructuosa citación del procesado, negó la absolución pedida por la Fiscalía y la defensa y en su lugar condenó al acusado por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

IV. APELACIÓN

A. Fiscalía.

Según el fiscal, escuchado el sincero y congruente relato del procesado, se advierte que el arma hallada en su poder la obtuvo instantes previos con el fin de revenderla y así obtener ganancia. Añadió lo atinente con la escasa ilustración del encartado y el mínimo daño causado a la seguridad pública, motivos por los cuales solicitó absolución.

Puso de presente haberse proferido decisiones anteriores sobre el concepto de porte precario como eximente de responsabilidad penal, esto es, cuando el arma ha permanecido en manos del investigado durante breve lapso, generando una simple responsabilidad objetiva.

Criticó el no haberse tenido en cuenta la estipulación sobre la existencia de una constancia, mediante la cual José Ismael Gutiérrez, miembro del CTI, el 16 de agosto de 2015 se comunicó con el Sargento Pablo Prada Castañeda, obteniendo información sobre la inexistencia de salvo conducto a nombre de Celestino Vanegas Ordoñez, pues nunca se estipuló esto último, sino exclusivamente la existencia de la referida constancia.

Finalmente, estimó vulnerado el derecho a la defensa del enjuiciado, pues las citaciones para su presencia en las audiencias se enviaron a la Vereda Versailles de Pitalito, siendo que aquél dijo residir en esa misma vereda pero jurisdicción rural de Acevedo, circunstancia que le impidió al procesado haber podido acudir a los mecanismos de terminación anticipada del proceso o ser entrevistado debidamente por su abogado y así adoptar una estrategia defensiva.

B. Defensa.

En suma, con fundamento en decisiones de la Corte Suprema de Justicia en relación con el contenido y alcance de las estipulaciones probatorias y después de transcribir apartes pertinentes del fallo de primera instancia, el letrado estimó inicialmente que el *a quo* debió declarar la nulidad por violación al derecho de defensa, máxime si en la aprobación de lo estipulado sobre la falta del respectivo salvo conducto, la actual togada no participó. Agregó que igual decisión debió adoptarse sobre lo estipulado respecto del dictamen al arma incautada, el cual arrojó tratarse de un arma hechiza, pues este fue soporte primario para la condena.

Sostuvo que si el *a quo* excluyó o no valoró la estipulación probatoria relacionada con la carencia de permiso para el porte de armas por su agenciado, debió proceder de la misma forma con el acuerdo referido a que el arma era de naturaleza hechiza, sin embargo, se basó en esa estipulación para fundamentar su condena pese a tratarse de un tema de controversia sustancial y que estructuraba un elemento esencial del delito.

Resaltó que de esa manera se violaron los principios de presunción de inocencia y prohibición de autoincriminación, pues el procesado nunca estuvo presente cuando se suscribieron tales estipulaciones a fin de consentir las mismas y renunciar a la controversia de la prueba.

Luego de insistir en la desmejora de la situación del acusado con motivo de las estipulaciones probatorias pactadas por su antecesor y la Fiscalía, pues aquél tomó decisiones propias del acusado y renunció a los citados principios, abogó por la nulidad del proceso en aplicación del artículo 457 del C.P.P., esa anomalía es insubsanable.

De otro lado, una vez puso de presente el error de la Fiscalía en el escrito de acusación, donde se consignó como dirección de notificación del procesado, la Vereda Versalles de Pitalito, cuando en verdad ese sector rural corresponde al municipio de Acevedo, según aparece registrado en las actas de las audiencias preliminares y en el informe de policía en casos de captura en flagrancia, lo que impidió ubicar al acusado a fin de permitirle ejercer su derecho a la defensa; el jurista igualmente pidió la nulidad por violación a las garantías constitucionales, ya que esa circunstancia le impidió acudir a las audiencias, excepto a aquella donde se presentaron los alegatos finales.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo los asuntos en torno a los cuales giró el disenso de los apelantes, la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Las pruebas imponían absolver al acusado por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por haberse acreditado la figura del porte precario? ii) De ser negativa la respuesta, ¿se incurrió en causal de nulidad por no haberse citado al acusado a su verdadero lugar de residencia? iii) Debe declararse la nulidad a raíz de la aprobación impartida a las estipulaciones probatorias celebradas, por haberse vulnerado la presunción de inocencia y la prohibición de autoincriminación?

A. A efectos de absolver el primero de los anteriores interrogantes, dígase que si en relación con las circunstancias modales bajo las cuales se halló un arma de fuego en poder de Celestino Vanegas Ordoñez, solo se trajo a la actuación el testimonio del agente captor, esto es, el Intendente Ariel Castillo Escobar, quien simplemente dio cuenta de haber encontrado un

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

arma de fuego en el bolso portado por el investigado el día de autos; imposible le resultaba a la togada avalar la tesis del porte precario del artefacto, propuesta por el fiscal, pues ninguna evidencia se llevó al juico en relación con ese particular, desconociéndose la razón por la cual el representante del ente acusador llegó a esa particular conclusión.

Por lo tanto, como los jueces deben acudir exclusivamente a las pruebas practicadas en su presencia a fin de resolver los conflictos sometidos a su decisión, nunca al conocimiento privado; mal podría darse respuesta positiva a este primer problema jurídico, resultando innecesario ahondar en mayores elucubraciones.

- B. Pasando al estudio del segundo cuestionamiento, es decir, si se incurrió en causal de nulidad procesal por la errática citación del procesado; empiécese por destacar que, a fin de comunicarle a Vanegas Ordoñez la fecha de la audiencia de formulación de imputación, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito dejó constancia de haberlo contactado al celular 3108009187, por lo que, el 19 de febrero de 2016, cuando se celebró esa diligencia, el indiciado fue declarado en contumacia.

Ahora, en el escrito de solicitud de audiencia preliminar el señor fiscal había consignado como datos de contacto del indiciado el número en cuestión, así como la Vereda Versalles de Acevedo-fs. 7 y 8-, sin embargo, en el escrito de acusación se incluyó el mismo número telefónico, pero se indicó residir en la Vereda Versalles de Pitalito-fs. 9 a 12-. A raíz de ello, cuando el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito avocó el conocimiento de la causa, realizó gestiones para notificar al procesado en la Vereda Versalles de Pitalito y libró oficios en tal sentido a los corregidores de esa ciudad, sin conocerse los resultados de esas labores,

como ocurrió con el oficio 2926 del ocho de julio de 2016 -f.17-, mediante el cual se pedía informarle sobre la fecha programada para la audiencia de acusación, diligencia celebrada sin su presencia el 1º de septiembre de 2016.

Con el fin de informar al acusado sobre la audiencia preparatoria a realizarse el 14 de septiembre de 2017, se libró el oficio N° 4112 del 31 de ese mes y año con destino al Corregidor de Criollo en Pitalito, pero no hay reporte de los resultados de esa solicitud. Sin embargo, el citador del juzgado dejó constancia de haber intentado comunicación vía celular, obteniendo como respuesta que el número *"no corresponde a un abonado en servicio"*-fs. 35 y 36-.

