

**Magistrado Ponente:** PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ

**Número de Radicación:** Radicado: 13-001-60-01129-2019-02738-00 Interno: G20  
No. 0012-2022

**Tipo de decisión:** Declara improcedente recurso de apelación.

**Fecha de la decisión:** 30 de junio de 2022.

**Clase/Subclase de proceso:** RECEPTACIÓN

**POSIBILIDAD DE LA FISCALÍA DE RETIRAR EL ESCRITO DE ACUSACIÓN/**

Como titular de la acción penal, la fiscalía está habilitada a retirar el escrito de acusación y, luego, tras esta nueva realidad, elevar la solicitud preclusiva que a bien tenga sin limitación en cuanto a las causales que puede invocar.

**FACULTADES DE LA DEFENSA ANTE LA PETICIÓN DE PRECLUSIÓN DE LA FISCALÍA Y EL INTERÉS JURÍDICO PARA RECURRIR PROVIDENCIAS RELACIONADAS CON LAS SOLICITUDES PRECLUSIVAS/**

La parte defensiva puede coadyuvar la solicitud de la fiscalía, ofrecer argumentos adicionales a la del ente persecutor o controvertir los de otros intervinientes, pero ninguna manera está habilitada para desnaturalizar el objeto de la audiencia, por la vía, por ejemplo, de adicionar la petición de la fiscalía en relación con puntos que ésta ni siquiera ha contemplado en su solicitud primigenia

**ADICIÓN DE PROVIDENCIAS/** Objeto y alcance,

**SOLICITUDES DE DEVOLUCIÓN DE BIENES INCAUTADOS U OCUPADOS CON FINES DE COMISO A LOS QUE NO SE LES DEBA APLICAR ESTA MEDIDA/** Competencia

**PETICIONES INCONDUCTENTES, IMPERTINENTES O SUPERFLUAS/** Rechazo de plano.

**FUENTE FORMAL/** Artículos 82, 139, 332 del Código Procedimental Penal, artículo 287 del Código General del Proceso

**FUENTE JURISPRUDENCIAL/** SP 1392-2015. 7 SP 2424-2021, C-648 de 2010, C-591 de 2014, AP 7346-2016, AP 5563 de 2016, AP 1128-2022, AP 2266-2018.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA  
SALA PENAL

**Magistrada Ponente:**  
**Patricia Helena Corrales Hernández**  
**Aprobado mediante acta No. 112**

**Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).**

**Información de la actuación procesal**

Radicado	13-001-60-01129-2019-02738-00
Procedencia	Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena
Fiscalía	Jesús García Castilla, fiscalía seccional No. 59
Defensor	Bernardo Raad
Acusado	Ricardo Morelo Anaya

## **I. MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Resolver la apelación interpuesta por el defensor contra la providencia del 17 de febrero del año en curso, proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena, que decretó la preclusión de la acción penal en favor de **Ricardo Morelo Anaya**, quien era investigado por el delito de *receptación*.

## **II. ANTECEDENTES**

**2.1** Alrededor de las 19:20 horas del 9 de junio de 2019, los señores Argenes Flores Dávila y Jesús Manuel Pérez Mesa, agentes de la Policía Nacional, se encontraban realizando labores de patrullaje en el barrio el Líbano del distrito de Cartagena.

En tal contexto, tras solicitar una requisita, los servidores encontraron que el señor **Ricardo Morelo Anaya**, quien se movilizaba por el sector, portaba un teléfono móvil de color negro, marca SAMSUNG J7, con IMEI No. 352504034009039, operado por Colombia Móvil, empresa ante la cual el equipo estaba reportado como hurtado.

Por lo anterior, los agentes aprehendieron inmediatamente al señor **Morelo Anaya**.

**2.2** En diligencia del 10 de junio de 2019, presidida por el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de Cartagena, la fiscalía formuló imputación contra **Ricardo Morelo Anaya**, como autor del delito de *receptación*.

Tras la culminación de la audiencia de formulación de imputación, el investigado fue dejado en libertad.

**2.3** Con posterioridad, la fiscalía radicó escrito de acusación<sup>1</sup>, que fue repartido inicialmente al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cartagena.

**2.4** No obstante, mediante providencia del 16 de septiembre de 2019<sup>2</sup>, la mentada autoridad se declaró impedida para conocer el asunto, por lo que, previa aceptación del impedimento, el conocimiento del proceso pasó al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cartagena.

**2.5** Tiempo después, a causa de los Acuerdos 11650 y 11651 de 2020, y CSJBOA21-41 del 2021, la actuación fue remitida al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena, que avocó conocimiento el 6 de septiembre de 2021<sup>3</sup>.

