



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado Ponente

SP1003-2017

Radicación N° 45464

(Aprobado acta N° 025)

Bogotá, D.C., primero (1°) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala examina, de forma oficiosa, si se vulneraron garantías fundamentales en el trámite de la referencia seguido en contra de **IVAN CELY CELY**.

H E C H O S

Fueron expuestos en pretérita ocasión por la Corte, de la siguiente manera:

“El día 16 de abril de 2010, aproximadamente a las 6 p.m., fue víctima del delito de secuestro el adolescente de 17 años de edad L.J.T.M. [...]. Llegaron a su residencia tres personas hoy ya

identificadas (Juan Carlos Rodríguez Pinto, Nelson alias “El Paisa” y Mario Cely Barreto), ingresaron arbitrariamente al lugar [...] portando armas de fuego de uso personal, procedieron a intimidar al joven y dos personas más que se hallaban en dicha casa [...] y seguidamente procedieron a llevar, retener y ocultar a dicho adolescente.

Posterior al secuestro [...] su padre [...] recibió varias llamadas telefónicas. Un hombre que se identificó como miembro de las autodefensas, a cambio de la liberación de su hijo, le hizo una exigencia económica de \$500.000.000 so pena de atentar contra la vida del joven.

Días después, el plagiado fue rescatado por miembros de la Policía Nacional adscritos al Gaula-Casanare, en un proceso de verificación de información en hechos ocurridos la tarde del día 23 de abril de ese año, en área rural de la vereda Guineo del municipio de Aguazul. En dicho rescate fue dado de baja la persona identificada como Ramiro Cifuentes Orozco Pinto y capturado Juan Carlos Rodríguez Pinto, ya judicializado, igualmente en dicho sitio fue hallada y recuperada una de las armas de fuego utilizadas en esta conducta.

*De acuerdo a los operativos de inteligencia realizados por las autoridades, se dice que el secuestro fue planificado por los señores Bladimir Culman Sunz e **IVÁN CELY CELY**, éste último aprovechando la condición de profesor de música del menor desde hace varios años, quien al parecer era la persona encargada de aportar los datos [...] para facilitar el delito”.*

A N T E C E D E N T E S

1. Culminada la fase del juicio y anunciado el sentido absolutorio del fallo por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal (Casanare), estrado judicial al que correspondieron las diligencias, se dictó la respectiva sentencia el 26 de junio de 2014.¹

2. Apelada esta determinación por la Fiscalía, el Ministerio Público y el representante de las víctimas, fue

¹ Cfr. Folio 156 cuaderno actuación 2

revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal -Sala Única- el 29 de octubre de 2014 que, en su lugar, le impuso a **CELY CELY** las penas principales de prisión por cuatrocientos veinticuatro (424) meses, multa de cuatro mil doscientos (4200) salarios mínimos legales mensuales y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, al hallarlo coautor responsable de los delitos de secuestro extorsivo y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones (artículos 169 y 365 del Código Penal).²

3. Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el apoderado de **CELY CELY** en contra esta providencia, fue inadmitido por la Corte en proveído del 29 de abril de 2015, en el cual se dispuso que las diligencias regresaran al despacho del Magistrado Ponente para examinar la probable vulneración de garantías fundamentales, en punto de la posible conculcación del principio de congruencia y del de legalidad, respecto de la imposición de la pena accesoria.³

4. Agotado el trámite de insistencia sin que la Procuraduría Delegada ante esta Corporación hubiese hecho uso de tal facultad, con ocasión de la petición que en ese sentido elevó el apoderado de **CELY CELY**,⁴ se procede a resolver lo pertinente.

² Cfr. Fl. 260 c.a 2

³ Fl. 5 y siguientes cuaderno Corte

⁴ Fl. 29 y s.s. cuaderno Corte

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De acuerdo con lo reseñado en el citado auto de 29 de abril de 2015, advierte la Corte que en este asunto el Tribunal, al proferir sentencia condenatoria por el delito consagrado en el artículo 365 del Código Penal, transgredió el debido proceso. Ahora, no obstante que tal vulneración conforme la postura jurisprudencial para esa época se develaba por vía de la eventual conculcación del principio de congruencia contemplado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004,⁵ el nuevo criterio que maneja la Sala mayoritaria acerca del punto (CSJ SP 6808-2016) conlleva a un reexamen del caso que presenta la violación a las formas propias del juicio, en su componente de actos concatenados cuyo cumplimiento legitima fases ulteriores, como la circunstancia prevalente que infirma parcialmente la validez del fallo. Véase:

2. Al cotejar la sesión de juicio oral en la que el delegado de Fiscalía expuso su alegato de cierre,⁶ se vislumbra que el funcionario hizo un recuento de los hechos y de las pruebas practicadas con el fin de evidenciar que **IVÁN CELY CELY** hizo parte del grupo que planeó y ejecutó el secuestro del joven L.J.T.M., poniendo en entredicho la retractación del testigo Juan Carlos Rodríguez Pinto en cuanto al señalamiento inicial que realizó en ese sentido. Así, y recabando en los medios de convicción que

⁵ “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”

⁶ Cfr. sesión de 20 de noviembre de 2013, grabación 1, récord 8:13 y s.s

convergián a ubicar al implicado como uno de los gestores de la retención del adolescente, solicitó se dictara fallo condenatorio en su contra “*por el delito de secuestro extorsivo agravado*”, sin explicitar consideraciones adicionales.⁷

Es decir, ninguna mención, siquiera tácita, hizo con relación a la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones ya bien fuera para pedir sentencia de condena o absolutoria, tratándose de ella.

Frente a lo anterior, la delegada del Ministerio Público refirió que con las pruebas recaudadas estimaba desvirtuada la presunción de inocencia de **CELY CELY** por lo que avaló la petición de condena elevada, aclarando que la formulación de acusación incluyó este último ilícito del cual no hizo alusión el Fiscal en esa diligencia⁸ y a continuación presentó una tesis similar a la esbozada por ese funcionario durante su alocución, es decir, vinculada al cargo endilgado por secuestro extorsivo agravado.

Por su parte, la defensa se opuso al pedimento poniendo de relieve aquellas probanzas que exhibían a su prohijado ajeno a la comisión del delito contra la libertad individual, deprecando la absolución a su favor.

⁷ Cfr. *ibídem*, grabación 1, récord 54:18 y s.s

⁸ Cfr. *ídem*, grabación 2, récord 1:23 y s.s

3. El juez de primera instancia, aduciendo perplejidad con relación a la efectiva participación del acusado en la ideación y ejecución del secuestro, dictó sentencia absolutoria. Valga anotar que en su proveído, ninguna referencia plasmó en lo atinente al delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, limitándose en la parte resolutive a “absolver a **IVÁN CELY CELY** de la conducta de secuestro extorsivo agravado”, de hecho, acudiendo a la literalidad del fallo, aparece que en el análisis de rigor se limitó a auscultar dicha figura delictiva.⁹

4. De cara a esta determinación la Fiscalía, la Procuraduría y el apoderado de víctimas presentaron sendos recursos de apelación en los que impetraron revocar la sentencia proferida con argumentos que giraban en torno al compromiso penal del mencionado en la retención de L.J.T.M., impugnación acogida por el Tribunal que no solo lo declaró coautor responsable del delito contra la libertad, sino además del atentado contra la seguridad pública. Sobre el punto, reflexionó:

*“Ha sido acusado el señor **IVÁN CELY CELY** por el secuestro extorsivo agravado por la coparticipación criminal. Es decir coautor del delito en las mismas condiciones en que, según se ha demostrado, actuaron los otros cinco miembros de la banda. No hay duda de la calidad de su actuación en el escrito de acusación y de acuerdo con el análisis probatorio antecedente encuentra este Tribunal que se configura plenamente su coautoría [...].*

*Pero también ha sido llamado a juicio el señor **IVÁN CELY** por el delito de porte de armas sin permiso o salvoconducto. Es posible, en sentir de esta Sala, imponer condena por este delito, ya que*

⁹ Así aparece expresamente en el acápite titulado “Del delito por el que se procede” (Fl. 3 sentencia primera instancia / Fl. 154 c.a 2)

se trata de los casos de flagrancia, pues uno de los miembros de la “banda” fue hallado con el arma en el momento del rescate del menor. Esta se hallaba en manos de quien cayó muerto en el operativo de rescate, señor Ramiro Cifuentes. La responsabilidad en este caso deviene de la situación de coautoría impropia, ya que los varios autores acuerdan la comisión del delito con el uso de armas de fuego, hecho este que resulta suficientemente demostrado”.¹⁰

5. En estas condiciones, es palmario que el *ad quem* abordó un tema que no fue objeto de discusión en cuanto a aristas esenciales, si de legitimar la condena en este aspecto se trata.