En cuanto a las sesiones del juicio, el 19 de octubre de 2017 se dejó constancia de haberse llamado al abonado celular del procesado, obteniéndose igual respuesta a la ocasión anterior y se libró oficio al Corregidor de Criollo en Pitalito para los mismos fines, pero esa audiencia no se llevó a cabo, por cuanto la defensa pidió tiempo para ubicar a su patrocinado-fs. 39, 40 y 46-. El seis de diciembre de 2017 se dejó constancia de la llamada hecha por la citadora al celular del procesado a fin de informar de la audiencia a realizarse el 20 de marzo de 2018, pero le indicaron no conocerlo, por lo que, nuevamente se libró oficio al Corregidor de Criollo en Pitalito, quien respondió no haber sido posible ubicar su residencia, sin embargo, llegado el día de la diligencia, el fiscal puso de presente el errado intento de ubicar al procesado en la Vereda Versailles de Pitalito, siendo que reside en esa vereda pero en jurisdicción de Acevedo, motivo por el cual se fijó nueva fecha de audiencia-fs. 47, 48, 54 y 75-. Para la sesión del juicio a cumplirse el 28 de junio siguiente, el cuatro de abril de 2018 el citador del juzgado dejó constancia de la

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

comunicación vía celular intentada con el acusado, con resultado negativo por cuanto nadie contestó, sin embargo, paralelamente se libraron oficios en la misma fecha con destino Juzgado de Acevedo y a la emisora La Exitosa para los fines pertinentes, obteniéndose respuesta del juzgado en el sentido de no haber sido posible tal notificación, pero el presidente de la Junta de la Vereda Versalles dijo haberle informado a Vanegas Ordoñez sobre su requerimiento, además, el fiscal realizó gestiones por su cuenta, informándosele por el alcalde de Acevedo que, según sus averiguaciones el citado no residía en la vereda en cuestión-fs. 56, 57, 62 y 67-. Ese día se inició el juicio oral, sin embargo, concluida la práctica probatoria de la Fiscalía, se suspendió el acto a fin de permitir una nueva búsqueda del acusado y así obtener su testimonio. El cuatro de marzo de 2019 continuó el juicio con la presencia del acusado, pero el defensor no exteriorizó deseo de escuchar a su agenciado, por lo que la togada dio paso a los alegatos de conclusión-f.99- y luego se suspendió el acto para continuarlo el 15 de julio siguiente, decisión esta notificado en estrados al señor Vanegas Ordoñez, quien pese a ello no concurrió, por lo que, sin contar con su presencia se celebró la audiencia de individualización de pena y sentencia y se leyó el respectivo fallo.

El anterior recuento procesal revela con nitidez que, el procesado tuvo información telefónica sobre el inicio de un proceso penal en su contra, pues según constancias del citador y el togado, se le infirmó telefónicamente sobre la fecha de celebración de la audiencia de formulación de imputación, pero no compareció, siendo declarado contumaz. Sin duda, luego el juzgado de conocimiento incurrió en equívocos al citarlo, especialmente para la audiencia de formulación de acusación, pues se intentó ubicarlo en la Vereda Versalles de Pitalito, cuando este residía en esa misma vereda pero en Acevedo, incluso, no hay

constancia de haberse intentado localizarlo vía telefónica en esa precisa ocasión.

No sucedió lo mismo respecto de las demás audiencias, pues a pesar de haberse prolongado hasta la audiencia de juicio del 28 de junio de 2018 el intento errático de ubicar al procesado en zona rural de Pitalito, lo cierto es que el juzgado dejó constancia de los intentos infructuosos de comunicación a su número celular, situación esta no atribuible al juzgado sino al encartado, quien pese a haber suministrado ese número de contacto, se desatendió por completo de los posibles llamados de la justicia y nunca pudo ser ubicado por esa vía.

Recuérdese que a la luz del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, *"cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación"*, pero además, según el artículo 172 *idem*, a efectos de las citaciones *"...podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles..."*. Es decir, cuando se fija fecha y hora para una audiencia, las partes deben ser citadas a través de cualquier medio técnico a disposición del juzgado, incluyendo naturalmente el telefónico o celular. Además, la norma penal adjetiva no exige notificación personal del interesado, siendo suficiente su citación por cualquier medio expedito.

Por lo tanto, si fue Vanegas Ordoñez quien suministró a la justicia el número de un celular a fin de ser ubicado y citado a las audiencias, válido le resultaba al juzgado acudir al uso de este mecanismo a fin de informarlo sobre el particular.

Si bien en cierto que, en caso de no resultar posible la comunicación vía celular, el juzgado debía procurar enterar al procesado sobre las fechas de las audiencias a través de otros mecanismos, los que en efecto intentó pero erradamente para las audiencias de acusación y preparatoria, pues pidió su ubicación en zona rural de Pitalito, siendo que él residía en una vereda de Acevedo, esa situación no conduce inexorablemente a la declaratoria de nulidad, menos si en cuenta se tiene la siguiente pauta jurisprudencial:

"...la no asistencia del procesado a diligencias tales como la audiencia preparatoria y de juicio oral, planteamiento escasamente enunciado por la censora, tal cual lo ha sostenido la Corte, no genera nulidad.

En efecto, sobre el particular la Sala¹ ha expresado:

*[...] la persona que es penalmente incriminada puede presentarse e intervenir en el procedimiento penal, bien voluntariamente o por ser capturada, o también, previamente agotarse los mecanismos de búsqueda y citaciones, ser declarado persona ausente por el juez de control de garantías (artículo 127 id.). En cualquier caso, **dentro del sistema adoptado no es inexorable supuesto de la actuación procesal en una cualquiera de sus fases, la presencia del sujeto incriminado.***

En efecto, es así que entre las muchas características que tiene el nuevo sistema de juzgamiento que nos rige —como se sabe con una bien marcada tendencia acusatoria—, se encuentra aquella de no hacer inexorable la presencia del procesado en desarrollo de las diversas audiencias que desenvuelven el procedimiento.

¹ CSJ, SP 13 sep 2006, Rad. 25007.

[...] la audiencia preparatoria también comporta como estricto requisito de validez la presencia de juez, fiscal y defensor, mas no así la del imputado (artículo 355 id.). Tampoco resulta imperiosa dicha comparecencia al juicio oral, dado que la alegación inicial que impone la advertencia judicial al acusado sobre el derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio y la expresión sobre si se declara inocente o culpable, si bien en principio supondría su presencia, como ya se dijo no es un requisito de validez del acto, en forma tal que el propio ordenamiento positivo tiene previsto que el tratamiento para el contumaz o para la persona ausente es el mismo que se da al acusado que estando presente no hace manifestación alguna en torno a su inocencia o culpabilidad, es decir, que se entenderá en el primer sentido (artículo 367 id.).

En casos semejantes, bien puede el procesado renunciar de esta manera al derecho que le asiste de estar presente en el debate oral y, por tanto, a ejercer personalmente el contradictorio, con la aptitud de interrogar a los testigos de cargo que, en condiciones semejantes, estará en manos de su defensor. Se trata, entonces, de entender la incoercibilidad del imputado para participar en desarrollo de ciertos actos que están concebidos directamente como garantías propias, en tanto la ley lo deja en libertad de intervenir o no en ellos”².

Obsérvese que si bien el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal exige para la validez de la audiencia de acusación, la presencia del fiscal, el defensor y el procesado privado de la libertad, a este acto procesal *“también podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez”*. Además, el artículo 355 *idem*, refiriéndose a la instalación de la audiencia preparatoria, dispone que, *“para la validez de esta audiencia será indispensable la presencia del juez, fiscal y defensor”*.

