

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

SP1392-2015

Radicación No. 39894

(Aprobado acta No.44)

Bogotá, D. C., once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los acusados **INGRI YECCENIA BARRERA TORRES** y **JOSÉ JAVIER VELASCO DÍAZ**, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual los

condenó como coautores penalmente responsables del delito de secuestro simple.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica –ocurrida en Bogotá-, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el Tribunal de la siguiente manera:

«Los hechos se circunscriben a que el día 17 de noviembre de 2009, INGRI YECCENIA BARRERA TORRES y JOSÉ JAVIER VELASCO DÍAZ, junto con otras personas que lograron escapar, arribaron en el inmueble ubicado en la carrera 16 N° 30-18 de esta ciudad, compuesto de tres pisos, donde tras intimidar a sus moradores con armas de fuego y amordazarlos, durante varias horas, luego de que fueran conducidos de sus habitaciones a la sala del primer piso, procedieron a hurtarle sus pertenencias como celulares, joyas, dinero en efectivo, prendas de vestir, etc., al cabo de lo cual, bajo candado, los encerraron en un cuarto, del que salieron por sus propios medios después de que los asaltantes se fueran.

Los elementos fueron empacados en maletas de viaje para cuyo transporte utilizaron varios vehículos, uno de los cuales fue incautado en el momento mismo en que se produjo la captura de los acusados.»¹

2.- El 19 de noviembre de 2009² bajo la dirección del Juez 59 Penal Municipal de Bogotá con funciones de control de garantías, tuvo lugar la audiencia de legalización de la captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con secuestro simple y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones³; en ella, la Fiscalía

¹ Cfr. Folio 2 del de la carpeta del proceso.

² Cfr. Folios 1 a 3 *ibidem*.

³ Cfr. Folio 2 específicamente, *ibidem*.

322 de la Unidad de Reacción Inmediata solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva, la que efectivamente se impuso.

3.- Por los hechos y delitos antes referidos, el 19 de diciembre del mismo año⁴ la Fiscalía presentó escrito de acusación.

4.- El 14 de febrero de 2010, las partes concurrieron al Juzgado 16 Penal del Circuito con funciones de conocimiento para celebrar audiencia de formulación de acusación, donde la Fiscal delegada presentó una «adición» al escrito que la contenía, en el sentido de complementar el documento en lo referente a las víctimas y excluir el delito de secuestro simple, solicitando en consecuencia la preclusión del proceso por este punible, requerimiento que al ser negado generó la interposición del recurso de alzada.

5.- La propuesta impugnatoria no prosperó ante el Tribunal, razón por la cual el 3 de junio de 2010, se efectuó la audiencia de formulación de acusación por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones y el 2 de julio de 2010 se realizó la audiencia preparatoria.

6.- Estando pendiente la celebración del juicio oral, el 8 de septiembre de 2010, la Fiscalía y los procesados suscribieron acta de preacuerdo⁵, mediante el cual aceptaron

⁴ Cfr. Folios 6 y 7 *ibídem*.

⁵ Cfr. Folios 14 a 19 de la carpeta del proceso.



su responsabilidad por los delitos de hurto agravado y calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, a cambio de una rebaja de la tercera parte de la pena. Aprobado el consenso⁶ se dispuso la ruptura de la unidad procesal⁷ para continuar de manera independiente el proceso por el delito de secuestro simple.

7.- El juicio oral por este punible se inició el 21 de julio de 2011⁸ y el 21 de marzo de 2012 se profirió fallo condenatorio de primer grado⁹, siendo confirmado el primero de junio de 2012¹⁰.

Contra esta decisión, el defensor de los acusados oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda.

LA DEMANDA

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, así como de hacer un relato de lo actuado en las instancias, postula el recurrente tres cargos con apoyo en las causales segunda y primera (en ese orden), del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

⁶ Cfr. Folio 32 de la carpeta del proceso.

⁷ Cfr. Folio 34 de la carpeta del proceso.

⁸ Cfr. Folios 103, 104, 111, 112, 114 y 115 de la carpeta del proceso.

⁹ Cfr. Folios 126 a 142 de la carpeta del proceso.

¹⁰ Cfr. Folios 21 a 39 de la carpeta de segunda instancia.

En el **primer cargo**, formulado como principal al amparo de la causal segunda de las previstas por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista denuncia que el Tribunal profirió su sentencia en un proceso viciado de nulidad por afectación sustancial del debido proceso.

Sostiene que desde el instante en que la Fiscal 25¹¹ de la Unidad Antiextorsión y Secuestro presentó adición del escrito de acusación para excluir el delito de secuestro simple, toda la actuación posterior deviene irregular, pues al negar el juez de conocimiento la solicitud, rebasó las facultades legales y constitucionales de su cargo, pues esta competencia está atribuida a la Fiscalía General de la Nación, al igual que aquella de solicitar la preclusión.

De igual forma, esgrime que al Juez de conocimiento o al Magistrado que le corresponda desatar la apelación no les es dable, como aconteció en el presente asunto, obligar a la Fiscalía a imputar un cargo que considere que no se cometió, pues ello desborda el marco funcional institucional y vulnera la garantía del debido proceso.

Con base en ello, el casacionista solicita que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de acusación realizada ante el Juez 23 Penal del Circuito con funciones de conocimiento el 21 de julio de 2011 y, en consecuencia, se absuelva a sus representados por el delito de secuestro simple.

¹¹ El proceso muestra que realmente quien presentó la solicitud referida fue la Fiscal 15 de la Unidad Nacional de Fiscalías contra la Extorsión y el Secuestro.

En relación con el **segundo cargo**, subsidiario del primero y postulado al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, sostiene el impugnante que la decisión confirmatoria de la sentencia de primera instancia es nula por haberse proferido con afectación sustancial del debido proceso, por cuanto su ponencia fue realizada por un Magistrado que carecía de competencia debido a que previamente había atendido la solicitud de adición de la acusación y preclusión del proceso por el delito de secuestro simple formulada por la Fiscalía, la cual negó.

En atención a lo anotado, considera que la decisión de segundo grado se encuentra viciada de nulidad y requiere que se rehaga el reparto y se profiera un nuevo fallo.

En su **tercer cargo**, formulado al amparo del numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa el libelista la sentencia del Tribunal, de violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 171 inciso 1º de la Ley 599 de 2000, puesto que en la actuación se estableció plenamente que las víctimas fueron liberadas voluntariamente, esto es, sin la intervención de terceras personas y sin ser sustraídos del lugar de su residencia; que tan pronto sus captores abandonaron el inmueble abrieron la puerta y pusieron en aviso a las autoridades competentes, motivo por el cual se pudo lograr la captura de parte de los miembros de la banda.

Luego en su opinión, negar la diminuyente punitiva reglada en el inciso 2º del Artículo 171 del Código Penal,

resulta ser una clara y ostensible violación de la norma sustancial, pues desconocería el hecho cierto e incontrovertible de que la retención de las personas fue la estrictamente necesaria para lograr el apoderamiento de los bienes hurtados.

Con base en ello, solicita que se case parcialmente la sentencia de segundo nivel y como consecuencia, se le reconozca a sus representados la rebaja punitiva reclamada, fijando como pena definitiva la de 99 meses de prisión y multa de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia oral de sustentación del recurso extraordinario, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- El defensor de los acusados.

Se abstuvo de pronunciarse respecto del segundo y tercer cargo de la demanda e insistió en los argumentos presentados en relación con la primera inconformidad, pues el delito por el cual se emitió juicio de condena no se hallaba contenido en la acusación, por cuanto había sido retirado por la Fiscalía, reiterando su solicitud de casar el fallo ameritado.