**2.6** El 17 de febrero del año en curso, tras la instalación de la audiencia, que por orden procesal correspondía a la formulación de acusación, el fiscal delegado manifestó que retiraría el escrito para, a continuación, elevar una

---

<sup>1</sup> Folios 10-11 del Expediente físico.

<sup>2</sup> Folios 12-13 del Expediente físico.

<sup>3</sup> Folio 1 del Expediente digital.

solicitud preclusiva con base en las causales 4<sup>a</sup> -*atipicidad del hecho investigado*- y 6<sup>a</sup> -*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*- del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Tras culminar la intervención del fiscal, el defensor coadyuvó su petición y solicitó al juzgado un pronunciamiento en torno al teléfono móvil incautado el día de la captura de su apadrinado.

**2.7** Mediante providencia de la misma fecha el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena decretó la preclusión de la acción penal en favor del señor **Ricardo Morelo Anaya**.

**2.8** Al someter su decisión a recursos, el fiscal manifestó su conformidad. Sin embargo, el defensor insistió en que debía haber un pronunciamiento en torno a la devolución del celular incautado el día de la captura.

**2.9** Frente a esto, la funcionaria anotó que la fiscalía era la autoridad competente para devolver el bien a quien demostrara ser su propietario y tenedor legítimo<sup>4</sup>.

**2.10** Inconforme con el último apartado de la decisión, el defensor interpuso recurso de apelación, por estimar que su apadrinado tiene derecho a la devolución del celular por ser un tercero que actuó de buena fe.

---

<sup>4</sup> Así se pronunció la funcionaria: “[...] bueno, la fiscalía, comoquiera que es un bien de libre comercio, debe devolverlo a quien demuestre ser su propietario o su tenedor legítimo en este caso, pues comoquiera que hay una persona con mejor derecho frente al propietario que se registra la empresa de telefonía celular, pues en principio debe entregarse al propietario que aparece relacionado con la empresa de telefonía que es la persona a la cual se le entregó y que solo en el evento que el señor Morelo Anaya lograra demostrar bajo algún medio la adquisición legal de este se podría entregar, pero en este momento el mejor derecho lo tiene el propietario que ha certificado en la empresa de telefonía celular en la que hizo la venta, ya que el aquí procesado no ha entregado ningún documento que exponga el origen en el cual lo haya podido adquirir en legítima forma, en este caso considero que la prioridad debe dársele al propietario que aparece registrado ahí en la empresa y que la fiscalía debe directamente, puede realizar la entrega, porque no se ha ordenado comiso ni se ha ordenado ninguna afectación cautelar...”

**2.11** Como no recurrente, el fiscal delegado coadyuvó la petición del apelante.

### **III. CONSIDERACIONES**

**3.1** De conformidad con lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para resolver la apelación interpuesta contra la providencia del 17 de febrero del año en curso, proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena.

**3.2** Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas pertinentes, la Sala debe precisar el conjunto de reglas de derecho aplicables al caso *-infra 3.2.1-*, para, luego, resolver el asunto como en derecho corresponda *-infra 3.2.2-*.

En tal labor, la Sala se referirá a **i)** la posibilidad de la fiscalía de retirar el escrito de acusación *-infra 3.2.1.1-*, **ii)** las facultades de la defensa ante la petición de preclusión de la fiscalía y el interés jurídico para recurrir providencias relacionadas con solicitudes preclusivas *-infra 3.2.1.2-*, **iii)** el alcance de la *adición* de providencias *-infra 3.2.1.3-*, **iv)** la competencia para resolver la petición de devolución de bienes incautados u ocupados con fines de comiso a los que no deba aplicarse esta medida *-infra 3.2.1.4-* y **v)** la obligación del juez de *rechazar de plano* las peticiones manifiestamente impertinentes o inconducentes *-infra 3.2.1.5-*.

#### **3.2.1 Reglas de derecho aplicables al caso bajo examen**

##### **3.2.1.1 La posibilidad de la fiscalía de retirar el escrito de acusación.**

3.2.1.1.1 De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penales, la radicación del escrito de acusación inicia la etapa de

---

<sup>5</sup> Providencias C-920 de 2017, SP 1392 de 2015 y AP 682-2019. Así, por ejemplo, en la AP 682 de 2019, la Corte Suprema de Justicia advirtió: “*Empero, aparte que en este caso la preclusión va encaminada a probar la*

juicio en marco de los procesos adelantados bajo los cauces de la Ley 906 de 2004, lo cual<sup>6</sup> “establece unas marcadas diferencias entre las causales por las cuales procede la preclusión del proceso y los sujetos que pueden invocarlas [...]”.