² CSJ, Auto del 31 de mayo de 2017, AP3422-2017, Rad. 48138, MP Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

Así las cosas, sin desconocerse la importancia de lograr la presencia del sujeto pasivo de la acción penal en el curso del proceso, para permitírsele así el cabal y amplio ejercicio del derecho de defensa, en el presente caso la Sala advierte que si bien se erró en el intento de citar a Vanegas Ordoñez a las iniciales audiencias, con su proceder también contribuyó a en ese resultado, pues de un lado, pese a tener conocimiento del proceso en su contra, se despreocupó por su suerte y nunca indagó por el juzgado a cargo del mismo o las diligencias pendientes de practicarse, y de otro, como si no quisiera ser ubicado, dejó de usar o canceló la línea celular ofrecida como medio de contacto.

En este orden de ideas, reitérese que, si la presencia del procesado en las citadas audiencias no era requisito para su validez, menos si el propio encartado contribuyó en ello; improcedente resulta el pedido de nulidad suplicado por la Fiscalía y la defensa, máxime si no se indicó en qué medida los resultados del proceso habrían sido distintos si hubiese acudido el acusado a tales diligencias, es decir, si insatisfechos estarían los principios de protección, convalidación y trascendencia.

En cuanto a la no comparecencia del procesado al juicio oral, manifiéstese que, en esa fase procesal el juzgado acertó en sus intentos por ubicar a Vanegas Ordoñez, por cuanto remitió solicitudes de citación al corregidor de Acevedo, como correspondía, así como al juzgado y a la emisora de ese municipio, y además, procuró obtener contacto telefónico o vía celular. Por ende, no podría válidamente atribuirse al juzgado el fracaso de esas iniciativas de citación y la no presencia del acusado en la instalación del juicio al Despacho, menos si acudió a la sesión donde se presentaron los alegatos finales y pese a notificársele en estrados la fecha de la

siguiente audiencia, decidió no asistir, evidenciándose así nuevamente su indiferencia respecto del proceso en su adversidad.

- C. Entrando al estudio del último problema arriba planteado, declárese que, en el sistema penal adversarial creado por la Ley 906 de 2004, a las partes se les conceden amplias facultades a fin de garantizar la celeridad procesal y la participación del encartado en la resolución de su caso, permitiéndosele suscribir preacuerdos, aceptar cargos y celebrar estipulaciones probatorias.

Sobre éste último concepto, el mismo lo regula el inciso cuarto del artículo 10º del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual el juez podrá autorizar las estipulaciones o acuerdos a que lleguen las partes acerca de asuntos respecto de los cuales no haya controversia, *“sin que implique renuncia de derechos constitucionales”* (Destaca la Sala). Además, según el numeral cuarto del artículo 356 *ibídem*, en el curso de la audiencia preparatoria, una vez Fiscalía y defensa hayan enunciado las pruebas a hacer valer en el juicio oral, podrán manifestar si tienen interés en celebrar estipulaciones probatorias, entendidas como *“acuerdos...para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”*.

Por lo tanto, las estipulaciones probatorias buscan dotar de eficiencia el aparato judicial, evitando así las partes que el juez se desgaste en asuntos frente a los cuales no hay discusión o controversia. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que, *“...el criterio válido para juzgar la legitimidad de lo que las partes pretenden acordar, es el pragmatismo, son sus efectos prácticos, en cuanto si el hecho o su circunstancia acordada apunta a filtrar el juicio de controversias sobre aspectos*

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

*insustanciales, accesorios, con la finalidad de que el debate se ocupe de su razón de ser, de su objeto, de lo principal, de lo sustancial*³.

Así las cosas, las partes disponen de un amplio margen de maniobra en relación con los hechos materia de estipulaciones probatorias, siendo el respeto a las garantías fundamentales el único límite o barrera. Sobre el asunto la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Nótese, entonces, que el criterio orientador apunta a que las partes se encuentran habilitadas para convenir cualquier hecho o circunstancia de este, con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales.

Ese es el único límite impuesto por el legislador a las estipulaciones (no se olvide el carácter prevalente, obligatorio del principio rector), de donde deriva que existe libertad plena al respecto, siempre que lo convenido por las partes no traspase, al punto de vulnerar, aquellas garantías”⁴ (Destaca la Sala).

Lo anterior por cuanto bajo ciertas circunstancias, algunas estipulaciones probatorias podrían afectar la situación jurídica del procesado, esto es, significar la materialidad del delito, la autoría en el mismo o la estructuración de algún elemento del ilícito, eventos en los cuales se estaría disponiendo en últimas de garantías fundamentales personalísimas o en cabeza exclusivamente suya, como el derecho a la presunción de inocencia y a la no autoincriminación, por lo que, en tales casos deben los jueces exigir el consentimiento del acusado, pues solo él podría decidir si acepta renunciar a la controversia de aspectos torales de la acusación y asume las consecuencias procesales de esa expresa dimisión. De lo contrario, esto es,

³ CSJ. SP7856-2016-Sentencia del 15 de junio de 2016, Rad. 47.666, MP Dr. José Luis Barceló Camacho.

⁴ Idem

si se admite sin más ni más que el defensor pueda *motu proprio* pactar estipulaciones probatorias que afecten de manera sustancial la situación jurídica del acusado, el juez estaría legitimando al abogado para disponer de los derechos personales y garantías procesales de su agenciado como si fueran propios. En otras palabras y guardadas las proporciones, estimar habilitado al defensor para llevar a cabo un acto de tal relevancia, sería tanto como permitirle allanarse a cargos o celebrar un preacuerdo con la Fiscalía, sin consultar la opinión del interesado y obtener su expreso consentimiento, quien en últimas terminaría asumiendo las consecuencias de tal proceder. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en decisión adoptada el 13 de junio de 2012 en el Radicado 36.562, precisó: *"...de acuerdo con los límites impuestos por el legislador en el inciso 4º del artículo 10º de la Ley 906 de 2004, el juez sólo aprobará las estipulaciones que no impliquen la renuncia a la no autoincriminación y demás derechos de naturaleza constitucional no vinculados directamente con la actividad probatoria"* (Destaca la Sala).

Además, en el auto AP5589-2016 proferido el 24 de agosto de 2016 en el Radicado 44.106, la misma Alta Corporación negó la incorporación a juicio de una estipulación que recaía sobre el interrogatorio rendido por el indiciado en la fase investigativa, por estimar que ese acuerdo implicaba una renuncia a la garantía de no autoincriminación. Posteriormente, en un caso donde se alegaba vulneración a garantías fundamentales a raíz de unas estipulaciones probatorias, la Corte negó ese reclamo con fundamento en las siguientes razones:

"Observa la Sala que en las aludidas estipulaciones no existe ningún acuerdo que afecte las garantías procesales de la acusada, pues no se pactaron aspectos relacionados con la materialidad de las conductas punibles objeto de acusación, ni con la culpabilidad en la modalidad de dolo."