2.- El Fiscal Décimo Delegado ante la Corte.

Considera que el primer ataque no está llamado a prosperar, pues no es posible adicionar la acusación para excluir de ella un punible como si se tratara de un acto autónomo de la Fiscalía, carente de control, desconociendo la existencia de la imputación que en este caso fue válidamente formulada, pues en estas condiciones debió solicitar la preclusión.

En relación con el segundo cargo –subsidiario del primero-, sostuvo que la intervención del Magistrado cuya competencia se cuestiona, consistió en no acceder a la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía por falta de cumplimiento de las causales que legalmente así lo permiten, pero sin realizar valoración probatoria que comprometiera su imparcialidad.

Precisa que no comparte los argumentos expuestos en el tercer reparo de la demanda, pues desde su punto de vista no hay lugar a conceder una menor punibilidad, ya que la restitución de la libertad a las víctimas no se produjo como consecuencia de un acto voluntario de los procesados, sino que fueron ellas quienes por sus propios medios la obtuvieron tal y como fue estimado por el Tribunal.

Con fundamento en lo expuesto, peticona que se desatiendan los cargos impetrados en la demanda y, en

consecuencia, se mantenga incólume el fallo de segundo grado.

CONSIDERACIONES

La Corte efectuará el estudio de los reproches formulados por el casacionista contra el fallo del Tribunal, en el mismo orden observado en el resumen que se hizo del libelo impugnatorio.

1.- Primer Cargo. Nulidad por afectación sustancial del debido proceso. Causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por haber negado el Juez de conocimiento la adición de la acusación en el sentido de excluir de ella el delito de secuestro y la preclusión de la investigación solicitada por la fiscalía.

Según el cargo formulado en la demanda, debe la Sala determinar si: (i) una vez presentado el escrito de acusación la Fiscalía puede introducir «adiciones» en el sentido de excluir alguno de los delitos contenidos en él?; (ii) la solicitud de preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta (numeral 4º, art. 333 de la Ley 906 de 2004), puede ser invocada en la audiencia de formulación de acusación?; (iii) la negativa del juez de conocimiento a declarar la preclusión de la investigación fundamentada en la atipicidad de uno de los delitos por los cuales se presentó acusación, genera nulidad por violación al debido proceso?.

Como bien puede advertirse, la respuesta a los problemas planteados y con ello, a la primera inconformidad



de la demanda, implican para la Corporación analizar los presupuestos del modelo procesal adoptado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, a fin de precisar, a partir de su naturaleza jurídica, el margen de actuación y competencia de los funcionarios que en él intervienen.

Para ello, se adoptará una hermenéutica que incorpore la normatividad constitucional, los preceptos legales, las líneas jurisprudenciales decantadas por la Corte Constitucional en virtud de la doble función de control e interpretación de la Constitución y la ley y, la jurisprudencia de esta Sala, a fin de dotar de contenido las disposiciones que regulan los aspectos anteriormente señalados del rito procesal.

Pues bien, con la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujo en el país la más importante modificación que se haya realizado al diseño constitucional del régimen de procedimiento penal, como parte integrante del proceso de adopción de una política pública en el ámbito criminal, toda vez que se acogió un sistema procesal de tendencia acusatoria, produciéndose un claro abandono de las formas inquisitivas y mixtas.

Es así como el artículo 250 de la Constitución Política atribuyó a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio privativo de la acción penal y le asignó la obligación¹² de investigar los

¹² Cfr. Constitución Política "art. 250 inc. 1º. La Fiscalía General de la Nación está **obligada** a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible

hechos que revistan las características de punibles, siempre y cuando cuente con la concurrencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le permita inferir razonablemente la participación del indiciado en ellos.

En desarrollo de lo anterior, a partir de la noticia criminal, el fiscal con el apoyo de los funcionarios de la policía judicial¹³, debe planear la investigación, elaborando un programa metodológico donde se establezcan sus objetivos, el cronograma de actividades a seguir y la evaluación, identificación y clasificación de la información reunida, para construir con ello la hipótesis delictiva -fáctica y jurídica- que determinará su teoría del caso.

Ahora bien, cuando del material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida de que disponga pueda el Fiscal inferir razonablemente que la persona indiciada es autora o participe de la conducta punible, procederá a ejercer sus facultades a nombre del Estado como titular de la acción penal y, en consecuencia, le comunicará en audiencia de formulación de imputación, que contra ella adelanta una indagación por su probable participación en los acontecimientos delictivos, adquiriendo el indiciado a partir de entonces la condición de imputado¹⁴.

existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”.

¹³ Cfr. Ley 906 de 2004, art. 207.

¹⁴ Cfr. Ley 906 de 2004, art. 286.

Este acto solemne de comunicación, se surte ante el juez en función de control de garantías, con la presencia del indiciado o su defensor, y en él, el fiscal, luego de individualizarlo e identificarlo, realizará de forma oral la imputación fáctica y jurídica, ofreciéndole la posibilidad de aceptar los cargos para obtener una rebaja hasta del cincuenta por ciento de la pena eventualmente imponible¹⁵.

Cabe advertir que la imputación se encuentra caracterizada por su alto grado de flexibilidad, pues en aplicación del *principio de progresividad*, a medida que avanzan las actividades investigativas, y con ello la recolección de nueva información, es posible que sea necesario ajustarla en orden a su precisión, siempre y cuando estos no supongan la alteración de la *facticidad* comunicada.

Ciertamente, algo distinto ocurre con su componente *jurídico*, pues este no predetermina la acusación ni la sentencia, razón por la cual la Fiscalía puede introducirle variaciones en la acusación, momento a partir del cual se erige en límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, tal como lo prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, al establecer que:

«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.»

¹⁵ Cfr. Ley 906 de 2004, arts. 153, 154.6, 286 a 289.

Con este criterio, reiteradamente la Sala¹⁶ ha sostenido que la imputación constituye una condicionante *fáctica* absoluta de la acusación; por ello, entre estos dos actos debe existir una adecuada relación de correspondencia, exigencia que, como se ha dicho, no se extiende al ámbito *jurídico*, cuya congruencia solo es exigible entre la acusación y la sentencia, y con un carácter relativo, puesto que el juez puede condenar de manera atenuada, siempre que respete el núcleo fáctico central de la acusación¹⁷.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional avaló esta postura con ocasión de la sentencia C-025 de 2010¹⁸ y articuló el contenido normativo del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con los cánones 29 y 31 del Estatuto Superior y el precepto 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para concluir que también las normas que conforman el bloque de constitucionalidad exigen la correspondencia de la *facticidad* contenida en la imputación de cargos con la formulación de acusación y la sentencia.

De manera, que la acusación constituye la pieza procesal que sirve de marco de delimitación al juicio, al tiempo que se erige en garantía del derecho a la defensa, como quiera que en ella se establecen los sujetos, hechos jurídicamente relevantes, sus circunstancias y delitos que estructuran la teoría del caso que la fiscalía se compromete

¹⁶ Cfr. CSJ, SP, 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518; CSJ, SP, de 30 de octubre de 2008, Rad. 29872; CSJ, AP, de 5 de septiembre de 2012, Rad. 39799; CSJ, AP, de 3 de julio de 2013, Rad. 36467; entre otras

¹⁷ Sobre el punto puede consultarse, entre otras, la providencia del 27 de julio de 2007 (radicado 26.4687).

¹⁸ De enero 27.

a demostrar en el juicio, y con base en este conocimiento la defensa planeará y trazará su línea defensiva, razón por la cual debe garantizársele que no se le sorprenderá con una sentencia que no guarde correspondencia con la acusación.