Lo anterior, pues retomando la dinámica en la que se allegaron las pruebas -que puede cotejarse a partir del descubrimiento probatorio de la acusación¹¹ y las actas de la audiencia de juicio oral respectivas,¹² cuyas incidencias son reseñadas de manera pormenorizada en la apelación del Ministerio Público-,¹³ surge que la controversia agotada por las partes e intervinientes se enmarcó en el vínculo cierto de **CELY CELY** con las personas que sustrajeron y retuvieron a L.J.T.M., restringiéndose las referencias con relación al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego a las declaraciones de Jhon Fredy Merchán Bolívar, miembro de la Policía Nacional que dio cuenta de las circunstancias en las que se logró rescatar al plagiado luego de un intercambio de disparos con sus captores, en el que resultó muerto uno de ellos encontrándose junto a su cadáver un revólver, Rafael Martínez Díaz y María Jimena

¹⁰ Cfr. Fl. 34 y s.s sentencia segunda instancia / anverso Fl. 245 y s.s c.a 2

¹¹ Cfr. Fl. 4 y s.s escrito de acusación / Fl. 75 c.a 1

¹² A partir de la sesión de 26 de julio de 2011, Fl. 240 y s.s c.a 1

¹³ Cfr. Fl. 203 c.a 2

Arias Correa, investigadores del CTI que practicaron inspección al lugar corroborando esa situación y Luis Eduardo Lesmes Acuña, también integrante de esta última institución quien fungió como investigador de laboratorio “*indagando la aptitud de un arma de fuego que me allegaron, en el cual rendí un informe indicando que el arma era apta, al igual que los cartuchos excepto uno y las vainillas aptas*”,¹⁴ introduciéndose con ese testigo dicho informe catalogado como evidencia 4.

Este informe, calendado 27 de abril de 2010, recayó en un revólver calibre 38, marca Smith & Wesson, con número serial de identificación K 146208 y en el se concluye que el arma es apta para disparar.¹⁵

Ahora, si se dice que no hubo una discusión sobre aspectos fundamentales del tipo consagrado en el artículo 365 del Código Penal, lo es porque este recuento permite avizorar que se dejó de constatar un elemento esencial del mismo, esto es, la ausencia de “*permiso de autoridad competente*”, según lo prevé el canon en comento, ya que, en principio, no puede presumirse sin respaldo probatorio alguno que las personas que irrumpieron en la vivienda de L.J.T.M. esgrimiendo armas de fuego carecían de permiso para su porte o que el revólver incautado en el sitio donde posteriormente fue ubicado estuviese en la misma situación, conforme ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia (cfr. CSJ SP 2162-2016).

¹⁴ Cfr. audiencia de 27 de mayo de 2013 (Fl. 75 c.a 2)

¹⁵ Cfr. Fl. 34 cuaderno de evidencias

6. Entonces, recapitulando, en este evento se transgredieron los postulados del debido proceso por la ausencia de un análisis específico durante los alegatos de cierre tratándose del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, omisión que replicó el juzgador de primera instancia y, de contera, es manifiesto que el Tribunal no tenía competencia para entrar a examinar este injusto por la inexistencia de decisión sobre el particular, aunado a la falta de reproche puntual de los apelantes en cuanto a este aspecto.

De otro lado, no puede asumirse que el *ad quem* corrigió con su providencia la falencia, ya que al hacerlo pretermitió, como se vio, la controversia propia a este asunto en concreto y de paso la garantía a la doble instancia y al derecho de defensa, porque al margen de que en la acusación se hiciese mención del porte de armas de fuego de uso personal sin el debido salvoconducto no aparece que se haya discutido en el juicio esta última arista del tipo penal, se recalca, y no podría entrar la Corte a corroborarlo, precisamente, porque no hubo debate frente al mismo, petición alguna por parte de la Fiscalía, ni tampoco sentencia de primer grado, de tal modo que era necesario, insoslayable, que el *a quo* se pronunciara cumplida en debida forma aquella fase en uno u otro sentido con relación a este ilícito para así dar cabida al interés jurídico de quien resultase perjudicado con su determinación, en pos de la interposición del recurso de apelación y, dado el caso, de la casación.