Al respecto, de acuerdo con el párrafo del artículo 332 del Código Procedimental Penal, durante la referida etapa, únicamente es posible solicitar la preclusión por las causales 1ª y 3ª de la misma disposición, es decir, la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado.

3.2.1.1.2 Sin perjuicio de lo anterior, es posible que, en ciertos casos, tras la radicación del escrito de acusación, la fiscalía advierta la configuración de una causal preclusiva diferente a las señaladas precedentemente y, en tal contexto, opte por retirarlo en aras de quedar habilitada para requerir el fenómeno extintivo de la acción penal por cualquiera de los otros motivos de cesación del procedimiento instituidos en el canon 332.

Se trata de una posibilidad que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido de antaño, y refrendado recientemente<sup>7</sup>:

“[...] en torno al **(ii)** retiro del escrito de acusación, esta Corporación ha admitido la posibilidad de que acontezca antes de que se haga efectiva la formulación de la misma en la audiencia respectiva (CSJ AP, 5 sep. 2018, rad. 53560, AP, 29 jun. 2016, rad. 48343, entre otras), al señalar que:

«Si el fiscal es el “dueño de la acusación” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, **nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa**

---

atipicidad del hecho investigado (causal 4ª), **aún no ha comenzado la fase de juicio, que inicia con la radicación del escrito de acusación (CC C-920/07)**”. [Se hace énfasis].

<sup>6</sup> SP 1392-2015.

<sup>7</sup> SP 2424-2021.

**instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.**

**Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación.** Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna. (CSJ 21 de Mar. 2012, Rad. 38256)». (Negrita fuera del texto).

6.3.6. La facultad de retirar el escrito de acusación deviene del hecho de ser esta un acto exclusivo de la Fiscalía, como titular de la acción penal y dada la obligación que constitucional y legalmente le fue impuesta -artículos 250.4 de la Carta Política, y 15, 51, 56.8, 114, 116, 175, 336, 339, 350 y siguientes del C. de P. Penal-.

6.3.7. De donde deviene inobjetable que, si bien el fiscal delegado ante el Tribunal no fue rotundamente claro en el sentido de retirar el escrito de acusación presentado por la fiscal seccional -como ha debido serlo para evitar traumatismos como los presentados-, esa fue la finalidad de su intervención en las audiencias de preclusión, como así lo señaló en la últimamente realizada el 21 de mayo de 2019, haciendo uso de sus prerrogativas, conforme lo admitido por la jurisprudencia, dado que para entonces no se había formulado la acusación en audiencia, al esbozar: *«[...] el sólo el hecho de haber presentado la solicitud de preclusión, en pasada oportunidad y haberlo hecho después de que el Honorable Tribunal me requirió para que dijera si insistía en la preclusión, en mi criterio, hace que quede retirado el escrito de acusación, porque, además, el retiro no requiere ningún pronunciamiento del Tribunal».*

Conforme al precedente citado, como titular de la acción penal, la fiscalía está habilitada a retirar el escrito de acusación y, luego, tras esta nueva realidad, elevar la solicitud preclusiva que a bien tenga sin limitación en cuanto a las causales que puede invocar.

### **3.2.1.2 Las facultades de la defensa ante la petición de preclusión de la fiscalía y el interés jurídico para recurrir providencias relacionadas con solicitudes preclusivas.**

Vinculada a la posibilidad de retirar el escrito de acusación y la titularidad de la acción penal en cabeza de la fiscalía, se encuentra la facultad de requerir la preclusión adscrita únicamente a dicho ente en la etapa de investigación.

Precisado lo anterior, respecto al *comportamiento procesal* de la defensa en este tipo de diligencias, el original artículo 333 de la Ley 906 de 2004 consagraba que, culminada la intervención de la fiscalía, el juez otorgaría la palabra “*a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal*” [Se hace énfasis].

Con base en este apartado subrayado, en el asunto con radicado 31.763 de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acotó:

“Con ese entendimiento, se tiene que en las fases previas al juicio oral la intervención de la defensa (y de las demás partes), cuando de postulación de preclusión se trata, se convierte en accesoria de la de la Fiscalía, como que es ésta, y sólo ella, la facultada para hacer ese tipo de reclamos.

En otras palabras, instalada la audiencia para resolver sobre la preclusión (que puede ser convocada exclusivamente por la Fiscalía), la participación de las partes diversas del ente acusador solamente alcanza la de “no – peticionarios”, esto es, que podrán pronunciarse luego de que el sujeto procesal legitimado por la ley haga su solicitud, y ***sus argumentos deben limitarse a coadyuvar o a oponerse a las pretensiones del reclamante***. Jamás podrán intentar peticiones diferentes (por vía de ejemplo, esbozar una causal de preclusión diversa de la propuesta por el acusador).” [Se hace énfasis].

En relación con esta postura inicial, conviene recordar que en sentencia C-648 de 2010 la Corte Constitucional se ocupó de la exequibilidad de este apartado, excluyéndolo del ordenamiento jurídico por lo siguiente:

“Así las cosas, considera la Corte que restringir la intervención de la defensa en el curso de una audiencia de solicitud de preclusión al supuesto de que quisiera oponerse a la petición del fiscal – lo cual muy excepcionalmente sucedería-, sin permitirle, por el contrario, llevar a cabo otras actuaciones procesales más consecuentes y acordes con la lógica y el sentido de tal petición (vgr. coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por el órgano investigador o controvertir los argumentos de los demás intervinientes, entre otras), vulnera el derecho de defensa.

En efecto, la expresión “*en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal*”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, si bien tiene sentido en relación con las víctimas y el Ministerio Público, constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto no busca la consecución de ningún fin constitucionalmente admisible. Sin lugar a dudas, permitirle a la defensa tan sólo una intervención limitada, excepcional y poco consecuente con su actuación en el curso de una audiencia de petición de preclusión, es una medida que no apunta a (i) racionalizar un proceso penal de corte acusatorio; (ii) tampoco constituye un rasgo definitorio o esencial de aquél, ni (iii) mucho menos atenta contra los derechos y las garantías de las demás partes e intervinientes en el proceso. Por el contrario, facultar al defensor del imputado para que interviniera no sólo en caso de oponerse a la petición del fiscal, sino además cuando desee desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal, tales como (i) coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; (ii) alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por la órgano investigador; o (iii) controvertir los argumentos de los demás intervinientes, le permitirá al juez de conocimiento contar con más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de petición de preclusión.

Al respecto, conviene recordar que, según las voces del artículo 29 Superior, “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 8 que “***Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter***”.

Así las cosas, no existe razón constitucional alguna para excluir toda participación de la defensa en el curso de la audiencia de petición de preclusión, motivo por el cual la Corte declarará inexecutable la expresión “*en el evento en que quisiera oponerse a la petición del fiscal*”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004”.

De acuerdo con el precedente constitucional, frente a una solicitud preclusiva, las facultades de la defensa son amplias, empero, ello no significa que pueda desnaturalizarse el objeto de la diligencia, en cuyo decurso se discute la acreditación de un presupuesto extintivo de la acción penal.

En este orden de ideas, la parte defensiva puede coadyuvar la solicitud de la fiscalía, ofrecer argumentos adicionales a la del ente persecutor o controvertir los de otros intervinientes, pero ninguna manera está habilitada para desnaturalizar el objeto de la audiencia, por la vía, por ejemplo, de *adicionar* la petición de la fiscalía en relación con puntos que ésta ni siquiera ha contemplado en su solicitud primigenia.

De otro modo no se entendería que permanezca invariable el precedente, aún con posterioridad a la sentencia C-648 de 2010, sobre el interés para recurrir de los demás sujetos procesales cuando el único legitimado para pedir la preclusión se muestra conforme con la decisión adoptada.

Con suma claridad quedó sentada esta postura en el pronunciamiento proferido en el marco del radicado 40.128 del 2012:

“Algunos de los intervinientes plantearon la posibilidad de que sujetos procesales diversos del Fiscal, cuando éste reclama la declaratoria de la preclusión, se encontrarían deslegitimados para impugnar la decisión negativa del Tribunal.

La Sala ha tenido oportunidad de precisar que ***la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal*** (autos del 1° y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente).

Así, la regla general respecto de que las providencias interlocutorias, carácter que ostenta la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso, debe ser valorada de conformidad con el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, ***de donde resulta que ese medio de gravamen solamente puede ser propuesto por el sujeto procesal***

***legitimado para hacer la solicitud, en tanto si por mandato legal solamente la Fiscalía puede hacer lo último y esta declina recurrir la negativa del juez, esto es, muestra conformidad con lo resuelto, mal podría permitirse que un interviniente diverso impugnase con la pretensión de que la segunda instancia disponga la preclusión, pues en tal supuesto lo que acontecería en la práctica sería la habilitación de ese recurrente para reclamar y lograr la preclusión, cuando ello solamente está permitido al “dueño” de la acción penal, que lo es la Fiscalía***. [Se hace énfasis].