Consecuentemente, la acusación no puede ser realizada en cualquier momento ni de cualquier forma. El escrito acusatorio se introducirá cuando el fiscal considere, con base en la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados, que puede afirmar con *probabilidad de verdad*¹⁹, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, respetando los términos legalmente estipulados para ello²⁰.

Este documento, que constituye un requisito previo a la formulación definitiva, comporta el carácter instrumental²¹ del derecho a ser informado de la acusación y consolida el derecho del acusado a conocerla previamente, contribuyendo a evitar acusaciones sorpresivas, al tiempo que permite proyectar el ejercicio del derecho a la defensa, pues teniendo en cuenta la vinculación de la sentencia a ella, la defensa trazará su estrategia jurídica, fáctica, probatoria y argumentativa, tendiente a derruir la teoría del caso de la Fiscalía, materializando la garantía de equilibrio entre las partes en el proceso penal.

¹⁹ Respecto de esta valoración la Sala ha sostenido que «*corresponde ser realizada por la Fiscalía, luego de un proceso de valoración de tales elementos de convicción, gracias al cual dicho sujeto procesal evalúa si se satisface la exigencia probatoria prevista por el mencionado precepto para convocar el juicio mediante la presentación del mencionado escrito.*». Cfr. CSJ., AP. de 18 de abril de 2012, Rad. 38521.

²⁰ Cfr. Ley 906 de 2004, art. 175.

²¹ Cfr. Jaen Vallejo, Manuel, *Derechos Fundamentales del proceso penal*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, pág.73.

Por ello, el libelo debe ser redactado de modo explícito, claro, preciso, detallado y circunstanciado²² para satisfacer, por un lado, su efectivo conocimiento por la defensa, evitando la indefensión y, por otro lado, la garantía de los derechos de la sociedad²³ y de la víctima²⁴ a la verdad, la justicia y la reparación, pues de no ser así, desaparecería la posibilidad de oponerse fundadamente a las pretensiones del órgano de persecución penal, ya que al estar facultadas para intervenir en la audiencia de formulación de la acusación, su previo conocimiento les permitirá participar activamente en orden a sanear el litigio en procura de que se produzca un fallo acorde con sus intereses.

En consecuencia, el **escrito de acusación** cumple relevantes funciones en el desarrollo procesal, así pues: (i) con base en él se define la competencia²⁵; (ii) su radicación se encuentra sometida a plazo, con incidencia directa en la continuidad del proceso y la libertad del imputado privado de ella²⁶; (iii) si la práctica de pruebas anticipadas se realiza con posterioridad a su presentación la ley exige que se informe de tal circunstancia al juez de conocimiento²⁷; (iv) se constituye como acto procesal sobre el cual se estructura la audiencia de formulación de acusación, pues solo puede convocarse a ella dentro de los 3 días siguientes a su presentación²⁸; (v) en

²² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, págs.606 y 607.

²³ Ley 906 de 2004, inc. 1º, art. 339.

²⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-209/07, de 21 de marzo.

²⁵ Cfr. CSJ. AP. de 3 de julio de 2013, Rad. 41639, entre otras.

²⁶ Cfr. Ley 906 de 2004, arts. 175, 294 y 317.4.

²⁷ Cfr. Ley 906 de 2004, Parágrafo 1, art. 284.

²⁸ Ley 906 de 2004, art. 338.



materia de preacuerdos y negociaciones, la posibilidad de obtener la rebaja de hasta la mitad de la pena se encuentra limitada a que estos se realicen antes de la presentación del escrito de acusación²⁹ y, (vi) establece unas marcadas diferencias entre las causales por las cuales procede la preclusión del proceso y los sujetos que pueden invocarlas, como se desarrollará más adelante.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Colegiatura estima altamente recomendable que las partes e intervinientes procesales tengan acceso a las copias del escrito de acusación previamente a la convocatoria de la audiencia para su formulación, pues su estudio sosegado, sereno, reflexivo y juicioso les permitirá concurrir a ella preparadas, evitando improvisaciones y estimulando una participación más técnica y estratégica, al igual que le imprimirá celeridad al acto público de comunicación y depuración, lo cual contribuirá significativamente con la descongestión de los despachos judiciales.

Justamente, con el propósito de satisfacer el perfecto conocimiento de la acusación y afirmar los derechos que de ella se activan, el legislador reguló de manera estricta los aspectos que el escrito acusatorio debe contener³⁰ y permitió su control formal³¹, pues como se ha sostenido, al constituir el límite al poder punitivo del Estado y por tanto el marco jurídico y supuesto básico de la sentencia, debe ofrecer el conocimiento exacto de los extremos que se debatirán en el

²⁹ Cfr. *Idem*, art. 350.

³⁰ Ley 906 de 2004, art. 337.

³¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-209/07, cit.

juicio. Por este motivo, en reiteradas oportunidades la Sala³² ha llamado la atención a la Fiscalía para que la decisión de acusar obedezca a los más estrictos postulados de responsabilidad en la investigación que se adelantó y lideró, de forma tal que el escrito sea el reflejo de los resultados de la actividad probatoria desarrollada y por tanto entrañe el pleno convencimiento de la teoría del caso que se defenderá en el juicio.

A su turno, el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 dispuso que:

«Abierta por el juez la audiencia [de formulación de la acusación], ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes ... para que expresen oralmente ... las observaciones sobre el escrito de acusación, sino reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato».

Como puede observarse, el legislador no desconoció la posibilidad de que el escrito acusatorio pudiese ser aclarado, adicionado o corregido con el propósito de establecer de forma actual, adecuada, suficiente y certera el marco de actuación de la Fiscalía en la fase del juicio, reforzando así la garantía del derecho a la no indefensión del procesado, al tiempo que la jurisprudencia de la Sala ha admitido que la Fiscalía pueda retirarlo –cosa que no ocurrió en este asunto, sin que ello implique que a través de este proceder se dé por finiquitado el proceso³³.

³² Cfr. CSJ. SP. AP. 40365, de noviembre 20 de 2013, entre otras.

³³ Cfr. En este sentido, CSJ. SP. de 28 de febrero de 2007, Rad. 26087; AP. de 5 de octubre de 2007, Rad. 34370; AP. de 15 de julio de 2008, Rad. 29994; SP. de 13 de

En el caso que se examina, la Fiscal delegada no optó por retirar el escrito, sino que indebidamente lo «adicionó» para excluir de él de manera definitiva y dar por concluida la actividad procesal de uno de los delitos que había sido válidamente imputado, equivocando claramente la vía legalmente dispuesta para ello, esto es, la preclusión, pues atendiendo las consecuencias que conlleva una decisión de esta naturaleza para la defensa, pero particularmente para la sociedad y la víctima, el constituyente previó este mecanismo específico, con garantías reforzadas, disponiendo que el Fiscal debe solicitarla ante el juez de conocimiento quien la decidirá.

Tanto es así, que el numeral quinto del inciso segundo del artículo 250 Constitucional asigna a la Fiscalía General de la Nación la precisa función de:

*«Solicitar ante el juez de conocimiento la **preclusión** de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.»* (Resaltado de la Sala).

En ese orden de ideas, por expreso mandato constitucional, ante la ausencia de mérito para sostener la acusación, el fiscal se encuentra compelido a requerir al juez de conocimiento la preclusión, pues ella implica la terminación de la actuación de manera definitiva y con efectos de cosa juzgada³⁴, sin el agotamiento de las etapas procesales en su integridad.

diciembre de 2010, Rad. 38256; AP. de 13 de marzo de 2013, Rad. 39561; AP. de 18 de diciembre de 2013, Rad. 34916, entre otras.

³⁴ Cfr. Ley 906 de 2004, art. 334.