7. Por consiguiente, procede decretar la nulidad parcial del trámite en lo que tiene que ver con el delito en cuestión con la correspondiente ruptura de la unidad procesal, a partir de los alegatos de conclusión, con el objeto de que la Fiscalía acate el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, en cuanto al deber que le asiste de *“expon[er] oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”* y para que los demás intervinientes y la defensa, si a bien lo tienen, en los términos del mismo precepto, se manifiesten sobre el particular. Además para que se adopten las determinaciones pertinentes en lo concerniente al arma incautada, puesto que en las diligencias nada se dijo al respecto.

Con relación a lo anterior, vale la pena destacar que para el Fiscal es ineludible agotar los actos de postulación propios a su cargo y que dentro de la perspectiva del modelo procesal contemplado en la Ley 906 de 2004, en la fase del juicio, van desde la presentación de la teoría del caso (artículo 371) hasta el alegato de cierre, actuaciones que no le son facultativas (como lo son para su contraparte y los demás intervinientes) sino imperativas, lo cual encuentra explicación en que en su condición de titular de la acción penal es el llamado a plasmar las aristas de interés en las que se desenvuelve su pretensión punitiva, permitiendo así el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, entre otras garantías integrantes del debido proceso. Es decir, su intervención en aquellos momentos es

indispensable porque marca la pauta en la que se dará la controversia propia a la dialéctica del trámite en donde se discute la posible imposición de una sanción privativa de la libertad, por lo que es necesario que explicita cuál es su posición frente al particular para por decirlo de alguna manera, permitir que se trabe la *litis* y en esa secuencia se legitima no solo el *ius puniendi* del Estado, sino además otras variables concebidas a la hora de desplegar esa prerrogativa, *verbi gratia*, el derecho que tiene la defensa a gozar del “último turno de intervención argumentativa” (artículo 443 *ibidem*).

Así las cosas, se casará la sentencia, parcialmente y, de oficio, en aras de hacer efectivo el derecho material y las garantías fundamentales (artículo 180 de la Ley 906 de 2004). Ello conlleva a que deba ser excluida la pena de prisión impuesta a **IVÁN CELY CELY** por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones.

De este modo, toda vez que el *ad quem* aumentó la sanción dosificada para el secuestro extorsivo por razón del concurso de conductas punibles en un quantum de veinticuatro (24) meses,¹⁶ ese guarismo será descontado quedando la pena en definitiva en cuatrocientos (400) meses de prisión.

Cabe anotar que el Tribunal, al acudir a los extremos punitivos aplicables para este injusto, se remitió al artículo

¹⁶ Cfr. Fl. 37 sentencia segunda instancia / Fl. 243 cuaderno Tribunal

169 del Código Penal pasando por alto que desde la formulación de imputación, hasta el alegato de clausura, la Fiscalía irrogó las causales de agravación consagradas en el artículo 170 de la misma obra en sus numerales 1º y 6º,¹⁷ las cuales incrementan la punibilidad sin perjuicio de la causal de agravación genérica del artículo 58, numeral 10º, ibídem, también endilgada y que a la postre fue la única considerada por esa Corporación, la que no expuso en su providencia las razones por que prescindió de aquellas. No obstante, tal aspecto no será objeto de variación conforme la prohibición de *reformatio in pejus*, atendiendo que el procesado funge en esta sede como apelante único.

Sin embargo, esa limitación no es óbice para destacar que tratándose de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, el juzgador de segundo grado no hizo ningún pronunciamiento. En consecuencia, el fallo será complementado en el sentido de precisar que por el factor objetivo contemplado en los artículos 38 y 63 de la codificación en cita y la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, son improcedentes la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

De otra parte y según lo avizorado en su momento, al fijarse la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el lapso de la principal

¹⁷ “La pena señalada para el secuestro extorsivo será de cuatrocientos cuarenta y ocho (448) a seiscientos (600) meses [...] si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Si la conducta se comete en [...] menor de dieciocho (18) años [...] 6. Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión [...]”.

de prisión se desconoció el principio de legalidad en el entendido que para su imposición se pretermitió el máximo previsto para esta sanción y que lo es, al tenor del artículo 51 del Código Penal, veinte (20) años, o sea, doscientos cuarenta (240) meses.