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

*Son válidas las estipulaciones que se refieren a los folios de la investigación que calificó la acusada y las valoraciones que efectuó para decretar la preclusión..., toda vez que se realizaron con fundamento en la facultad negociadora propia de los sistemas adversariales, **se efectuaron en presencia de la acusada** y su finalidad fue la de evitar que en el juicio se practicaran pruebas documentales cuyo contenido las partes no tenían interés de debatir⁵.*

De otro lado, nótese que, el artículo 458 Código de Procedimiento Penal consagra uno de los principios rectores de la declaratoria de nulidades procesales, concretamente el de taxatividad, según el cual, "*no podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferentes a las señaladas en este título*", es decir, i) Nulidad derivada de la prueba ilícita —artículo 455—, ii) Nulidad por incompetencia del Juez —artículo 456—, y iii) **Nulidad por violación a garantías fundamentales** —artículo 457—.

Adicionalmente, la declaratoria de nulidad implica el cumplimiento concurrente de los principios de protección, convalidación, trascendencia, instrumentalidad y residualidad. En relación con la procedencia de esta figura, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene sosteniendo lo siguiente:

*"... solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales*

⁵ CSJ. SP1483-2017-Sentencia del 8 de febrero de 2017, Rad. 46.893, MP Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

(convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en sí mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad)⁶.

Ubicados ya en el caso materia de estudio, declárese preliminarmente que, según lo revela la actuación, Vanegas Ordoñez se sustrajo por completo del deber a comparecer a los llamados de las autoridades judiciales y nunca acudió a las audiencias a las cuales fue citado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, encargado del juicio en su contra, excepto cuando se presentaron los alegatos de conclusión.

Por esa razón, después de llevarse a cabo las audiencias de acusación y preparatoria, y luego de varios aplazamientos en espera de la presencia del enjuiciado, el 28 de junio de 2018 inició la audiencia de juicio oral. En ese acto procesal, una vez la Fiscalía presentó su teoría del caso, el defensor público del acusado renunció a esa posibilidad por carecer de elementos materiales de prueba destinados a desvirtuar la hipótesis del ente acusador.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de octubre de 2011, Radicación 32143, MP Dr. José Leonidas Bustos Martínez.

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

Inmediatamente después se dio paso a la presentación de las estipulaciones probatorias, indicándose por Fiscalía y Defensa haberse acordado dar por demostrados los siguientes hechos⁷: i) La plena identidad de Celestino Vanegas Ordoñez; ii) Los resultados del experticio practicado por el técnico Álvaro Enrique Llanos Molina a un arma de fuego, tratándose de una pistola calibre 765, marca Walter Ppk, con un proveedor de un cartucho, de uso personal, en condiciones aptas para disparar y de **fabricación hechiza**; iii) Una constancia suscrita por el funcionario del CTI José Ismael Gutiérrez Aguirre el 16 de agosto de 2015, donde se certifica que a las 14:55 horas estableció comunicación con el Departamento de Control de Armas de Fuego de las Fuerzas Armadas y el Sargento I Pablo Prada Castañeda le informó que al procesado no le figuraba permiso para el porte de armas de fuego y que la pistola calibre 765, marca Walter Ppk no estaba en su registro o base de datos.

Cumplido lo anterior, el Fiscal presentó su único testigo, esto es, al Intendente Ariel Castillo Escobar, quien dio cuenta de las circunstancias bajo las cuales descubrió un arma de fuego en poder de Vanegas Ordoñez, luego de lo cual el ente acusador dio por concluida su práctica probatoria.

El cuatro de marzo de 2019, cuando prosiguió el juicio, simplemente se presentaron los alegatos de cierre, y finalmente, el 15 de julio de la misma anualidad se emitió el sentido condenatorio del fallo, se cumplió la ritualidad del artículo 447 del C.P.P. y se profirió la respectiva sentencia.

Aunque la togada ignoró la estipulación probatoria sobre la constancia de ausencia de permiso para el porte de armas por el encartado, por tildarla de lesiva de sus derechos fundamentales, dio por acreditada esa falta de

⁷ 12:10

autorización o elemento normativo del tipo penal, con el argumento que, por tratarse de un arma hechiza, según se demostró con otra estipulación probatoria 2, y como a la luz del artículo 14 del Decreto 2535 de 1993, ningún arma de esa condición podría estar amparada con salvoconducto o permiso para su porte, por ser prohibida, ello bastaba para declarar probado ese elemento del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas*.

Lo anterior muestra con nitidez la transgresión a las garantías procesales de Vanegas Ordoñez, pues en su ausencia, y por ende, sin haber dado su consentimiento, su defensor renunció a la controversia de aspectos medulares y permitió dar por demostrados asuntos neurales para el reproche penal en su contra. Es que, si bien se dio por probado un hecho sin mayor impacto en la situación jurídica del procesado, como lo fue su identidad, las estipulaciones ii y iii, sí comprometían su presunción de inocencia. Así el juzgado no haya valorado la estipulación iii, lo cierto es que, al haber sopesado la número ii, esto es, la condición hechiza del arma de fuego y su aptitud para ser disparada, terminó dando por probado elementos esenciales del delito materia de acusación, sin los cuales no habría sido posible deducirle responsabilidad penal al acusado, en otras palabras, con esa estipulación se definió en su contra la situación jurídica de Vanegas Ordoñez, sin haberse él ni siquiera enterado de esa situación.

Si en el caso en estudio se dio por probado que el arma incautada a Vanegas Ordoñez era de fabricación hechiza y apta para ser percutida o disparada, prácticamente se sentó el fundamento de la materialidad del delito y la autoría en cabeza del acusado, aspectos vitales en punto a la declaratoria de responsabilidad penal. Es que, sin mayores elucubraciones puede colegirse que, en primer lugar, si un arma de fabricación hechiza no puede estar amparada por permiso o salvoconducto alguno para su porte, pues según el

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

literal c) del artículo 14 del Decreto 2535 de 1993, este tipo de artefactos, excepto las escopetas de fisto, están prohibidas en todo el territorio nacional, luego entonces, el acusado no podía estar autorizado para llevarla consigo; y en segundo término, si el arma era apta para ser disparada, satisfecha estaría la exigencia del artículo 5º *ibidem*, según el cual, son armas *"todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona"*. En definitiva, se acreditaron los elementos normativos del tipo penal consagrado en el artículo 365 del Código Penal, con unas estipulaciones celebradas sin la anuencia del justiciable.

Mediante esas estipulaciones, el defensor se atribuyó una facultad personalísima del sujeto pasivo de la acción penal, es decir, la prerrogativa del enjuiciado a disponer del derecho a la no autoincriminación. Tal proceder impone la declaratoria de nulidad de lo actuado, máxime si se cumplen los principios rectores de esta medida extrema, como se ilustrará.

En criterio del Tribunal, la condena con fundamento casi exclusivamente en las mentadas estipulaciones probatorias, vulneró el derecho al debido proceso del acusado en su forma, pues a través de la pasividad del *a quo* se terminó contrariando y desatendiendo el inciso 4º del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, el juez autorizará los acuerdos probatorios, siempre y cuando no conlleven a una renuncia a derechos constitucionales, como aquí sucedió.