Ha valorado el constituyente la existencia de un claro contenido jurisdiccional en esta decisión, razón por la cual le asignó la competencia para su conocimiento al juez, pues de permitirse que el órgano investigador la adopte, se estaría dejando en manos de una parte –la acusadora– la titularidad de la jurisdicción en franco detrimento de la víctima, la sociedad y el Ministerio Público, quienes no podrían ejercer ora sus derechos ya su competencia con evidente menoscabo de sus intereses ante la imposibilidad de su cuestionamiento³⁵. Así lo consideró también el legislador de 2004 cuando formuló como alternativa para la garantía del equilibrio de las partes, el reforzamiento del control judicial para las decisiones procesales definitivas que hacen tránsito a cosa juzgada, específicamente para la preclusión del proceso y la aplicación del principio de oportunidad³⁶.

Esta postura, que evidencia una clara separación entre las funciones de investigación-acusación y la de juzgamiento, armoniza plenamente con la característica fundamental del sistema acusatorio, el cual se sustenta en el *principio acusatorio*, integrado por tres sub principios: (i) *nemo iudex sine actore*, (ii) la separación entre el órgano que acusa y el órgano que juzga y, (iii) el derecho a ser informado de la

³⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, de junio 9.

³⁶ Cfr. Actas de la Comisión Constitucional Redactora Creada por el Acto Legislativo 003 de 2002, Acta No. 023, correspondiente a la sesión del 27 de junio de 2003, Vid. Específicamente intervención de los comisionados Adolfo Salamanca Correa y Carlos Eduardo Mejía.

4º, art. 333 de la Ley 906 de 2004-, puede ser presentada en la audiencia de formulación de acusación.

Con el propósito de resolver este interrogante es importante tener en cuenta que los cánones 78, 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, desarrollan el artículo 250 de la Constitución Política determinante de esta específica competencia de la siguiente manera:

«Art. 78.- Trámite de la extinción. La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión.».

A su turno, el artículo 331 de la misma obra dispone:

«Art. 331.- Preclusión. En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.».

En cuanto a las razones de procedencia de la preclusión el artículo 322 *ibidem* estableció:

«Art. 332.- Causales. El fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de continuar o iniciar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.
(Resaltado de la Corte).

Así las cosas, el legislador estableció de manera expresa y precisa las causales específicas que pueden originar la solicitud de preclusión en la fase del juicio, reduciéndolas a dos de las contempladas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004: la primera, *-imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal-* y; la tercera *-inexistencia del hecho investigado-*.

Esta regulación normativa, fue objeto de análisis e interpretación por parte de la Corte Constitucional, la cual, con ocasión de la sentencia de constitucionalidad C-920/07³⁹, afirmó:

*“El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales en que se pueden fundar y los sujetos legitimados para formularla. La primera oportunidad (Arts. 331 y 332 inciso 1º) se presenta (i) durante la investigación (aún desde la fase previa), **hasta antes de que el fiscal presente el escrito de acusación**⁴⁰, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera*

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209/07, de noviembre 7.

⁴⁰ Conviene recordar que mediante sentencia C-591 de 2005, la Corte declaró la inexecutable parcial del artículo 331 que regula la figura de la preclusión. En aquella oportunidad se pronunció respecto de la expresión *“a partir de la formulación de imputación”* que determinaba la oportunidad a partir de la cual el fiscal debía solicitar al juez de conocimiento la preclusión. Para la Corte dicha expresión posibilitaba que en fase previa a la formulación de imputación, fuese el fiscal quien *motu proprio* declarara la preclusión, opción que riñe con el nuevo modelo de investigación que radica en el juez, - de garantías o de conocimiento - las funciones típicamente jurisdiccionales, por lo que declaró su inexecutable. En aquella oportunidad dijo la Corte: *“Ahora bien considera la Corte que en lo concerniente a la preclusión de la investigación, en los términos del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, acusa el mismo problema constitucional advertido, en cuanto esta norma prevé la intervención del juez de conocimiento para su adopción sólo a partir de la imputación, existiendo la posibilidad de que aún en la etapa previa esta determinación sea tomada por el fiscal respectivo. Así las cosas para guardar plena armonía con las decisiones adoptadas respecto de la extinción de la acción, considera necesario un*



de las siete (7) causales previstas en el artículo 332⁴¹, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, según lo prevé la ley, es el fiscal.

*La segunda, (Parágrafo Art. 332) puede presentarse (i) durante el juzgamiento, (ii) **únicamente con fundamento en dos (1ª y 3ª)⁴² de las causales previstas en el artículo 332**, y (iii) los sujetos legitimados para formularla son el fiscal, el ministerio público y la defensa. (Negritas y subraya agregadas).*

Recordó la Corte Constitucional que la doctrina ha caracterizado a las dos causales que habilitan la solicitud con posterioridad a la radicación del documento acusatorio en su naturaleza objetiva, cuya constatación no demandaría juicios, valoraciones o interpretaciones ponderadas, y que en su particular criterio:

** El rasgo determinante para el efecto, radica en que se trata de causales que no imponen un pronunciamiento sobre el asunto de fondo, ni sobre la responsabilidad del procesado, aunque efectivamente como lo ha señalado la Corte, y lo admite la Procuraduría, no sean siempre de fácil constatación empírica, y eventualmente generen controversia sobre su estructuración.*

Observa la Corte que las dos causales a que se refiere el precepto acusado tienen en común que no comportan un pronunciamiento sobre la responsabilidad del acusado. No obstante ése mismo rasgo puede predicarse de la causal 7ª prevista en el artículo 332, que contempla como motivo de preclusión el "Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de

pronunciamiento - de inexequibilidad parcial - en relación con el artículo 331 mencionado. Esta determinación sin embargo, no afecta en absoluto el presente pronunciamiento dado que sería, al aspecto funcional, vale decir, a la delimitación de funciones entre el fiscal y el juez respecto de decisiones que ponen fin al proceso y que por ende son típicamente jurisdiccionales; en tanto que el presente atañe al aspecto material, es decir a los motivos que ameritan la preclusión y a la oportunidad en que dependiendo de su naturaleza pueden ser invocados.

⁴¹ ARTÍCULO 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. 3. Inexistencia del hecho investigado. 4. Atipicidad del hecho investigado. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

⁴² (...) 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. (...) 3. Inexistencia del hecho investigado.

este Código⁴³. Esta causal hace referencia al evento en que transcurrido el plazo (30 días) que tiene el fiscal para acusar, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad (Art. 175) y no lo hiciere, pierde competencia y el caso es reasignado a otro fiscal quien a su vez cuenta con otros 30 días para el mismo propósito. Si transcurrido ese segundo plazo el caso permanece sin definición, hay lugar a la libertad del imputado, y se configura la causal de preclusión a que alude el numeral 7° del artículo 332. Es evidente que aunque se trata de una causal que tampoco implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad del imputado, su ámbito propio y exclusivo es el de la investigación, por lo que no podría ser incluida por el legislador en el parágrafo del artículo 332 que regula las causales admisibles en la fase de juzgamiento.

4.5. La regulación impugnada **excluye así la posibilidad de propiciar un pronunciamiento anticipado del juez de conocimiento por la vía de la preclusión, en la fase de juzgamiento**, aduciendo la configuración de una causal de exclusión de la responsabilidad;⁴⁴ **la atipicidad del hecho investigado**⁴⁵; la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado⁴⁶. Lo mismo acontece con las causales consistentes en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (Art. 332.6) y el vencimiento del término máximo de que

⁴³ Art- 294. Vencimiento del término. Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior. **En este evento el superior designará a un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de treinta (30) días, contado a partir del momento en que se le asigne el caso. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el ministerio público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento**". El aparte resaltado corresponde al inciso 2° del artículo 294. Por su parte el artículo 175 establece que el fiscal dispone de 30 días a partir de la formulación de imputación para presentar la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad.