El principio de legalidad de las penas es una garantía fundamental que constituye un baremo al poder sancionatorio del Estado, en la medida que “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*”¹⁸. Por lo tanto, también se casará oficiosa y parcialmente el fallo en el sentido de declarar que en el *sub examine* la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá un término no superior a los veinte (20) años.

8. Por último, se precisa que la decisión del *ad quem* en los demás aspectos que no fueron objeto de modificación ni de invalidación, permanecen incólumes. Por consiguiente, el Tribunal de origen habrá de librar la correspondiente orden de captura en contra de **IVÁN CELY CELY** según lo dispuso en su proveído y, adicionalmente, una vez agotados los trámites de rigor remitirá el expediente con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, conforme lo requirió esa Corporación mediante oficio L.F.C.F/. 201100546 -A-.¹⁹

¹⁸ Código Penal, artículo 6

¹⁹ Cfr. Fl. 45 cuaderno Corte

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE DE OFICIO la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal -Sala Única- el 29 de octubre de 2014.

SEGUNDO: DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL de la actuación en lo referente al delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones a partir de los alegatos de cierre de las partes e intervinientes, para que éstos se pronuncien con respecto a dicha conducta punible. En consecuencia, se dispone la **RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL** a efectos de que se remitan copias de las diligencias al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal y se profiera, una vez agotada esa fase, la correspondiente sentencia.

TERCERO: FIJAR la pena principal de prisión impuesta a **IVÁN CELY CELY** en cuatrocientos (400) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en veinte (20) años, como coautor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo.

CUARTO: Aclarar que **IVÁN CELY CELY** no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

QUINTO: PRECISAR que la decisión del *ad quem* se mantiene incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación ni invalidación.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso

Cópiese, notifíquese y cúmplase

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

SP-1003-2017

Radicación: 45464

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con las manifestaciones que expresamos durante la discusión del proyecto, nos permitimos aclarar el voto en relación con lo expuesto en el fallo sobre la omisión del fiscal de presentar alegato de conclusión frente a los delitos incluidos en la acusación.

En primer término, debe resaltarse que las omisiones en que incurra el fiscal en su alegato de conclusión, en el sentido de no pronunciarse frente a todos los delitos incluidos en la acusación, no puede equipararse a una solicitud de absolución. Por tanto, las reglas jurisprudenciales desarrolladas en la decisión CSJ SP 6808-2016 no son aplicables al caso objeto de análisis.

Lo anterior es así, porque una cosa es que el delegado de la Fiscalía incumpla el deber regulado

en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, y otra muy distinta que en ejercicio del mismo concluya que no hay mérito para condenar a una persona por un delito en particular. Esto en armonía con lo que se expondrá a continuación en torno a la importancia de los alegatos de conclusión del fiscal en el modelo procesal regulado en la Ley 906 de 2004.

Compartimos las conclusiones atinentes a la obligación que tiene el fiscal de “*exponer oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación*” (Art. 443 de la Ley 906 de 2004). En el mismo sentido, el artículo 371 ídem establece que “*antes de proceder a la presentación y práctica de la prueba, la Fiscalía **deberá** presentar la teoría del caso. La defensa, **si lo desea**, podrá hacer lo propio*”²⁰.

Al respecto, se aclara que el legislador estableció expresamente que ese ejercicio es obligatorio para el ente acusador, y facultativo para los demás intervinientes. Ello se desprende de la literalidad de la aludida norma, en cuanto expresa que el delegado del Ministerio Público y el representante de la víctima “*podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado*”,

²⁰ Negrillas fuera del texto original.

y la defensa, “*si lo considera pertinente*”, *expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía*”.

La trascendencia de esta obligación de la Fiscalía va mucho más allá de lo expuesto en el fallo.

A la par de la importancia de establecer la postura del ente acusador frente a la valoración de las pruebas y la tipificación circunstanciada de la conducta punible, en orden a que la defensa pueda, si a bien lo tiene, presentar el respectivo contraargumento, el alegato de la Fiscalía constituye un insumo determinante para que el juez establezca el sentido de la decisión.