Se afectó también en lo sustancial, elementos indispensables de la referida garantía constitucional⁸, a saber: i) El respeto a las formas propias del juicio

⁸ CSJ. STP12531-2017, Sentencia del 27 de agosto de 2017, Rad. 554439, MP Dr. Fernando Alberto Castro Caballero: "El debido proceso queda entonces definido como aquél que se desenvuelve de acuerdo con las leyes preexistentes al acto, ante juez o tribunal competente y con observancia plena de las formas propias de cada juicio, involucrando los derechos a la defensa técnica y material durante

16

oral, entre ellas, la práctica probatoria, extrañada en el caso en estudio, por cuanto el juicio se agotó fugazmente y casi sin dar lugar a la controversia propia de esa fase procesal; ii) el derecho a controvertir las pruebas, pues si ninguna probanza se practicó sobre aspectos medulares de la materialidad del delito, por elemental sustracción de materia, nada se pudo debatir; y iii) la garantía a la no autoincriminación, ya que el letrado dispuso de la personal prerrogativa del acusado a renunciar a la controversia de aspectos relevantes para la resolución de su caso, como la materialidad del delito y la autoría del mismo, lo cual relevó a la Fiscalía del deber de acreditar esos trascendentes asuntos, en perjuicio de la situación jurídica del procesado. Bajo tales condiciones, satisfecho estaría el principio de taxatividad.

Igualmente, se colman los principios de protección y convalidación; pues de un lado, el procesado no fue quien dio lugar con su conducta al motivo invalidatorio en cuestión, por cuanto se insiste, en razón a su ausencia procesal, nunca consintió tales estipulaciones probatorias, y de otro, la irregularidad anotada jamás la convalidó el acusado, precisamente como resultado de su ausencia.

En cuanto al principio de trascendencia de la irregularidad cometida, téngase en cuenta que, según postura jurisprudencial, *"...no cualquier anomalía conspira contra la vigencia del proceso, pues la afectación debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar algún derecho fundamental de las partes o intervinientes..."*⁹. Por lo tanto, debe afectarse real y ciertamente las garantías fundamentales o alterarse las bases

la investigación y el juicio, al trámite sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen, a la presunción de inocencia, a impugnar la sentencia y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de junio de 2011, Radicación 34022, MP Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

Procesado	Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación	41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

esenciales de la actuación, situación evidenciada plenamente en el presente caso, pues como ya se anticipó al estudiarse el principio de taxatividad, la transgresión al debido proceso fue tal, que pese a recaer en la Fiscalía la carga de llevar a juicio las pruebas sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, en el caso bajo estudio, el juicio terminó siendo un acto casi carente de todo contenido; ya que, aun cuando se procuró agotar las ritualidades propias de esa diligencia, estuvo ausente lo medular y característico de esa fase procesal, esto es, la controversia o debate probatorio de los fundamentos esenciales de la relación jurídica en el proceso penal, a lo cual se renunció, por cuanto se admitieron casi la totalidad de los elementos de la ilicitud, sin estar presente quien podía disponer de ellos, pero además, careciéndose por la defensa de una teoría del caso o hipótesis defensiva que justificara ese proceder.

En últimas, si a la luz del literal k) del numeral 8° del Código de Procedimiento Penal, el procesado tiene derecho a "*tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo...*"; y si en parte lo anterior no ocurrió en la audiencia del 28 de junio de 2018, no porque así lo dispusiera Vanegas Ordoñez, sino debido a que su defensor estipuló casi todos los hechos de interés para la teoría del caso de la Fiscalía; significa que el letrado —con la permisividad de la togada— en la práctica renunció al derecho de su agenciado a tener un juicio con las características ya enunciadas, violentándose así uno de los elementos torales del debido proceso.

Además, el jurista dispuso del derecho a la controversia probatoria en cabeza de su representado, pues además de no haberse practicado ninguna prueba a pedido suyo, a la postre le allanó el camino a la Fiscalía, quien en el curso del juicio no tuvo mayor preocupación por demostrar la comisión del delito y la responsabilidad endilgada al acusado, por cuanto su contraparte casi todo lo estipuló.

Adicionalmente, declarados los elementos determinantes del reproche penal contra Vanegas Ordoñez, tales como la materialidad del delito y la autoría del mismo, el defensor dispuso también de derecho de su prohijado a la no autoincriminación, pues con fundamento en las estipulaciones en comento, es posible deducir que, fue al procesado y no a otra persona a quien se le halló un arma de fuego hechiza apta para ser disparada, lo que sumado a la inactividad probatoria de la defensa y falta de una teoría del caso sobre el proceder del acusado, terminó siendo el soporte de la condena en su adversidad.

La referida situación minó las bases del proceso y desdibujó por completo el propósito de las estipulaciones probatorias, el cual no es otro distinto a sustraer del debate aspectos superfluos, accesorios o irrelevantes para las partes, jamás el facilitar una condena, menos sin contar con la presencia del acusado, como sucedió en el caso *sub judice*.

Cumplidos así estarían los principios de instrumentalidad y residualidad, pues el juicio no cumplió la finalidad a la cual estaba destinado, por haberse estipulado casi la totalidad de hechos de interés exclusivo del ente acusador; irregularidad respecto de la cual no queda camino distinto a la de declarar la nulidad, ya que no podría subsanarse o mantenerse a salvo una actuación donde la defensa se atribuyó facultades ajenas y así

menoscabó los derechos de su agenciado, como tampoco aplicar la cláusula de exclusión respecto de esas dos estipulaciones y emitir el correspondiente fallo de segunda instancia, porque de hacerlo, se estaría dejando sin acreditarse aspectos procesales relevantes en relación con los cuales la Fiscalía confió en su momento poder probarlos a través de simples estipulaciones.

Marginalmente, la Sala también advierte ausencia de defensa técnica a raíz de la pasividad mostrada por el anterior jurista, cuando pese a suspenderse la audiencia del 28 de junio de 2018 con el único fin de ubicar al procesado y así escuchar su versión de los hechos en el juicio oral, nada dijo al respecto en la audiencia del cuatro de marzo de 2019, cuando su prohijado compareció, dándose así paso a la presentación de los alegatos finales y perdiéndose la oportunidad de auscultar, por ejemplo, en la hipótesis luego planteada por la Fiscalía sobre el porte precario del arma de fuego. Es decir, inicialmente se procuró suspender la audiencia con miras a llevar al acusado a juicio y escuchar su testimonio, sin embargo, dejó pasar la ocasión sin ningún miramiento, pues jamás se dijo que el procesado se hubiese negado a declarar, simplemente no hubo interés de la defensa en esta opción.