⁴⁴ De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, no habrá lugar a responsabilidad cuando se actúe bajo los siguientes supuestos: 1. Caso fortuito y fuerza mayor; 2. Con el consentimiento válidamente emitido del titular del bien jurídico, en los casos en que es posible disponer del mismo; 3. En estricto cumplimiento de un deber legal; 4. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente; 5. En ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público; 6. Por la necesidad de defender, proporcionadamente, un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente (legítima defensa); 7. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado o no tenga el deber jurídico de afrontar; 8. bajo insuperable coacción ajena; 9. Impulsado por miedo insuperable; 10. Con error invencible sobre la tipicidad del hecho, o sobre la concurrencia de una causal que excluya la responsabilidad. 10. Con error invencible sobre la ilicitud de la conducta.

⁴⁵ Establece el artículo 10 del código penal que la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. Si el hecho investigado no se adecúa a esa descripción legal, la conducta deviene en atípica.

⁴⁶ El artículo 28 del Código Penal establece que las personas pueden concurrir a la realización de la conducta punible en calidad de autor (quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otros como instrumento), o participe (cómplice o determinador).

dispone la Fiscalía para acusar, precluir o aplicar el principio de oportunidad (Art. 332.7), causal esta última que como se señaló está específicamente diseñada para ser invocada en la fase de investigación.» (Negritas adicionadas)

Argumentó la Corte Constitucional, que la regulación legal de las causales, sujetos legitimados y oportunidad procesal para requerir la preclusión, obedecen claramente a la lógica estructural del modelo acusatorio de procesamiento y respeta las reglas propias de sus elementos esenciales, que se concretan en la estructuración de tres etapas:

«La primera etapa, denominada de indagación e investigación⁴⁷ cuyo objetivo básico es la preparación del juicio, supone el conocimiento por parte de los sujetos e intervinientes, de la existencia del proceso, quienes despliegan una actividad de recaudo de la evidencia y de los elementos materiales probatorios que pretenden llevar al juicio para respaldar sus posiciones procesales.

La etapa intermedia, se caracteriza por que una vez que las partes y los intervinientes se encuentran preparados, se presentan ante el juez con el propósito de buscar una aproximación al objeto del debate y una definición del marco en el que habrá de desenvolverse el juicio oral. Proceden al descubrimiento de los elementos de convicción recaudados en la investigación, a la definición de la aptitud legal y la pertinencia de los mismos para ser llevados a juicio, y a establecer acuerdos acerca de tópicos comúnmente aceptados y que por lo tanto no serán objeto del debate, a la vez que constituye un espacio para eventuales negociaciones entre fiscal y acusado⁴⁸.

La tercera fase corresponde al juicio oral⁴⁹, público, concentrado y con inmediación de la prueba, que gira sobre tres ejes fundamentales: la presentación de la teoría del caso por las partes, la práctica de las pruebas previamente decretadas por el juez, y la exposición de los alegatos por las partes e intervinientes. Concluido el debate se anunciará el sentido del fallo. En esta fase,

⁴⁷ Libro II, títulos I a VI del Código de Procedimiento Penal.

⁴⁸ Aunque la Ley 906 de 2004 no hace explícita referencia a una fase intermedia o transitiva, el Libro III (Título I a II, artículos 336 a 365), regula la acusación, la audiencia de formulación de acusación, (en la que se produce el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y la evidencia física), la audiencia preparatoria y los preacuerdos y negociaciones, como el prelude de lo que será el juicio oral. Cabe aclarar que, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, en el colombiano esta fase no está sometida a una valoración del juez acerca de la viabilidad del juicio oral.

⁴⁹ Título IV del Libro III. Arts. 356 a 454.

como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁰ adquieren su mayor énfasis los rasgos adversariales del sistema.

De acuerdo con la estructura y las denominaciones utilizadas por el legislador, tanto la etapa intermedia como la del juicio oral, propiamente dicho, conforman la fase de juzgamiento⁵¹, en tanto que una y otra se encuentran precedidas de una acusación formalmente presentada por la Fiscalía.

De tal manera que cuando el parágrafo del artículo 332 acusado establece que "Durante el juzgamiento" de sobrevenir las causales 1ª y 3ª, podrá solicitarse la preclusión, hace referencia a la fase procesal posterior a la presentación de la acusación, que corresponde a la fase de "El juicio" conforme al Libro Tercero del código procesal y que aglutina los momentos de presentación del escrito de acusación, la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral.

4.7. Teniendo en cuenta ese marco estructural, observa la Corte que desde una visión sistemática resulta plausible que sea en el momento de culminación de la investigación, y de consiguiente valoración de una eventual acusación por parte del fiscal, que surja la necesidad de plantear la preclusión de la investigación, por ausencia de mérito para sostener una acusación, ya sea por razones sustanciales atinentes a la responsabilidad del imputado, debido a la inexistencia de soporte probatorio adecuado sobre cualquiera de los aspectos de la imputación, o por razones procesales relacionadas con la procedibilidad de la acción, o el vencimiento de los términos legales.

Una vez que se ha formalizado la acusación, con el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 337, el escenario previsto por el legislador para controvertir los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que le dan sustento al escrito acusatorio, es el juicio mismo, a través de las diferentes audiencias que lo integran. Como consecuencia de tal concepción las posibilidades de solicitar una preclusión en la fase de juzgamiento quedan reducidas a la constatación de una circunstancia, sobreviviente a la acusación, que impida proseguir con la acción penal, o la verificación de la inexistencia - fáctica- del hecho investigado. (Resaltado de la Sala).

⁵⁰ Sentencia C- 209 de 2007, MP, Manuel José Cepeda Espinosa, y C- 516 de 2007, MP, Jaime Córdoba Triviño.

⁵¹ El Libro III del Código se denomina "El Juicio", e incluye la presentación de la acusación, la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria, y el juicio oral.

Por ello, en el caso bajo estudio resultaba improcedente requerir la preclusión con base en la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 – atipicidad del hecho investigado- con posterioridad a la radicación del escrito acusatorio, ya que no se presentaron circunstancias sobrevinientes que le impidieran a la Fiscalía continuar con el ejercicio de la acción penal o le posibilitaran respaldar probatoriamente la inexistencia del hecho investigado.

Atendiendo a la interpretación constitucional anteriormente señalada, la demanda de preclusión incoada con posterioridad a la presentación del escrito de acusación debe estar fundada en que *sobrevengan* las causales primera y tercera del artículo 332 *ejusdem*, pues el parágrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal dispone que:

*«Durante el juzgamiento, **de sobrevenir** las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el Fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión».* (Negritas fuera de texto original).

Como puede advertirse, en estos supuestos la solicitud debe cumplir con el condicionamiento de ser sustentada en elementos de convicción que surjan con posterioridad a la radicación del escrito de acusación, pues no puede basarse en los mismos argumentos que sirvieron de base para su formulación.

Estas circunstancias no concurrieron en el caso bajo estudio, en donde la fiscal delegada, además de acudir a una



causal improcedente en esta fase del proceso, la requirió con apoyo en los mismos medios de conocimiento que obraron en la etapa investigativa pero aduciendo una aproximación teórica diferente para arribar a la no tipificación del delito de secuestro simple, olvidando que según lo ha sostenido la Sala, *la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal*⁵².