Lo anterior por cuanto, por mandato constitucional y legal, a la Fiscalía le corresponde: (i) establecer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes (Arts. 288, 337, y 371), (ii) diseñar y ejecutar el programa metodológico orientado a la verificación de la misma (Art. 207); (iii) elegir las pruebas que utilizará para su demostración (Arts. 344 y 357); (iv) participar en la práctica de las pruebas orientadas a demostrar su teoría del caso; y (v) luego del debate probatorio, explicar si su teoría logró demostrarse o no más allá de duda razonable,

de lo que depende la solicitud de condena o absolución (Art. 443).

Por las anteriores razones, el alegato de la Fiscalía, en los términos del artículo 443 en cita, es trascendente para: (i) proteger los derechos de la víctima y, en general, el interés legítimo de la sociedad en que el delito sea esclarecido y sus responsables sancionados, porque, según se indicó en precedencia, ningún otro interviniente se encuentra en mejor posición para explicar por qué la teoría del caso incluida en la acusación fue debidamente sustentada; (ii) evitar la imposición de sanciones penales cuando no se reúnan los requisitos para ello, pues ***aunque su solicitud de absolución no es vinculante para el juez***, el fiscal se encuentra en posición privilegiada para hacer notar las falencias en la demostración de su propia teoría; y (iii) desarrollar el modelo epistémico inherente al sistema acusatorio, estructurado sobre la idea de que la teoría del ente acusador sea sometida a prueba por los demás intervinientes, en orden a que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para tomar una decisión tan trascendente como lo es la procedencia o no de la sanción penal.

Ante esta realidad, el juez, como director del proceso, tiene la responsabilidad de constatar que el delegado de la Fiscalía General de la Nación cumpla la obligación expresamente consagrada en el artículo 443 frente a todos los delitos incluidos en la acusación.

Ello resulta determinante para: (i) lograr la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia del ejercicio de la justicia (Art. 10); (ii) corregir los actos irregulares (Art. 139, numeral 3º); y (iii) evitar las actuaciones que puedan dar lugar a la declaratoria de nulidad.

En este orden de ideas, la irregularidad atribuible al fallador de primer grado no se reduce a la falta de pronunciamiento sobre el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal. Finalmente, la omisión de la Fiscalía frente a la obligación consagrada en el ya referido artículo 443, y la falta de control del Juez frente al mismo punto, desencadenaron la actuación sobre la que recayó la nulidad decretada por esta Corporación.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA SP1003-2017

Con el acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría, me permito manifestar salvamento parcial de voto, de la manera como sigue:

En la sentencia de la que me separo se casa parcialmente el fallo impugnado de la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal, en relación con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones por el que fue condenado **IVÁN CELY**, a efecto de declarar la nulidad parcial de la actuación desde los alegatos de cierre y la ruptura de la unidad procesal a partir de idéntico momento procesal, con el propósito de que el Juez de conocimiento profiera la sentencia que en derecho corresponda.

Concuero en que la solución correcta era la de invalidar de manera parcial la actuación y declarar la ruptura de la unidad procesal con ocasión de la irregularidad sustancial proveniente de la condena impartida por el Tribunal por el punible en mención, pese a que el *a quo* omitió una instancia al dejar de pronunciarse en la sentencia de primer grado sobre la materialidad de dicha conducta punible y la responsabilidad que le pudiera caber al procesado en la misma, vulnerando de ese modo la colegiatura el principio de la doble instancia.

Sin embargo, disiento de la decisión de la mayoría en dos aspectos a saber.

Por un lado, considero que la nulidad del proceso ha debido decretarse a partir de la sentencia de primera instancia y no, desde la fase de los alegatos conclusivos, habida cuenta que, a partir de la sentencia CSJ SP6808-2016, la Corte –en sala mayoritaria- varió la jurisprudencia hasta ese momento imperante sobre la obligación de los jueces de acatar la petición del fiscal de condena o absolución –a manera de retiro de cargos- realizada en los alegatos de cierre, en el sentido que tal solicitud del órgano de persecución penal no es vinculante para el juzgador.

En efecto, en esa providencia se señaló lo siguiente:

Conforme a lo anterior, la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de condena. Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos. Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.

(...)