Obsecuente a la anterior motivación y acogiendo los planteamientos del actual defensor, la Sala declarará la nulidad de lo actuado a partir de la incorporación de las estipulaciones probatorias ii y iii en el curso de la sesión del juicio realizada el 28 de junio de 2018, y por ende, todo el acontecer procesal posterior —incluida la práctica probatoria y la sentencia proferida el 15 de julio de 2019—, para que en su lugar, las partes se abstengan de estipular los hechos que fueron objeto de esos concretos pactos y se continúe con el curso normal del juicio, esto es, con la práctica de las probanzas decretadas, las alegaciones

Procesado Celestino Vanegas Ordoñez
Radicación 41551 60 00 597 2015 01332 01
Delito Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o municiones

13

finales, la emisión del sentido del fallo y de la respectiva sentencia. Lo anterior no es óbice para que, en caso de comparecer el procesado a las audiencias, este pueda expresar su consentimiento en las eventuales estipulaciones probatorias trascendentes para la resolución del caso, siempre y cuando no se trate de renuncia a derechos constitucionales.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del momento en que fueron incorporadas a la actuación las estipulaciones probatorias ii y iii en la audiencia de juicio oral del 28 de junio de 2018, y **DISPONER** que se rehaga la actuación en los precisos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. MANIFESTAR que la presente decisión queda legalmente notificada en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

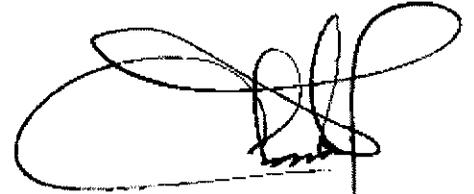
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS¹⁰
(Providencia virtual)

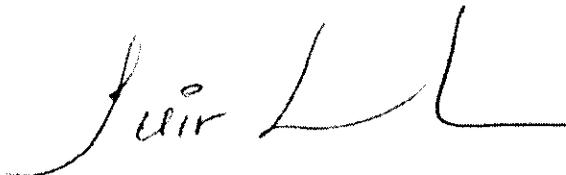
¹⁰ La presente decisión se suscribe de forma virtual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 que autorizó la utilización de firmas escaneadas, en concordancia con lo señalado en los artículos 12 y 13 del Acuerdo PCSJA20-11546 expedido el 25 de abril de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura sobre el deber de los servidores judiciales de prestar el servicio desde sus casas y emplear las tecnologías en sus actuaciones.



HERNANDO QUINTERO DELGADO
(Providencia virtual con salvamento de voto)



ÁLVARO ARCE TOVAR
(Providencia virtual)



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria
(Providencia virtual)

Folio No. Tomo No. del libro de autos penales.

SALVAMENTO DE VOTO PROCESO CELESTINO VANEGAS ORDÓÑEZ

Con el respeto acostumbrado por la decisión de la mayoría, me permito manifestar las razones por las que no comparto lo resuelto por la Sala al desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y la defensa del señor **Celestino Vanegas Ordóñez**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito el 15 de julio de 2019, que lo condenó como autor de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones – Art. 365 C.P. –, y negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así:

Para iniciar, destáquese que el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución política¹ prevé en forma restrictiva el derecho para el sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, aunque podría pensarse que su contraparte y demás intervinientes pueden hacerlo conforme al inciso primero del canon 31 de la misma Carta², que permite apelar sin restricción la sentencia judicial o a la consulta de la misma; no obstante, aquellas normas divergen en cuanto al sujeto del derecho, a su objeto, al contexto de su ejercicio y al margen de configuración del legislador. Es decir, la primera disposición contiene una regulación especial que prevalece sobre la segunda, por lo que ninguna antinomia puede pregonarse en el cotejo de ellas.

Antes de entrar en honduras debe decirse que a partir de las características del proceso penal acusatorio se determinan las actuaciones de los sujetos procesales en el ejercicio del derecho penal. Cada uno de ellos tiene una forma de participación frente al ejercicio de la acción penal y al mismo tiempo deben comportarse de acuerdo al rol que determina su actividad, de tal forma que el ejercicio del acto procesal respete los procedimientos reglados con la finalidad de cumplir con la preservación del Estado democrático. En otras palabras, los sujetos procesales tienen la garantía estatal para actuar bajo procedimientos legales que delimiten su participación en el proceso, pero al mismo tiempo cuentan con derechos que pueden ser exigibles frente a la autoridad judicial en el momento en

¹ “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

² “[l]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”

que sean desconocidos con relación al derecho sustancial o procesal, de acuerdo con las normas legales establecidas, en coherencia con su relación persona-Estado.

Se tiene entonces que el artículo 29 precisa en forma clara que el sujeto del derecho a impugnar la sentencia condenatoria es nadie menos que el sindicado, de tal suerte que los otros sujetos procesales o partes del proceso penal, llámese fiscalía, víctimas, ministerio público etc., no son titulares de este derecho. En el presente evento se trata de la apelación de una sentencia condenatoria y por ello el único autorizado por el constituyente sería el sentenciado, no la fiscalía que lo hace para alegar y proponer absolución por "porte precario" confundiendo su rol de acusador con la del defensor.

Es inconcuso que el objeto del derecho reconocido en aquella norma está limitado a impugnar la "sentencia condenatoria", que bien puede hacerse a través de diversos medios como los recursos y, entre estos, el de apelación, de tal suerte que no es posible identificar apelación con impugnación porque esta última es una categoría mucho más amplia que la primera. Ahora bien, del contexto del derecho a impugnarla se extracta que es la decisión proferida por un juez penal, pues solo en los procesos penales existe aquel sujeto procesal denominado: sindicado.

El verbo impugnar que utiliza es genérico, no se refiere a una forma de refutar en particular, ni menciona recurso alguno y como el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de refutar las sentencias está referenciando la norma a todos ellos, entre los que se encuentran: la acción de revisión, el recurso extraordinario de casación, el recurso ordinario de apelación y la nulidad, que es la otra solicitud que hace la fiscalía contra la sentencia condenatoria, aspecto que define la inviabilidad de su trámite porque es inconcuso que ese mecanismo es una de las acepciones de aquel término. Sobre este último punto la Corte Constitucional³ expresó:

*"La nulidad de los actos procesales. **Otro medio de impugnar las sentencias condenatorias, consiste en la nulidad.** Las causales de nulidad establecidas por el artículo 304, (...) cobijan todo lo que podría invocar en su favor el condenado, con base en el debido proceso y en la violación del derecho de defensa. (...)" (subrayado).*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos determinó en un caso concreto de su competencia: *"El recurso contra la*

³ Sentencia C-934/06

sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a **la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar** y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal". Y continuó diciendo: "(...) el artículo 8.2.h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En ese sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, **cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión**, así como la interpretación de normas referentes a la valoración de las pruebas siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas." (Subrayado)

En conclusión ningún trámite debió dársele al recurso de apelación ni a la nulidad que presentara la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia condenatoria proferida contra el señor **Celestino Vanegas Ordóñez**, pues el artículo 29 de la Constitución Política restringe la impugnación de la sentencia condenatoria al sindicado (o condenado), condición que por obviedad aquí no tiene el acusador.

Esto significa que solo debió atenderse las suplicas del apoderado del sentenciado que cuestiona el contenido y alcance de las estipulaciones probatorias, pues según él no fueron objeto de un adecuado control del juez de conocimiento que las permitió en asuntos controversiales y dejó al acusado en una situación de indefensión ante los hechos y cargos formulados, con quebranto de la defensa técnica y de la presunción de inocencia, ya que giraban sobre la ausencia del respectivo salvo conducto del arma de fuego incautada y del dictamen que especifica que el arma es hechiza, que se pactaron sin el consentimiento del procesado, elementos cognoscitivos que soportan la condena.

Advirtió que si el a quo excluyó o no valoró la estipulación probatoria relacionada con la carencia de permiso para el porte de armas por su agenciado, por vulnerar la directriz contenida en el artículo 10 de la ley 906 de 2004, debió proceder en la

misma forma con el acuerdo sobre la naturaleza hechiza del arma, sin embargo, se basó en ella para fundamentar su condena pese a tratarse de un tema de controversia sustancial y que estructuraba un elemento esencial del delito.