Es importante advertir que en supuestos como el que hoy se analiza no estamos frente a un control material de la acusación, el cual opera cuando el juez, *verbi gracia*, muestra su inconformidad con los punibles por los que se acusa, o determina si es completa, o si se excluyen o dejan de incluirse delitos, o circunstancias con consecuencias punitivas; decisiones estas que son de la competencia exclusiva de la Fiscalía derivadas de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

Contrario a lo anterior, la intervención del juez en la acusación ha sido admitida por la jurisprudencia en aras de evitar violaciones a garantías fundamentales, como ocurre, por ejemplo, para: evitar acusaciones absurdas; garantizar la legalidad de los delitos por los que se acusa⁵³; requerir al fiscal que complemente la acusación con los datos básicos consagrados en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004⁵⁴;

⁵² Cfr. CSJ. SP. de 25 de mayo de 2005, Rad. 22856.

⁵³ Cfr. CSJ. AP. de 1º de octubre de 2014, Rad. 42452.

⁵⁴ Cfr. CSJ. AP. de 6 de marzo de 2013, Rad. 40739.

garantizar la claridad, precisión⁵⁵ y concreción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la conducta endilgada; garantizar que los hechos atribuidos al procesado se refieran estrictamente a los mismos antecedentes fácticos de cargo contenidos en la formulación de imputación; garantizar que el descubrimiento probatorio sea lo más completo posible⁵⁶; decidir la devolución del escrito de acusación por considerar que carece de competencia⁵⁷; ejercer un control a la asistencia técnica que se le brinda al procesado, a fin de materializar el derecho a la defensa durante la acusación⁵⁸; pues con tales intervenciones da cumplimiento a la función protectora de derechos fundamentales que le ha sido asignada por la Constitución y la ley.

Ciertamente, la nueva regulación constitucional del proceso penal introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, a través de la reforma al artículo 250 constitucional, introdujo como uno de los rasgos fundamentales del sistema criminal de estirpe adversarial, la adscripción de la función acusatoria a la Fiscalía General de la Nación⁵⁹; por ello, en aras de respetar esta metodología de procesamiento y lograr que constituya una totalidad caracterizada por la articulación dinámica de sus actores, es necesario que exista pleno respeto a las funciones atribuidas a cada uno de ellos,

⁵⁵ Cfr. CSJ. SP. de 10 de diciembre de 2014, Rad. 39993.

⁵⁶ Cfr. Ley 906 de 2004, inciso 3° del artículo 344.

⁵⁷ Cfr. CSJ. AP. de 26 de mayo de 2014, Rad. 43795.

⁵⁸ Cfr. CSJ. AP. de 30 de mayo de 2012, Rad. 38955.

⁵⁹ Cfr. Constitución Política, artículo 250.4.



sin que se produzcan interferencias a los ámbitos de competencia asignados a otros sujetos procesales.

Como consecuencia de la sistemática adversarial, en el acto de acusación el juez de conocimiento no podrá, entre otros; promover el ejercicio del llamamiento a juicio; requerir que se persevere en la persecución penal, por ejemplo cuando la fiscalía manifiesta que está tramitando la aplicación del principio de oportunidad, de un preacuerdo, o si decide retirar la acusación; incitar al órgano acusador a que invoque la preclusión del proceso; emitir su opinión respecto de la completitud de la investigación; oponerse a la acusación, puesto que el juez no está autorizado por la ley para impedir la persecución penal; plantear una calificación jurídica de los hechos u otras formas de participación del imputado distinta a la adecuada por la Fiscalía; ampliar la acusación del fiscal extendiéndola a hechos o delitos no contenidos en ésta⁶⁰; contribuir con las partes a la prueba del hecho justiciable, pues la incorporación de medios probatorios al proceso se rige por el *principio de aportación de parte*, según el cual la actuación del juez debe estar regida por una pasividad probatoria que le impide sugerir pruebas o decretarlas de oficio, debiendo aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros establecidos por la Constitución y la ley «sin que se pueda ligar el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella»⁶¹.

⁶⁰ En este sentido, cfr. CSJ. SP. de 13 de julio de 2006, Rad. 15843.

⁶¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C- 396/07, de mayo 23.



Todas estas restricciones pretenden asegurar la imparcialidad de los jueces evitando que se transformen en actores de la persecución penal y, al tiempo, garantizar a las partes procesales un juicio objetivo, justo y ecuánime, que se traduce en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida en que forman parte del debido proceso.

Así, el pensamiento rector que debe guiar la actuación del juez durante el acto de acusación, debe estar orientado por el respeto de la regla básica del principio acusatorio: *quien instruye no puede juzgar y quien juzga no puede instruir*, razón por la que debe abstenerse de desplegar actuaciones atribuidas al órgano investigador o propias de la actividad defensiva de los intereses del procesado o de la víctima, evitando con ello la pérdida de una de las garantías cardinales de la función judicial: la imparcialidad.

Su actuación debe entonces adscribirse al ámbito típicamente judicial, salvaguardando en todo momento la posición de neutralidad y equilibrio que modula la metodología de procesamiento adversarial, evitando que con su participación se produzca un desequilibrio en la igualdad procesal de las partes o interfiriera en el ejercicio del litigio estratégico. Téngase en cuenta que en procura de garantizar la imparcialidad judicial, este principio rector fue erigido por

el legislador de 2004 con el carácter de imperativo⁶², conforme con la axiología que inspira al sistema acusatorio.

En el presente asunto, se reitera, el órgano de investigación ejerció libremente la acción y realizó las calificaciones fácticas y jurídicas que en su momento estimó pertinentes, solo que, luego de hacerlo, la Fiscal que intervino en la audiencia de formulación de la acusación consideró que no se cumplía el presupuesto de tipicidad de la conducta investigada y solicitó la preclusión sin atender las pautas legal y constitucionalmente establecidas para ello.

En este orden de ideas, el cargo no se encuentra llamado a prosperar.

El tercer cuestionamiento contenido en el primer cargo contra la sentencia del Tribunal, consiste en determinar si la negativa del juez de conocimiento en declarar la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscal genera nulidad por violación al debido proceso por ruptura de su estructura constitucional, al verse compelida a acusar por un delito que consideraba que los procesados no habían cometido, con lo cual el escrito de acusación carecía de los requisitos legalmente consagrados en el artículo 336 de la Ley 906 de 2004, pues no podía afirmar con probabilidad de verdad que el punible se hubiera cometido.

⁶² Cfr. Ley 906 de 2004, artículo 5° "Imparcialidad.- En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia".

Atendiendo a los planteamientos de índole constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinarios hasta ahora expuestos, resulta evidente que la negativa del juez en declarar la preclusión, lejos de transgredir los postulados del debido proceso los respeta y los confirma.

Es claro que la adopción del sistema acusatorio trae consigo el imperativo de acatar sus componentes esenciales, entre los que se encuentra la separación del órgano acusador y el juzgador; por ello, es oportuno indicar que en el presente asunto el juez de conocimiento en momento alguno obligó a la Fiscalía a acusar por un delito determinado o a no hacerlo. Fue el órgano acusador del Estado quien de manera autónoma e independiente imputó los punibles que en su momento consideró que se tipificaban y radicó el correspondiente escrito de acusación dando paso, según el diseño constitucional del proceso penal a la fase del juicio oral; cuestión diferente es que como consecuencia de la decisión que negó el requerimiento se deba dar continuidad a la actuación.

No admite discusión que en el momento de ser radicado el escrito de acusación, el Fiscal que tramitaba el caso consideró que el delito de secuestro simple se tipificaba, es decir, estimó *con probabilidad de verdad* que la conducta había existido, como también la valoró el delegado que posteriormente actuó durante el juicio oral; recuérdese que en lugar de solicitar en sus alegaciones finales la absolución de los procesados por atipicidad del comportamiento, el agente de

la Fiscalía demandó sentencia condenatoria en su contra, como en efecto ocurrió.