Bajo los derroteros antecedentes, la Sala concluye que **i)** la defensa puede coadyuvar u oponerse a la petición preclusiva de la fiscalía, pero no está habilitada para *adicionar* la solicitud con argumentos que rebasen el objeto de esta diligencia y **ii)** en caso de que el ente persecutor muestre conformidad con la determinación adoptada, la parte defensiva carece de interés jurídico para recurrir la decisión.

### **3.2.1.3 El objeto de la *adición* de providencias.**

Atado a lo anterior, es preciso recordar que la *adición* de providencias es un mecanismo instituido para que el mismo funcionario que la emitió la complemente con aquellos puntos que, de conformidad con la ley, debían ser objeto de pronunciamiento.

En efecto, el artículo 287 del Código General del Proceso consagra:

**“ARTÍCULO 287. ADICIÓN.** Cuando ***la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento***, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.” [Se hace énfasis].

De acuerdo con la cita precedente, la *adición* de una providencia tiene como presupuesto que el juez haya omitido pronunciarse sobre un punto específico siendo ese su deber.

Si, por el contrario, el tópico concreto no debe ser punto de pronunciamiento, sea porque el objeto de la petición era uno diverso o, inclusive, puesto que el funcionario carece de competencia para pronunciarse, no es procedente la adición del proveído.

Esta segunda posibilidad será relevante para la resolución del caso, de acuerdo con las consideraciones que a continuación se relacionan.

#### **3.2.1.4 Competencia para resolver peticiones de devolución de bienes incautados u ocupados con fines de comiso a los que no deba aplicarse esta medida.**

En la primera instancia no fue objeto de discusión si el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena tenía competencia para pronunciarse en torno a la devolución del equipo incautado al señor **Ricardo Morelo Anaya** el día de la captura.

Por el contrario, las partes y la funcionaria de primera instancia asumieron como natural la petición del defensor, sin detenerse a evaluar que el objeto de la diligencia era diverso *-preclusión de la acción penal-*, la fiscalía no elevó una solicitud con tal propósito y la autoridad competente para adoptar la determinación pertinente era el Juez de Control de Garantías, según pacífico criterio jurisprudencial.

Ciertamente, a tono con las consideraciones del *a quo*, el original artículo 88 del Código de Procedimiento Penal establecía que la fiscalía podía ordenar la *devolución* de los bienes incautados u ocupados con fines de comiso a los que no deba aplicarse esta medida.

Sin embargo, en la sentencia C-591 de 2014, la Corte Constitucional evaluó la exequibilidad del apartado de la disposición que facultaba a la entidad persecutora del Estado para ordenar la devolución de bienes.

Tras referirse a la libertad de configuración legislativa y señalar el acceso a la administración de justicia como límite de dicha facultad del legislador, la Corte Constitucional se contrajo a estudiar los límites de la fiscalía general de la Nación y la función de control por parte del juez de garantías en el marco de los procedimientos regidos por la Ley 906 de 2004.

En este orden de ideas, en primer lugar, recordó que, de acuerdo con su pacífica jurisprudencia, existe reserva judicial en cuanto a la afectación de derechos fundamentales, de modo que todas las actuaciones de la fiscalía y órganos de investigación que, por su especial incidencia, afecten garantías de esta estirpe, sea del imputado, la víctima u otros intervinientes, requerirán control judicial previo o posterior, según el caso.

Y, segundo, la guardiana de la supremacía de la Constitución recordó que, en el ámbito del sistema de enjuiciamiento reglamentado por la Ley 906 de 2004, *“la función de garante de los derechos fundamentales se ha atribuido al Juez de control de garantías”*.

Con base en los recuentos normativos precedentes, tras excluir, por inexecutable, el apartado que confería la autorización al fiscal para devolver

los bienes incautados u ocupados, la Corte Constitucional precisó el segmento normativo vigente y su alcance:

“El contenido del artículo 88 del C.P.P., luego de la exclusión de los segmentos normativos hallados contrarios a la Constitución, será del siguiente tenor:

**“Artículo 88. Devolución de bienes.** Antes de formularse la acusación, y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin.

En las mismas circunstancias, a petición del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión, el juez que ejerce las funciones de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo”.

Observa la Sala que el enunciado normativo del inciso segundo que establece la legitimación para formular la solicitud (el fiscal o quien tenga interés legítimo en la pretensión), y la competencia para resolverla (el juez de control de garantías), cobija también la hipótesis contemplada en el inciso primero en razón a que la expresión “*en las mismas circunstancias*” establece una clara conexión entre los dos incisos, que conduce a que el enunciado del primero se complemente con las previsiones del segundo.

No se estima, en consecuencia, que sea necesario complementar el pronunciamiento de inexecutable parcial, con un condicionamiento, comoquiera que del texto normativo resultante de la declaratoria parcial de inexecutable se deriva el ***claro entendimiento de que tanto la entrega de los bienes que han sido incautados y ocupados con fines de comiso, a quien tuviere derecho a recibirlos, como el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo sobre esos mismos bienes, corresponde al juez de control de garantías, a solicitud del fiscal o de quien tuviere interés jurídico en la pretensión***. [Se hace énfasis].

Al respecto, agréguese que, en sede de definición de competencia, la Corte Suprema de Justicia ha prolijado este criterios:

**“4.** Sobre cuál es el funcionario competente para resolver la solicitud de entrega de los bienes respecto de los que no procede el comiso o no son necesarios para la indagación o investigación, se pronunció la Corte en el fallo CSJ 5 feb 2015, STP814-2015, rad. 77868, cuyo tenor es el siguiente:

---

<sup>8</sup> AP 7346-2016.

*El artículo 82 de la Ley 906 de 2004, establece que el comiso procede respecto de «los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo», y también sobre «los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes». La decisión de decretar o no el comiso se adopta en la sentencia o providencia que ponga fin al proceso, como se desprende del artículo 90 del cuerpo normativo en cita.*

*Cuando existan motivos fundados que permitan inferir que determinado bien es susceptible de comiso en los términos reseñados, puede afectarse con alguna medida cautelar -mientras se resuelve el asunto de forma definitiva-, entre las cuales se encuentra la incautación (Art. 83, ibídem). En tal caso, la diligencia debe ser objeto de revisión de legalidad por parte del juez de control de garantías, dentro de las 36 horas siguientes (Art. 84, ejusdem).*

*Sin embargo, «cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso», la Fiscalía debe ordenar la devolución de los bienes «a quien tenga derecho a recibirlos», antes de la formulación de acusación «y en un término que no puede exceder de seis meses» (Art. 88, ibídem).*

*Es claro que, en principio, corresponde al director de la investigación decidir la procedencia de la devolución de bienes incautados, ajustándose a las previsiones que se acaban de referir; por lo que, en un primer momento, el interesado debe deprecarla ante el organismo instructor. En criterio de la Sala, ante su negativa, el petente cuenta con la posibilidad de elevar la respectiva solicitud ante el juez de control de garantías.*

*Ello se deriva de la interpretación sistemática y contextual de la normativa procesal. En primer término, a los últimos funcionarios referidos les corresponde resolver, de manera genérica y residual, todos los asuntos que no deban decidirse «en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral» (Art. 153, ibídem), por ejemplo, los siguientes (Art. 154, ejusdem):*

- 1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*
- 2. La práctica de una prueba anticipada.*
- 3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.*
- 4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.*
- 5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.*
- 6. La formulación de la imputación.*
- 7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.*
- 8. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores. (Énfasis propio).*

*Además de lo anterior, la estructura y fundamentos basilares del modelo de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, asigna a la Fiscalía General de la Nación la calidad de parte, por lo que salvo puntuales y taxativas excepciones, las*

*decisiones que adopte y sean susceptibles de afectar derechos fundamentales, cuentan con la garantía de verificación de legalidad –previa o posterior- por parte del juez de control de garantías.*

*Finalmente, si el referido funcionario jurisdiccional es competente para resolver la petición de «levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo» (Art. 88, ibidem) -que junto con la ocupación y la incautación conforman el grupo de medidas cautelares sobre activos con vocación de comiso-, e igualmente la solicitud de entrega provisional o definitiva de bienes involucrados en delitos culposos (Art. 100, ejusdem); no existe ningún impedimento para que decida sobre la viabilidad de la devolución de aquellos que fueron incautados con fines de comiso, un asunto similar a los anteriores. - Resalta la Sala-*

En ese orden, por regla general, **el funcionario competente para pronunciarse sobre tales solicitudes, cuando la actuación se encuentra en curso, es el juez de control de garantías, sin perjuicio de la competencia del juez de conocimiento para decidir sobre la procedencia o no del comiso**, en la sentencia o providencia que ponga fin al proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.” [Se hace énfasis].

Como se puede observar, el funcionario competente para pronunciarse en torno a la solicitud de devolución de bienes incautados u ocupados a los que no se les aplicará el comiso es el juez de control de garantías.

Por su parte, el juez de conocimiento está facultado para emitir pronunciamiento en torno a la procedencia del comiso.