Pues bien, en la aludida actuación la Fiscalía y la Defensa acordaron dar por demostrados los siguientes hechos: i) La plena identidad de Celestino Vanegas Ordoñez; ii) Los resultados del experticio que rinde el técnico **Álvaro Enrique Llanos Molina** sobre un arma de fuego, tipo pistola calibre 765, marca Walter Ppk, con un proveedor de un cartucho, de uso personal, en condiciones aptas para disparar y de fabricación hechiza; iii) Una constancia suscrita por el funcionario del CTI **José Ismael Gutiérrez Aguirre** el 16 de agosto de 2015, donde se certifica que se comunicó con el Departamento de Control de Armas de Fuego de las Fuerzas Armadas y el Sargento I **Pablo Prada Castañeda** le informó que al procesado no le figuraba permiso para el porte de armas de fuego y que la pistola calibre 765, marca Walter Ppk no estaba en su registro o base de datos.

Destaca la ponencia que en ciertas circunstancias, algunas estipulaciones probatorias podrían afectar la situación jurídica del procesado, por implicar la materialidad del delito, la autoría en el mismo o la estructuración de algún elemento del ilícito, relacionadas con garantías fundamentales personalísimas o en cabeza exclusiva del encartado, tales como la presunción de inocencia o la no autoincriminación, eventos en los que se requiere el consentimiento del acusado, para decidir si acepta renunciar a la controversia de aspectos torales de la acusación y asume las consecuencias procesales de esa expresa dimisión y lo coteja como si fuera la misma situación de los preacuerdos o allanamientos.

Subráyese que las estipulaciones probatorias son un mecanismo propio del nuevo sistema cuyo propósito es evitar el desgaste a través de inútiles dilaciones, pero debe estar precedido del principio de legalidad, de modo que si se controvierte abiertamente el contenido de las mismas, no es válida su aceptación por el juez. Se pueden realizar sobre cualquier hecho o circunstancia que integre el debate probatorio, sin que por ello las partes pierdan el derecho de controvertir la valoración de la misma; pero, por definición, se reduce a "algunos" y no a todos los hechos o circunstancias, asunto que aquí se soslaya analizar, además que hace parte de la capacidad de disposición de los contendientes sobre la base de respetar los derechos fundamentales del acusado. Por supuesto, se exige el máximo de aplicación del principio de buena fe y la lealtad procesal.

Es decir, son procedentes cuando las partes concluyen que un determinado aspecto no hará parte de la controversia, ya sea porque la evidencia con que cuenta una o ambas partes no deja duda sobre su acreditación o por la poca trascendencia que puede representar para el debate. Por ejemplo, una cosa es que se estipule que la droga fue hallada en el domicilio del acusado y otra muy distinta, que al juez le quede claro en qué sitio exacto fue descubierto el alucinógeno, detalles que pueden ser fundamentales para demostrar algunos aspectos subjetivos, como por ejemplo el conocimiento que tenía el reo de la existencia de la sustancia ilegal. Otra referencia es la de *"... en un accidente de tránsito por ejemplo, se pueden estipular como hechos, el accidente mismo, la muerte de una persona, etc., y como circunstancias inherentes a esos hechos, el estado de alicoramiento del conductor, las condiciones mecánicas del vehículo, el estado de las vías, etc.- Se deduce entonces, que si el acusado no niega su intervención en el hecho, y por el contrario rebate la existencia de la imprudencia, los sucesos o circunstancias mencionadas, son susceptibles de estipulación y como tal resultan procedentes"*⁴.

Ninguna justificación permite esgrimir que el ente acusador se ocupe por demostrar situaciones, hechos o circunstancias que la defensa conoce y acepta que ocurrieron y que admite que sucedieron como lo plantea la acusación; en este caso sería que el criminalista del C.T.I. llamó a Indumil y que la persona que le contestó le indicó que al encartado no le aparecía licencia para portar armas de fuego expedida por esa entidad. Cómo decir aquí que nunca se dio esa averiguación ni que esa fue la respuesta.

Ahora, cómo desconocer que esa fue la estrategia que trazó la defensa dado que aquel dato, si bien es suficiente para direccionar la investigación y para atender las necesidades de las audiencias preliminares, resulta dudoso que del grado de probabilidad pueda escalar al de certeza necesaria para condenar, ya que se sustentaría en lo que otra persona le dijo al investigador, que lo enmarca como una prueba de referencia inadmisibile, independientemente de que sea el dicho de otro servidor. Esto muestra que el análisis del *a quo* tiene efectos catastróficos por dar por sentado que esa estipulación que él aprobó, que lo obligaba a tenerlo como hecho o circunstancia probada, era un tema de controversia sustancial en el caso concreto, que estructuraba como un elemento esencial del delito, lo que llevó a la defensa a pregonar que ese mismo hilo de argumentación aplicaba para el

⁴ <http://burbanotamayoabogados.blogspot.com>.

dictamen pericial, incluso alcanzaría para derruir el convenio sobre la plena identidad del encartado.

Empero, cómo sustraerse que existe un dictamen pericial realizado sobre un arma de fuego que conceptuó que era una pistola hechiza con un proveedor de un cartucho, de uso personal y en condiciones aptas para disparar; pues, es evidente que existe una base probatoria innegable. Aquí lo esencial es que las partes nunca estipularon responsabilidad de acusado en los hechos imputados, punto en el que sí existe disputa.

De conformidad con lo previsto en el párrafo del numeral 4 del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal⁵, las estipulaciones son los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias, ellos son los únicos legitimados para llevar a cabo este acto procesal⁶. Las estipulaciones, tal como lo señala el inciso 4 del artículo 10 del mismo estatuto, deben versar sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva sin que las mismas impliquen renuncia de los derechos constitucionales.

Así, nunca pueden ser estipulados los hechos que estén exentos del descubrimiento de prueba⁷, ni aquellos que sean impertinentes de conformidad con los mismos y con las circunstancias a los que se refiera la formulación de acusación, tampoco los que son inadmisibles, inútiles, repetitivos, los hechos notorios o que no requieren prueba⁸, ni los que tengan una redacción confusa o equívoca, o que carezcan de base probatoria. Bajo estas elementales reglas, cuando pactaron aquellos aspectos que ahora cuestionan en la alzada, quedaron en forma específica por fuera de este debate probatorio, no otros que se avizoran o el que se relaciona con la responsabilidad del acusado.

⁵ Artículo 356. Desarrollo de la audiencia preparatoria En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.
2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.
4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

PARÁGRAFO. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, proceso 31853 del 15 de septiembre de 2010.

⁷ artículo 345 del CPP

⁸ artículo 359 del CPP

Con tal propósito la parte interesada podía debatir que una constancia de un acto de investigación tenga la condición de elemento cognoscitivo, que al parecer fue lo que aquí se convino, o que el testimonio de ese funcionario de policía judicial tenga el carácter de prueba directa para condenar, o cuestionar la autenticidad de los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre la cual se hizo alguna estipulación, en este caso que el arma analizada es la misma que fue incautada y sobre la cual se protegió la cadena de custodia.