En el mismo sentido, el juez de conocimiento no se encuentra obligado a resolver favorablemente las solicitudes de preclusión que la parte acusadora le presente, como quiera que los *principios de independencia y autonomía*⁶³ que informa la actividad jurisdiccional, al igual que su sometimiento exclusivo a la constitución y la ley⁶⁴, le permiten proferir sus decisiones sin que su contenido sea predeterminado por la solicitud o por la injerencia de terceros, lo cual lejos se encuentra de violar la estructura procesal acusatoria pues de ser así no tendría sentido que la solicitud tuviera que ser sometida a su decisión, aparejando un claro compromiso del principio acusatorio.

Con base en los argumentos anteriormente expuestos, el primer cargo de la demanda no se encuentra llamado a prosperar.

Segundo cargo.- Subsidiario del primero y postulado al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, al considerar que el fallo del Tribunal es nulo por haberse proferido con afectación sustancial del debido proceso por cuanto uno de los Magistrados que integró la Sala que se ocupó de resolver la apelación de la sentencia carecía de competencia debido a que previamente había conocido el

⁶³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C473/99 de julio 7, entre otras.

⁶⁴ Cfr. Constitución Política, art. 230.

recurso de alzada de la decisión que negó la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía, esto es, estaba impedido.

Imprescindible resulta entonces señalar que la jurisprudencia pacífica de esta Corporación tiene por sentada la línea según la cual el silencio del funcionario a declararse impedido, estando en la obligación de hacerlo, **no vicia de nulidad la actuación en la que participa**, a pesar de que pueda eventualmente constituir una falta disciplinaria y, en algunos casos conducta punible, toda vez que la propia ley prevé el correctivo apropiado para subsanar el vicio y lo ha puesto a disposición de las partes, esto es, el mecanismo de la recusación contenido en el artículo 60 de la Ley 906 de 2004.

De modo tal que si la declaración de impedimento es un deber del funcionario, la recusación es un derecho de la parte y no activarla significa que en su criterio no está en riesgo su imparcialidad.

Con apoyo en esta invariable jurisprudencial que se remonta al año de 1989⁶⁵ y que ahora no encuentra razón alguna que implique su variación, la Sala ha estimado que:

«Si en materia de nulidades rige el principio de convalidación (...) resulta inconsistente que el actor pretenda censurar una actuación que se registró con la anuencia de la defensa, sin que en esa oportunidad se procediera, por ejemplo a recusar a los funcionarios con los argumentos que ahora han sido planteados en su demanda. Como es evidente que la defensa –ejercida en aquella época por otro profesional– estuvo de acuerdo con la actuación censurada, a ello debe atenerse y por tanto no le es posible de manera tardía reprochar lo que en su momento no reprobó. Motivo adicional para desestimar el cargo, aparte de que

⁶⁵ Cfr. CSJ. SP. de 23 de noviembre de 1989, Rad. 3600.

lo relacionado con un impedimento no declarado no repercute como motivo anulatorio ...»⁶⁶.

Posteriormente, otras decisiones de la Corte han tratado el tema, reforzando la sólida línea interpretativa⁶⁷, al sostener que:

«Por otro lado, si la causal de nulidad que en últimas quería denunciar el profesional del derecho no era la atinente a las reglas de los impedimentos y las recusaciones, sino a la conculcación del principio de imparcialidad en general, la Sala ha sostenido que el solicitante tiene la carga de demostrar la relevancia de la actuación o pretermisión:

(...) cuando se propone la vulneración del principio de imparcialidad en el nuevo sistema acusatorio, el demandante tiene la obligación de convencer a la Corte de que en el caso analizado el funcionario de conocimiento evidenció, mediante manifestaciones de indole objetiva, algún interés personal o privado en el resultado del proceso o buscó un fin público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales, en otras palabras, que ejerció o mostró el ánimo de ejercer funciones afines a las pretensiones acusatorias del Estado, o bien a favor de los designios de la defensa, durante el transcurso de la actuación procesal.»⁶⁸.

De manera que: (i) no es cualquier tipo de participación la que genera impedimento, esta debe ostentar una entidad tal que haya llevado a que el juez pierda su imparcialidad y, (ii) la falta de competencia debe ser alegada por la parte o interviniente afectado en su debida oportunidad procesal,

⁶⁶ Cfr. CSJ. SP. de 14 de septiembre de 2000, Rad. 13268.

⁶⁷ Cfr. CSJ. AP. de 14 de abril de 1994, Rad. 9169; SP. de 8 de agosto de 1996, Rad. 10632; SP. de 8 de noviembre de 2000, Rad. 14078; SP. de 1º de agosto de 2002, Rad. 14501; SP. de 19 de enero de 2006, Rad. 20769; AP. de 27 de marzo de 2007, Rad. 26066; AP. de 25 de abril de 2007, Rad. 26672; AP. de 1º de noviembre de 2007, Rad. 28482; SP. de 26 de marzo de 2008, Rad. 25610; AP. de 5 de marzo de 2009, Rad. 29089; SP. de 6 de mayo de 2009, Rad. 29328; AP. de 3 de diciembre de 2009, Rad. 33105; AP. de 9 de marzo de 2010, Rad. 28545; AP. de 12 de mayo de 2010, Rad. 33755; AP. de 4 de agosto de 2010, Rad. 30788; AP. de 10 de agosto de 2010, Rad. 34448; AP. de 15 de septiembre de 2010, Rad. 34532; AP. de 17 de noviembre de 2010, Rad. 34964; AP. de 17 de noviembre de 2010, Rad. 35051; AP. de 11 de mayo de 2011, Rad. 36130; SP. de 8 de noviembre de 2011, Rad. 34495; AP. de 30 de noviembre de 2011, Rad. 37298; entre otros.

⁶⁸ Cfr. CSJ. AP. de 10 de agosto de 2010, Rad. 34448.

situación que no ocurrió en el presente asunto, pues la Corporación ha podido constatar que la defensa no puso de manifiesto esta circunstancia en el momento en que eventualmente se produjo, validando así la actuación desplegada.

En efecto, el argumento de la “falta de competencia” de unos de los Magistrados que integraron la Sala de decisión que conoció la apelación contra la sentencia, tan solo fue presentado por el defensor con ocasión de la demanda de casación, cuando en realidad lo debió identificar, estructurar y argumentar cuando este se generó, vale decir recusándolo al integrarse la Sala de decisión y no esperar a la culminación del proceso para alegarlo en sede extraordinaria, pues para este instante ya se encontraba saneada la actuación.

Adicionalmente es necesario tener en cuenta, que el artículo 456 de la Ley 906 de 2004, régimen procesal al que se encuentra supeditado el presente caso, restringe la declaración de nulidad por incompetencia, a aquellos supuestos en donde haya desconocimiento del fuero o se establezca que el asunto corresponde a un juez especializado. Obsérvese:

*«Artículo 456. **Nulidad por incompetencia del juez.**- Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente **por razón** del fuero, **o porque** su conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados.»*
(Negritas agregadas por la Corte).

De manera que, en aplicación del *principio de taxatividad*, no hay lugar a declarar la nulidad por falta de

competencia ni a retrotraer el trámite procesal, cuando quiera que el desconocimiento de ella provenga de situaciones diversas a las cimentadas en la existencia de fuero o de asignación específica a los jueces penales del circuito especializados.

Lo cierto es que aplicando armónicamente los preceptos normativos contenidos en los artículos 55 numeral 14, 335 y 456 de la Ley 906 de 2004, si los sujetos procesales no alegan en las respectivas oportunidades procesales la falta de competencia por estar el funcionario impedido para conocer el caso, ésta se considera prorrogada *-principio de convalidación-*, salvo que el asunto sea juzgado por un funcionario que se encuentre en el marco de las previsiones del canon 456 *ibídem*.

