RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
NÚMERO DE PROCESO	: 45464
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP1003-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 01/02/2017
DECISIÓN	: CASA PARCIALMENTE Y DE OFICIO / DECRETA NULIDAD
DELITOS	: Secuestro extorsivo
FUENTE FORMAL	: Ley 599 de 2000 art. 38, 51, 58-10, 63, 169, 170-1, 170-6 y 365 / Ley 906 de 2004 art. 28-10, 170-1, 170-6, 180, 371, 443 y 448 / Ley 1098 de 2006 art. 199

TEMA: **CASACIÓN OFICIOSA** - Vulneración de garantías fundamentales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Debido proceso: cumplimiento de las formas propias del juicio, componente de actos concatenados cuyo cumplimiento legitima las fases ulteriores, vulneración, cuando no se realiza debate probatorio, consideraciones en los alegatos de cierre y pronunciamiento en primera instancia respecto a uno de los delitos imputados, pero la segunda instancia si lo hace / **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES** - Elementos: elemento normativo (sin permiso de autoridad competente), demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juicio oral: alegato de clausura, presentación por el fiscal de la adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes, trascendencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: principio de limitación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deber de agotar los actos de postulación (desde la presentación de la teoría del caso hasta el alegato de clausura)

«[…] advierte la Corte que en este asunto el Tribunal, al proferir sentencia condenatoria por el delito consagrado en el artículo 365 del Código Penal, transgredió el debido proceso. Ahora, no obstante que tal vulneración conforme la postura jurisprudencial para esa época se develaba por vía de la eventual conculcación del principio de congruencia contemplado en el

artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el nuevo criterio que maneja la Sala mayoritaria acerca del punto (CSJ SP 6808-2016) conlleva a un reexamen del caso que presenta la violación a las formas propias del juicio, en su componente de actos concatenados cuyo cumplimiento legitima fases ulteriores, como la circunstancia prevalente que infirma parcialmente la validez del fallo. Véase:

Al cotejar la sesión de juicio oral en la que el delegado de Fiscalía expuso su alegato de cierre, se vislumbra que el funcionario hizo un recuento de los hechos y de las pruebas practicadas con el fin de evidenciar que ICC hizo parte del grupo que planeó y ejecutó el secuestro del joven L.J.T.M. […] y recabando en los medios de convicción que convergían a ubicar al implicado como uno de los gestores de la retención del adolescente, solicitó se dictara fallo condenatorio en su contra "por el delito de secuestro extorsivo agravado", sin explicitar consideraciones adicionales.

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

[…]

El juez de primera instancia, aduciendo perplejidad con relación a la efectiva participación del acusado en la ideación y ejecución del secuestro, dictó sentencia absolutoria. Valga anotar que en su proveído, ninguna referencia plasmó en lo atinente al delito previsto en el artículo 365 del Código Penal […]

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

[…]

[…] es palmario que el ad quem abordó un tema que no fue objeto de discusión en cuanto a aristas esenciales, si de legitimar la condena en este aspecto se trata.

Lo anterior, pues retomando la dinámica en la que se allegaron las pruebas -que puede cotejarse a partir del descubrimiento probatorio de la acusación y las actas de la audiencia de juicio oral respectivas,[…] que la controversia agotada por las partes e intervinientes se enmarcó en el vínculo cierto de CC con las personas que sustrajeron y retuvieron a L.J.T.M., restringiéndose las referencias con relación al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego a las declaraciones de Jhon Fredy Merchán Bolívar, miembro de la Policía Nacional que dio cuenta de las circunstancias en las que se logró rescatar al plagiado luego de un intercambio de disparos con sus captores, en el que resultó muerto uno de ellos encontrándose junto a su cadáver un revólver, Rafael Martínez Díaz y María Jimena Arias Correa, investigadores del CTI que practicaron inspección al lugar corroborando esa situación y Luis Eduardo Lesmes Acuña, también integrante de esta última institución quien fungió como investigador de laboratorio "indagando la aptitud de un arma de fuego que me allegaron, en el cual rendí un informe indicando que el arma era apta, al igual que los cartuchos excepto uno y las vainillas aptas", introduciéndose con ese testigo dicho informe catalogado como evidencia 4.

[…]

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

[…]

[…] en este evento se transgredieron los postulados del debido proceso por la ausencia de un análisis específico durante los alegatos de cierre tratándose del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, omisión que replicó el juzgador de primera instancia y, de contera, es manifiesto que el Tribunal no tenía competencia para entrar a examinar este injusto por la inexistencia de decisión sobre el particular,

aunado a la falta de reproche puntual de los apelantes en cuanto a este aspecto.