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente

con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral²¹. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Las razones de la tesis interpretativa expuesta, se pueden sintetizar así:

a) La reforma introducida por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollada por la Ley 906 de 2004, profundizó la orientación del proceso penal hacia un modelo acusatorio; sin embargo, presenta características propias que lo diferencian de sistemas de enjuiciamiento similares acogidos en otras latitudes. Por tanto, es equivocado, por la vía de la interpretación de las reglas legales, proceder a importar instituciones, como por ejemplo la del “retiro de la acusación”, por el solo hecho de que provengan de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias.

b) Una de tales peculiaridades es que la titularidad de la acción penal en Colombia implica que el ejercicio de ésta es un deber constitucional (principio de legalidad) y no una facultad discrecional; por tanto, a la Fiscalía le está vedado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo cuando sea procedente el principio de oportunidad cuya aplicación, valga recalcar, es bastante reducida por la triple limitación a que se encuentra sometida: es excepcional, es taxativa y sujeta a control judicial.

c) Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, tanto las que provienen de alguna forma de discrecionalidad de la Fiscalía (oportunidad en sentido estricto y la negociación de culpabilidad), como las que son consecuencia del principio de legalidad (preclusión y absolución perentoria); deben someterse a la decisión de los jueces, quienes podrán aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.

²¹ Artículo 162-4 C.P.P./2004.

d) *Una sentencia que “decida” absolver al acusado porque la Fiscalía así lo “solicita”, con exclusión del ejercicio de valoración -autónoma e independiente- de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador. Esta última tampoco puede ser catalogada como una petición sino como un verdadero acto de disposición de la acción penal. Así, la equiparación entre la petición de absolución y el retiro de la acusación viola el principio lógico de identidad, tal y como ya lo había dejado entrever la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, al inicio citado.*

e) *La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal; hace parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó.*

f) *El principio de la doble instancia, componente esencial del debido proceso, se desnaturalizaría si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como ocurriría, por ejemplo, si aquella se circunscribiera a la verificación de la voluntad de la Fiscalía o por otras razones de una pretendida coherencia sistemática.*

g) *Ni el artículo 448 ni ninguna otra norma de la Ley 906 de 2004 concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Esta tampoco puede inferirse o entenderse implícita en el estatuto procesal porque una interpretación así violaría la regla constitucional de la irrenunciabilidad de la persecución penal.*

h) *No debe confundirse la facultad –limitada como se vio- que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.*

i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas.

En ese orden de ideas, si se parte de la base que la petición que el ente acusador eleve en los alegatos conclusivos no vincula al fallador, de tal suerte que la congruencia únicamente se predica entre la acusación y la sentencia, encuentro insustancial o innecesario que, en este asunto, la declaración de nulidad y la consecuente ruptura de la unidad procesal se lleve a cabo desde los mencionados alegatos, por más que la sentencia de la que me aparto parcialmente haya acudido al argumento de la obligación legal que subsiste en cabeza del funcionario fiscal de concretar su petición frente a la acusación en dicho momento conclusivo del juicio.

Recuérdese que, la nulidad es una medida extrema para remediar las irregularidades sustanciales acaecidas durante un proceso, cuya declaratoria procede solamente desde el acto procesal que haya dado lugar al vicio. En este evento, ese acto es la sentencia de primera instancia, porque, se insiste, independientemente de lo que el fiscal pueda alegar al cierre del debate oral (absolución o condena) la decisión de fondo del juez únicamente debe atender los términos de la acusación en tanto acto jurídico complejo (escrito y sustentación oral).

Lo contrario, pareciera, sugerir una nueva variación jurisprudencial que retomaría la postura superada según la cual, el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 permite concluir que la solicitud realizada por el órgano de persecución penal durante los alegatos de cierre vincula al juez en su sentencia.

De otra parte, como producto de la nulidad declarada y la subsecuente habilitación para que el juez de la causa emita nueva sentencia de primera instancia respecto del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, estimo que la Sala Mayoritaria no ha debido analizar las pruebas obrantes en la actuación de cara al elemento normativo del tipo consistente en el permiso de autoridad competente, por cuanto a mi juicio ello constituye un prejuzgamiento por parte de esta Corporación que vulnera el principio de imparcialidad en tanto necesariamente irá incidir en la sentencia que ha de proferir el juez de primera instancia.

Son estas las razones que me llevan a apartarme parcialmente de la posición dominante de la Sala.

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

Fecha *ut supra*.