Con base en estas razones, se desestima la inconformidad.

En su **Tercer Cargo**, el recurrente solicita que se aplique a la sentencia condenatoria la circunstancia de atenuación punitiva contemplada en el inciso segundo del artículo 171 del Código Penal, según el cual, en los supuestos del delito de secuestro simple en que se deje a la víctima voluntariamente en libertad dentro de los quince días siguientes a la retención, habrá lugar a una disminución de pena hasta en la mitad.

Considera el togado que las víctimas fueron liberadas

voluntariamente, pues lo hicieron sin la intervención de terceros; que en momento alguno fueron sustraídos del lugar de su residencia y que tan pronto los hurtadores abandonaron el inmueble sus residentes abrieron la puerta y dieron aviso de lo sucedido a las autoridades lo que logró la captura de los procesados.

Igualmente advera una valoración menguada de la prueba recaudada por parte del juez de segundo grado, pues en su opinión desconoció que la retención de las personas duró el tiempo estrictamente necesario para ingresar al lugar, requisar las habitaciones del inmueble, trasladar los bienes al primer piso, llamar a su cómplice para transportarlos y poder consumir el despojo a las numerosas víctimas.

Advierte entonces que no se realizó una delimitación entre el tiempo que requirió la consumación del hurto agravado y el que se requería para configurar autónomamente el secuestro simple.

En atención a lo anotado, es oportuno indicar que acudir a la vía de la violación directa –inciso primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004–, implica la aceptación de la facticidad fijada por el juez en su sentencia. Así lo ha expresado esta Corporación⁶⁹:

«Una vez más la Sala debe precisar que cuando el demandante en casación opta por la causal primera de casación, vale decir

⁶⁹ Cfr. CSJ., SP. de febrero 23 de 2011, Rad. 35387.

violación directa de la ley sustancial, acepta los hechos, las pruebas y la valoración que de ellas se hizo en las instancias, de manera que no le es permitido discutir cuestiones de facto, teniendo en cuenta que la discusión que propone es de estricto orden jurídico y recae sobre la ley sustancial por una de estas razones:

1. Falta de aplicación o exclusión evidente, defecto que surge porque el juez yerra acerca de la existencia de la norma, razón por la cual no la aplica al caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que ha incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio.

2. Aplicación indebida. El error se manifiesta en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la norma, ya que los sucesos procesalmente reconocidos no coinciden con las hipótesis condicionantes del precepto.

3. Interpretación errónea. El yerro se presenta cuando el sentenciador, aunque acierta en la selección de la norma que corresponde al caso en cuestión, se equivoca al interpretarla y le atribuye un sentido jurídico que no tiene, o le asigna efectos distintos o contrarios a su real contenido.»

Conforme con esta apreciación, la argumentación de violación directa a la ley sustancial por falta de aplicación, debe hallarse huérfana de consideraciones de índole probatoria, pues la falta de aplicación se predica, justamente, de los hechos declarados por el juez de instancia en la sentencia.

En este contexto, perdió de vista el impugnante que acudir a la vía de la violación directa demandaba un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos de los falladores de instancia, según el cual, las víctimas recobraron su libertad por sus propios medios y no gracias a la intervención de los procesados como lo esgrime el demandante.

Pese a lo anterior y entendiendo superados los defectos

argumentativos del cargo, la Sala no comparte su postura, pues parte del falso supuesto de asimilar la liberación *voluntaria* con que en el acto de recobrar la libertad *no hayan intervenido terceras personas*, lo que en realidad son dos postulados distintos.

Es claro que la liberación voluntaria de las víctimas hace referencia a un acto que nace de la espontánea voluntad, del libre albedrío o autónoma determinación del sujeto activo del delito y no por necesidad o causas extrañas a aquella⁷⁰, es decir, se trata de una acción que no depende de la intervención de terceras personas –segundo supuesto–, como lo argumenta el demandante, sino de la espontánea subjetividad del individuo que decide restablecer la libertad de sus víctimas.

Luego de valorar la prueba, los jueces de instancias dedujeron acertadamente que las víctimas no habían recobrado su libertad por causa de la voluntad de sus captores⁷¹, pues estos las dejaron encerradas con candado⁷² en una habitación y que *lograron liberarse después de haber desplegado la fuerza para abrir el candado* aproximadamente cuatro horas después hacia la media noche⁷³, facticidad que estuvo respaldada probatoriamente con los testimonios de

⁷⁰ Cfr. Aplicación del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua –RAE–, vocablos voluntad y voluntariamente.

⁷¹ Cfr. CSJ. SP. del 9 de diciembre de 2010, Rad. 36385 y SP. del 19 de octubre de 2011, Rad. 373

⁷² Cfr. Folios 132 y 133 de la carpeta del proceso, correspondiente al folio 10 y 11 del fallo de primera instancia.

⁷³ Cfr. Folio 131 de la carpeta del proceso, correspondiente al folio 12 de la decisión de primera instancia.

Agueda Arciniegas Fonseca y Viviana Sánchez Medina, quienes fueron reconocidas como sujetos pasivos del delito y en razón de tales comparecieron al juicio a rendir testimonio de lo ocurrido, informando de forma unánime respecto de las circunstancias en las que el secuestro se produjo y la manera en la que recobraron la libertad, esto es, por sus propios medios.

En esas condiciones no puede sostenerse fundadamente que las víctimas hayan sido liberadas voluntariamente por sus agresores, pues la actitud de estos apuntó a privar de la libertad a los ofendidos para asegurar su fuga lo que se refleja en que emprendieron la huida sin proceder previamente a liberarlos, como quiera que no abrieron el candado, dejándolos a su suerte, siendo los propios secuestrados quienes por sus propias maniobras lograron liberarse, sin que importe si en ese proceso contaron con la ayuda de terceros o no, puesto que lo que exige la causal atemperante de punibilidad es que: (i) la liberación haya sido producto de la *voluntad* del agresor y, (ii) que se haya producido dentro de los quince días siguientes al secuestro, y ninguno de estas exigencias concurrió en el caso bajo análisis.

Significa esto que el cargo se encuentra fundamentado en una personal y subjetiva forma de apreciación del alcance que ha debido otorgársele a las pruebas practicadas, que además riñe con los postulados fácticos declarados en las sentencias de instancia que gozan de la doble presunción de

acierto y legalidad, razón por la cual el cargo no se encuentra llamado a prosperar.

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,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada por el defensor de los procesados **INGRI YECCENIA BARRERA TORRES** y **JOSÉ JAVIER VELASCO DÍAZ**.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



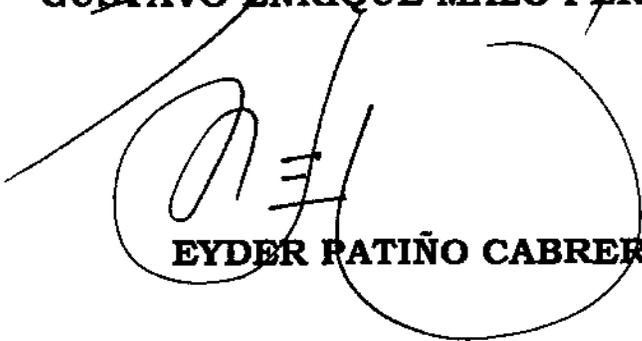
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUELLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

CASACIÓN 38694

INGRI YECCENIA BARRERA TORRES
JOSÉ JAVIER VELASCO DÍAZ

Nubia Yolanda Nova García
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