Cabe recordar que, según el artículo 82 del C.P.P., el comiso procederá sobre los bienes y recursos “del penalmente responsable”, es decir, su viabilidad está atada a un fallo de responsabilidad penal.

Por el contrario, si la persona no ha sido afectada con un fallo condenatorio, es posible perseguir la devolución de bienes incautados u ocupados, pero la evaluación de procedencia corresponde al juez de control de garantías, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

### **3.2.1.5 El deber del juez de *rechazar de plano* las solicitudes manifiestamente impertinentes, inconducentes e inútiles.**

De acuerdo con el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal los jueces tienen el deber de evitar todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos mediante el rechazo de plano de los mismos.

Respecto a este remedio, la Corte Suprema de Justicia ha apuntado<sup>9</sup>:

“Frente a actuaciones ostensiblemente infundadas e inconducentes como la realizada por el defensor, los jueces tienen la obligación, no la facultad, como lo prevé el artículo 139 «*Deberes específicos de los jueces*», de rechazarlos de plano y ésta decisión constituye una orden porque tiende a evitar el entorpecimiento de la actuación (art. 161-3 C.P.P./2004) que, como tal, no admite recursos”.

De igual forma, esa Corporación ha sostenido que es deber del juez controlar la actividad de las partes<sup>10</sup>:

Las partes pueden incurrir en irregularidades, como cuando presentan peticiones impertinentes. El ordenamiento jurídico consagra expresamente los mecanismos de control que debe ejercer el Juez, no como una potestad, sino como una obligación.

[...]

Así, es claro que el “***rechazo de plano***” es el instrumento jurídico dispuesto por el legislador frente a solicitudes impertinentes, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias procedentes frente a estas actuaciones (Art. 143 ídem, entre otros).

Cuando se omiten esos obligados controles, a las irregularidades de la parte suelen sumarse las del funcionario judicial, como cuando se le da trámite a una solicitud impertinente y, peor aun, se conceden recursos improcedentes, con la consecuente dilación de la actuación, sin perjuicio de otras consecuencias, como el pronunciamiento extemporáneo del funcionario judicial frente a los aspectos que deben resolverse en la sentencia.

---

<sup>9</sup> AP 5563 de 2016, reiterada en la AP 1128-2022.

<sup>10</sup> AP 2266-2018.

En síntesis: (i) la presentación de solicitudes impertinentes constituye un acto irregular de la parte; (ii) el “*rechazo de plano*” es el instrumento jurídico para corregir esta clase de irregularidades; y (iv) este tipo de control es obligatorio, para evitar dilaciones injustificadas de la actuación y otras consecuencias que afecten la recta y eficaz administración de justicia.

Lo anterior bajo el entendido de que

*[]la garantía del debido proceso no incluye la posibilidad de que las partes o intervinientes abusen del discurso, en el sentido de referirse a temas impertinentes o incurrir en repeticiones innecesarias, disponiendo a su antojo del tiempo judicial, con las graves consecuencias que ello tiene para la solución de caso y, en general, para que la justicia sea pronta y eficaz (CSJAP, 23 Nov. 2016, Rad. 49138, entre otras).”*

### **3.2.2 Resolución del caso concreto**

Tomando como referentes las reglas de derecho precedentes, la Sala procederá a emitir el pronunciamiento que en derecho corresponda.

3.2.2.1 En tal labor, inicialmente, la Sala advierte que el fiscal *retiró* el escrito de acusación, lo que le habilitó para solicitar la preclusión de la acción penal con base en las causales 4ª y 6ª del Código de Procedimiento Penal.

3.2.2.2 En segundo lugar, la Sala considera que el defensor no estaba habilitado para *adicionar* la solicitud preclusiva, requiriendo la devolución del celular incautado, puesto que exclusivamente podía coadyuvar u oponerse a la petición del único sujeto legitimado, no agregar nuevos requerimientos que no correspondían al objeto de la diligencia.

En efecto, si el objeto de la diligencia estaba relacionado con la preclusión de la acción penal, la intervención del letrado debía limitarse a ofrecer argumentos *-a favor o en contra-* que tuviesen un vínculo con el fenómeno extintivo de la acción penal.

Lo anterior, con mayor razón, si, como quedó sentado, el fiscal delegado no hizo mención a la devolución del objeto incautado durante su intervención.

Así mismo, la Sala observa que, en la práctica, tras la culminación de la lectura de la providencia, el abogado solicitó una *adición* de providencia.

A juicio de esta Colegiatura, esta solicitud fue impertinente, por el objeto de la diligencia y, más importante aún, porque el juzgado no tenía competencia para emitir un pronunciamiento sobre el particular.

Ciertamente, como quedó acotado atrás, la *adición* de providencias tiene como presupuesto que el funcionario no se pronuncie sobre un punto que debía ser objeto de análisis.

Precisado lo anterior, si la solicitud concernía a la *preclusión* de la acción penal y, además, la competencia para evaluar la viabilidad de la devolución de los bienes incautados está atribuida al Juez de Control de Garantías, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena no tenía la obligación de pronunciarse en torno a dicho tópico.

Ahora, la Sala no pasa por alto que, al culminar la intervención primigenia de la fiscalía, el defensor participó para requerir la devolución del bien, pero esto no necesariamente implicaba que el asunto debía ser objeto de pronunciamiento en la providencia.

De hecho, teniendo en cuenta el deber de rechazar de plano solicitudes impertinentes o inconducentes, el *a quo* tenía la obligación de aplicar este correctivo habida cuenta de que el objeto de la diligencia era diverso y la falta de competencia para adoptar una determinación sobre el particular.

Sumado a lo anterior, la Sala estima que el censor carecía de interés jurídico para recurrir la decisión de primer grado. Primero, por la impertinencia de la adición de la petición inicialmente elevada y la solicitud de complementación de la providencia recurrida y, sobre todo, puesto que el solicitante mostró su conformidad con el proveído.

Además, si la petición primigenia era impertinente e inconducente, como en efecto lo fue, el posterior recurso era improcedente.

3.2.2.3 A todo lo anterior súmese el hecho de que se hubiese ventilado una controversia respecto de la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena carecía de absoluta competencia, por cuanto la evaluación en torno a la procedencia de la devolución de bienes corresponde al Juez de Control de Garantías, como quedó sentado.

Bajo los anteriores derroteros, posiblemente por la naturalidad con que los intervinientes observaron la solicitud del defensor, el *a quo* no advirtió que **i)** la solicitud inicial sobre la devolución y la petición de complementación de fallo eran *impertinentes* porque el objeto de la diligencia era diverso y el fiscal no se refirió a este tópico, **ii)** el censor carecía de interés jurídico para recurrir, pues el titular de la acción penal se mostró conforme con la determinación adoptada, **iii)** el recurso propuesto era improcedente debido a la impertinencia del requerimiento primigenio y, en todo caso, **iv)** el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena carecía de absoluta competencia para evaluar la viabilidad de la devolución del bien incautado.

Como corolario de lo anterior, la Sala aprecia que la funcionaria de primera instancia estaba en la obligación de rechazar de plano la solicitud que adicionó la petición preclusiva y el requerimiento de complementación del fallo, por manifiestamente impertinentes.

Así mismo, la falladora no debió pronunciarse de fondo en torno a la posibilidad de devolución del celular, comoquiera que carecía de competencia para ello.

Finalmente, ante la inexistencia de interés jurídico para recurrir, erró al dar curso al recurso de apelación formulado por el defensor.

Ante la realidad procesal precedente, lo atinado es que la Sala declare improcedente el recurso de apelación, habida consideración de **i)** la impertinencia de la adición de la solicitud preclusiva y el requerimiento de complementación de fallo, **ii)** la carencia de interés para recurrir del defensor, debido a la conformidad que mostró el único autorizado para elevar peticiones preclusivas en esta etapa procesal y **iii)** la absoluta falta de competencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena para pronunciarse en relación con la devolución del bien incautado.

Igualmente, la Sala prevendrá a la Jueza Octava Penal del Circuito de Cartagena para que, en lo sucesivo, adopte las decisiones que correspondan según su competencia y ejerza de mejor manera los controles como directora del proceso, con el propósito de rechazar de plano aquellas solicitudes que sea manifiestamente impertinentes, inconducentes o superfluas.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de apelación formulado contra la providencia del 17 de febrero del año en curso.

**SEGUNDO: PREVENIR** al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena para que, en lo sucesivo, adopte las decisiones que correspondan según su competencia y ejerza de mejor manera los controles como directora del proceso, con el propósito de rechazar de plano aquellas solicitudes que sea manifiestamente impertinentes, inconducentes o superfluas.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** a los sujetos procesales y **ADVIÉRTASE** que contra ésta decisión no proceden recursos.

**CUARTO: INFORMESE** al

Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Cartagena para lo de su cargo. **REMÍTASE** a esta oficina la actuación.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

  
**PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ**  
**MAGISTRADA**

  
**José de Jesús Cumplido Montiel**  
**Magistrado**

**EN USO DE COMPENSATORIO**  
**Francisco Antonio Pascuales Hernández**  
**Magistrado**

**Leonardo de Jesús Larios Navarro**  
**Secretario**