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

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

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

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

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: circunstancias de agravación / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único

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

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor objetivo / **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA** - Improcedencia de beneficios y mecanismos sustitutivos

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

INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS - Máximo Ley 599 / **CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de legalidad de la pena

«[…] según lo avizorado en su momento, al fijarse la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el lapso de la principal de prisión se desconoció el principio de legalidad en el entendido que para su imposición se pretermitió el máximo previsto para esta sanción y que lo es, al tenor del artículo 51 del Código Penal, veinte (20) años, o sea, doscientos cuarenta (240) meses.

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

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:
ACLARACIÓN DE VOTO: PATRICIA SALAZAR CUELLAR

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juicio oral: alegato de clausura, presentación por el fiscal de la adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes, trascendencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, solicitud de absolución por parte de la fiscalía es diferente a la omisión de tipificar de manera circunstanciada la conducta imputada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deber de agotar los actos de postulación (desde la presentación de la teoría del caso hasta el alegato de clausura)

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

En primer término, debe resaltarse que las omisiones en que incurra el fiscal en su alegato de conclusión, en el sentido de no pronunciarse frente a todos

los delitos incluidos en la acusación, no puede equipararse a una solicitud de absolución. Por tanto, las reglas jurisprudenciales desarrolladas en la decisión CSJ SP 6808-2016 no son aplicables al caso objeto de análisis.

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

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

Al respecto, se aclara que el legislador estableció expresamente que ese ejercicio es obligatorio para el ente acusador, y facultativo para los demás intervinientes. Ello se desprende de la literalidad de la aludida norma, en cuanto expresa que el delegado del Ministerio Público y el representante de la víctima "podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado", y la defensa, "si lo considera pertinente", expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía".

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

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

Lo anterior por cuanto, por mandato constitucional y legal, a la Fiscalía le corresponde: (i) establecer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes (Arts. 288, 337, y 371), (ii) diseñar y ejecutar el programa metodológico orientado a la verificación de la misma (Art. 207); (iii) elegir las pruebas que

utilizará para su demostración (Arts. 344 y 357); (iv) participar en la práctica de las pruebas orientadas a demostrar su teoría del caso; y (v) luego del debate probatorio, explicar si su teoría logró demostrarse o no más allá de duda razonable, de lo que depende la solicitud de condena o absolución (Art. 443).

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

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

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

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

ACLARACIÓN DE VOTO: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juicio oral: alegato de clausura, presentación por el fiscal de la adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes, trascendencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, solicitud de absolución por parte de la fiscalía es diferente a la omisión de tipificar de manera circunstanciada la conducta imputada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deber de agotar los actos de postulación (desde la presentación de la teoría del caso hasta el alegato de clausura)

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

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

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

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

Al respecto, se aclara que el legislador estableció expresamente que ese ejercicio es obligatorio para el ente acusador, y facultativo para los demás

intervinientes. Ello se desprende de la literalidad de la aludida norma, en cuanto expresa que el delegado del Ministerio Público y el representante de la víctima "podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado", y la defensa, "si lo considera pertinente", expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía".

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

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

Lo anterior por cuanto, por mandato constitucional y legal, a la Fiscalía le corresponde: (i) establecer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes (Arts. 288, 337, y 371), (ii) diseñar y ejecutar el programa metodológico orientado a la verificación de la misma (Art. 207); (iii) elegir las pruebas que utilizará para su demostración (Arts. 344 y 357); (iv) participar en la práctica de las pruebas orientadas a demostrar su teoría del caso; y (v) luego del debate probatorio, explicar si su teoría logró demostrarse o no más allá de duda razonable, de lo que depende la solicitud de condena o absolución (Art. 443).

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

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

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

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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, omisión de la Fiscalía de tipificar de manera circunstanciada la conducta imputada, no impide al juez pronunciarse respecto a la ésta

«De manera respetuosa, nos permitimos a continuación expresar las razones por las cuales nos separamos parcialmente de la providencia expedida el 1º de febrero de 2017 dentro del presente proceso.

Aun cuando estamos de acuerdo con la nulidad parcial que decreto la Sala, no compartimos la cobertura que se le dio, pues no debió disponerse desde los alegatos de cierre sino a partir de la sentencia de primera instancia.

Es cierto que la Fiscalía omitió, en su intervención final, referirse al delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones. Pero ello no afecta, a nuestro juicio, el principio de congruencia y en general el debido proceso. En primer lugar, porque como quedó definido en la sentencia CSJ SP, 25 de may. 2016, rad. 43837, la solicitud de ese organismo en el

alegato final no obliga al juez, de manera que así pida la absolución, el funcionario puede perfectamente dictar fallo condenatorio. Por lo mismo, el silencio de la Fiscalía frente a algún o de los cargos no le impide al juez proferir sentencia, si su pretensión en ese sentido quedó claramente expresada en el acto de la acusación, integrado por el respectivo escrito y la consiguiente audiencia de formulación de acusación, que constituye el parámetro de valoración de la congruencia, según los términos de la citada jurisprudencia.

No es lesiva del debido proceso esa omisión del fiscal, en segundo lugar, porque su derecho - deber de intervención en la clausura del debate oral, se cumple independientemente de que en ella (la intervención) se refiera o no a todos los cargos de la acusación.

Decretar la nulidad con fundamento en la referida omisión, eso es claro, traduce asignar a los actos de parte una capacidad procesal que la ley no les atribuye. Si así fuera, tendría que procederse en el mismo sentido en el eventual caso de que la defensa dejara también de pronunciarse en los alegatos de cierre sobre alguna de las imputaciones formuladas en la acusación. Sabido es que las irregularidades procesales que conducen a la invalidación son únicamente aquellas provenientes de las actuaciones de los jueces; los defectos que presentan las peticiones de parte no conducen a ese tipo de sanción (CSJ AP, 16 de marz. 2016 rad. 47224).

La nulidad, por tanto, debió decretarse solo a partir de la sentencia de primera instancia y ello porque tampoco el a quo se pronunció acerca del delito de fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, debidamente atribuido en la acusación, omisión constitutiva de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en la medida en que dejó de definir uno de los extremos de la relación jurídico-procesal».

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, omisión de la Fiscalía de tipificar de manera circunstanciada la conducta imputada, no impide al juez pronunciarse respecto a la ésta

«De manera respetuosa, nos permitimos a continuación expresar las razones por las cuales nos separamos parcialmente de la providencia expedida el 1º de febrero de 2017 dentro del presente proceso.

Aun cuando estamos de acuerdo con la nulidad parcial que decreto la Sala, no compartimos la cobertura que se le dio, pues no debió disponerse desde los alegatos de cierre sino a partir de la sentencia de primera instancia.

Es cierto que la Fiscalía omitió, en su intervención final, referirse al delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones. Pero ello no afecta, a nuestro juicio, el principio de congruencia y en general el debido proceso. En primer lugar, porque como quedó definido en la sentencia CSJ SP, 25 de may. 2016, rad. 43837, la solicitud de ese organismo en el alegato final no obliga al juez, de manera que así pida la absolución, el funcionario puede perfectamente dictar fallo condenatorio. Por lo mismo, el silencio de la Fiscalía frente a algún o de los cargos no le impide al juez proferir sentencia, si su pretensión en ese sentido quedó claramente expresada en el acto de la acusación, integrado por el respectivo escrito y la consiguiente audiencia de formulación de acusación, que constituye el parámetro de valoración de la congruencia, según los términos de la citada jurisprudencia.

No es lesiva del debido proceso esa omisión del fiscal, en segundo lugar, porque su derecho - deber de intervención en la clausura del debate oral, se cumple independientemente de que en ella (la intervención) se refiera o no a todos los cargos de la acusación.

Decretar la nulidad con fundamento en la referida omisión, eso es claro, traduce asignar a los actos de parte una capacidad procesal que la ley no les atribuye. Si así fuera, tendría que procederse en el mismo sentido en el eventual caso de que la defensa dejara también de pronunciarse en los alegatos de cierre sobre alguna de las imputaciones formuladas en la acusación. Sabido es que las irregularidades procesales que conducen a la invalidación son únicamente aquellas provenientes de las actuaciones de los jueces; los defectos que presentan las peticiones de parte no conducen a ese tipo de sanción (CSJ AP, 16 de marz. 2016 rad. 47224).

La nulidad, por tanto, debió decretarse solo a partir de la sentencia de primera instancia y ello porque tampoco el a quo se pronunció acerca del delito de fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, debidamente atribuido en la acusación, omisión constitutiva de irregularidad

sustancial que afecta el debido proceso, en la medida en que dejó de definir uno de los extremos de la relación jurídico-procesal ».

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: EYDER PATIÑO CABRERA

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, omisión de la Fiscalía de tipificar de manera circunstanciada la conducta imputada, no impide al juez pronunciarse respecto a la ésta

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

[…]

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

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

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

[…]

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

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

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

SENTENCIA DE CASACIÓN - No se puede pronunciar sobre aspectos no decididos por las instancias: principio de doble instancia

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

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