De esa forma, si el juzgador adiciona o tergiversa la estipulación, y a raíz de ello da por sentado que las partes sustrajeron del debate probatorio un determinado hecho, sin ser ello cierto, puede dar lugar a que ese aspecto de la premisa fáctica del fallo se dé por probado sin que existan medios probatorios que den cuenta de su ocurrencia, un falso juicio de existencia. Por estas razones no son ciertas las conclusiones del *a quo* ni la de mis compañeros de sala, dado que lo convenido jamás necesariamente conllevaría a una sentencia condenatoria si no se allegan otros insumos necesarios para llegar al grado de certeza.

Indica la ponencia que en relación con las circunstancias modales bajo las cuales se halló un arma de fuego en poder de **Celestino Vanegas Ordoñez**, se allegó el testimonio del agente captor, Intendente **Ariel Castillo Escobar**, que reveló que al acusado le incautó un arma de fuego que llevaba en un bolso que portaba, nada más, argumento con el que descartaba la hipótesis del porte precario por el cual la fiscalía solicitó la absolución y que eventualmente podría explicar también las estipulaciones probatorias que el defensor convino.

Esta posibilidad se da cuando solo se ha ejercido una posesión esporádica y circunstancial del arma de fuego, en la que se descarta dominio o posesión permanente de la misma y correlativo a ello el ánimo de usarla a sabiendas que carece de la licencia respectiva. La tesis de la mera tenencia por haberla ocultado en el bolso, implicaría reconocer haber tenido en su poder el arma de fuego sin licencia, lo que ninguna vulneración de derechos fundamentales se habría concretado en la prueba convenida. Para efectos de la consumación del delito de acción, se requiere de un mínimo de continuidad en la posesión de armas, la tenencia fugaz y momentánea se halla excluida al no representar un peligro para el bien jurídico tutelado consistente en la seguridad pública.

Existe contacto fugaz del autor con el arma cuando el agente arrebató el arma a un transeúnte para atacar a su víctima o cuando el objeto material del hurto es un arma de fuego, a manera de ejemplo.

Si un policial halla un arma de fuego y la misma es remitida al perito en balística para que dictamine sobre su idoneidad para disparar, es necesaria la declaración de ambos testigos. Si sólo se lleva el testimonio del experto, lo único que se habrá demostrado es que el arma es idónea para los fines que le son propios, pero no habrá prueba de que ese fue el artefacto hallado al procesado, porque el perito no participó en el proceso de incautación.

Sin embargo, sorprende que aquí se dio por establecida la autenticidad de la evidencia y que lo incautado fue sometido al protocolo de cadena de custodia, o a otro mecanismo de autenticidad que garantizara su mismidad, o si el agente captor lo fijó mediante video o tomas fotográficas, que simplemente expresa que el acusado la llevaba en un bolso sin hacer referencia a las normas que regulan el aseguramiento y protección de la prueba.

De esa manera, entendió el *a quo* satisfecha “la individualización de dicho elemento”, lo que en su parecer, sumado a la demostrada idoneidad del material incautado y a la ausencia de permiso para su porte, estructuró la conducta punible de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, pero soslayó referenciar el manejo de la cadena de custodia de conformidad como se presentaron los hechos, factor determinante para la configuración normativa de la conducta punible imputada, pues la misma debió recaer sobre el objeto configurativo del tipo penal relacionado con el arma de fuego.

La Corte Suprema de Justicia explica que la autenticación de evidencias físicas tiene un claro contenido factual, por lo que es un tema de prueba referido a la demostración de que “una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”⁹.

No obstante lo anterior, si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de

9 CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 3 sep. 2014, rad. 41908; CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

conocimiento¹⁰, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que la presente.

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento "*personal y directo*" de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

En un proceso similar a este, en el que la policía recuperó un arma de fuego en una vereda de la ciudad de Popayán y se atribuyó procesado su porte sin permiso de autoridad competente. El arma fue "recogida" por los patrulleros, quienes así lo declararon el juicio, sin que acreditaran que embalaron técnicamente la evidencia, pues manifestaron que la llevaron en sus manos a la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía, cuando era necesario que registraran en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió¹¹.

Queda demostrado entonces que muchos son los aspectos que forman parte de los hechos jurídicamente relevantes para tener por acreditada la conducta punible de porte ilegal de armas, así como el nexo psicológico del inculpatado con el delito atribuido; pero, aunque la defensa se queda corta en la sustentación del recurso y se limitó a pregonar una nulidad de lo actuado en el proceso de incorporación de las estipulaciones probatorias, que no la observa quien disiente del fallo mayoritario por las razones anotadas, al ser decretada la sala le está dando una nueva oportunidad al ente acusador para mejorar la prueba que debe recaudarse en el juicio.

De otro lado, cada medio de prueba tiene dispuesto en la ley su propio debido proceso¹², pero la conculcación de aquéllos o de éste frente a determinado elemento de convicción, eventualmente generará su desestimación o falta de consideración como fundamento de la decisión judicial; esa es la consecuencia a la sanción impuesta en el artículo 29 de la Carta Fundamental y 23 de la Ley 906

¹⁰ artículo 277 de la Ley 906 de 2004

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18/01/2017, SP160-2017, radicación 44741

¹² Ley 906 de 2004, artículos 372 a 441.

de 2004, pues la "*nulidad de pleno derecho*", de acuerdo con arraigada doctrina, significa inexistencia jurídica del medio probatorio, lo cual da lugar a la exclusión de la prueba del acervo probatorio en el que ha de fundarse una decisión judicial, mas no anular el juicio para volverlo a realizar sino fallar con lo allegado.

Sin más consideraciones,



HERNANDO QUINTERO DELGADO
Magistrado



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA SALA DE DECISIÓN PENAL

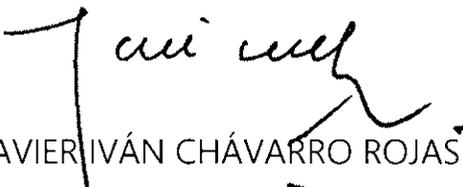
Contra: Celestino Vanegas Ordoñez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas
CUI: 41551 60 00 597 2015 01332 01

Neiva, miércoles seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020)

Si en razón a la emergencia declarada en el territorio nacional por el Presidente de la República a través del Decreto 385 del 12 de marzo de 2020 a fin de contrarrestar los efectos de la pandemia causado por el Covid-19, la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCSJA20-11517 del pasado 15 de marzo, mediante el cual suspendió los términos judiciales y ordenó a los servidores judiciales trabajar desde sus casas; si con Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril anterior se crearon excepciones a esa regla en ciertos asuntos de competencia de los jueces penales de conocimiento y se dispuso continuar prestando el servicio desde las residencias de los servidores judiciales a través de las tecnologías de la información, precisándose que, los memoriales y comunicaciones podrían enviarse o recibirse por correo electrónico; si a luz del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, por regla general las providencias deben notificarse en estrados a las partes, pero el inciso 3º de esa norma señala que, *“de manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”*, y si el pasado 30 de abril la Presidencia de la Sala Penal de esta Corporación expidió el “PROTOCOLO PARA EL TRÁMITE DE PROCESOS

PENALES Y CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS EN LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA”, donde dispuso que, la notificación de las providencias emitidas en los procesos penales se efectuara vía correo electrónico; se ordena que por Secretaría se notifique la decisión aquí proferida a las partes e intervinientes a través del medio más expedito a su disposición, siguiendo los lineamientos del inciso 3º del artículo 169 del C.P.P.

CÚMPLASE


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS