

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

AP1648-2018

Radicación n.º 49746

Acta 127

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018).

I. VISTOS

La Corte examina los presupuestos jurídicos, lógicos y argumentativos expuestos por el apoderado de Luis Carlos López Cerpa, con el fin de resolver sobre la admisión de la demanda de casación propuesta contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por cuyo medio confirmó y modificó la condena impartida el 30 de diciembre de 2015 por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, en calidad de autor del punible de secuestro extorsivo agravado.

II. HECHOS

De la foliatura se desprende que el día 17 de febrero de 2009, cuando Enrique Osorio Casalins enseñaba a Hernando Palmett Anaya y José Ramiro Moreno Camacho un vehículo que su hermana Alexandra Osorio Casalins vendía, aquellos lo secuestraron y por su liberación le exigieron a ésta, la entrega de otros cuatro automóviles de su propiedad y un pagaré por trescientos millones de pesos.

En desarrollo de las labores investigativas de rigor, por el GAULA se logró establecer el sitio de cautiverio en la calle 23 n.º 25-64 del barrio Centenario de Soledad (Atlántico), casa de habitación en la que el 18 del mismo mes y año, al efectuarse diligencia de allanamiento y registro, en una de las alcobas, atado de pies y manos, fue encontrado Enrique Osorio Casalins, razón para dar captura a quienes allí se hallaban, vale decir, Hernando Palmett Anaya, José Ramiro Moreno Camacho y Luis Carlos López Cerpa, este último para el momento de los hechos Subintendente, Comandante Escuadra de Reacción¹, y residente del inmueble.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 19 de febrero de 2009², el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla declaró la ilegalidad de la captura, entre otros, de Luis Carlos López Cerpa, al establecer que el ente investigador no demostró haber realizado dentro del término legal, audiencia de control posterior a la diligencia de allanamiento y registro en la cual resultara aprehendido.
2. Al día siguiente, ante el Juzgado Dieciséis Homólogo de esa ciudad³, la Fiscalía Sexta Especializada GAULA solicitó orden de captura en adversidad de Palmett Anaya, Moreno Camacho y López Cerpa por el cometimiento de la conducta punible de secuestro extorsivo agravado, la que en efecto se expidió⁴, y se materializó en lo que respecta al último citado, el mismo día⁵.
3. Es por ello que el 20 de febrero de la anunciada anualidad, ante el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla⁶, se legalizó la captura, previa orden judicial, de Luis Carlos López Cerpa y, a continuación se le formuló imputación por el delito contra la libertad individual, cargo que no aceptó. Por último, se hizo acreedor a medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

4. La etapa de juzgamiento correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de aquella ciudad, despacho que el 11 de mayo de 2009 agotó la formulación de acusación⁷ por la advertida ilicitud.

5. Realizadas las audiencias preparatoria⁸ y de juicio oral⁹, la mencionada célula judicial, en sentencia del 30 de diciembre de 2015¹⁰, condenó al acusado como coautor de secuestro simple agravado, imponiéndole las penas de 256 meses de prisión, multa de 1.066,6 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena corporal.

6. Apelado ese pronunciamiento en lo desfavorable, tanto por la defensa como por la fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 3 de noviembre de 2016¹¹, le impartió modificación en el sentido de condenar a Luis Carlos López Cerpa, pero al hallarlo responsable del reato de secuestro extorsivo agravado, lo que le hizo merecedor de las penas de 448 meses de prisión, multa de 6.666,6 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

IV. LA DEMANDA

1. Después de identificar los fines de la demanda, los sujetos procesales, la sentencia materia de impugnación, y de resumir los hechos objeto del proceso y la actuación llevada a cabo en las instancias ordinarias del trámite, con apoyo en la causal segunda de casación, el procurador judicial del condenado, en extenso¹² e iterativo escrito, interpone el recurso extraordinario al postular seis cargos principales y ocho subsidiarios, todos por nulidad.

2. En desarrollo de la censura, reprocha y explica que existe: (i) y (ii) vulneración del debido proceso penal y constitucional; (iii) violación del derecho de defensa; (iv) ruptura arbitraria de la unidad procesal; (v), (vi) y (vii) transgresión de los principios de inmediación, concentración y juez natural; (viii) y (ix) desconocimiento e inaplicación de

precedentes constitucionales, y jurisprudenciales de esta Sala; (x) conculcación del principio de contradicción; (xi) error inducido; (xii) quebrantamiento del principio de legalidad; (xiii) trámite ilegal de desistimiento de recurso de apelación por parte de la fiscalía instructora, y (xiv) vía de hecho en la actuación adelantada por la Fiscalía Sexta Especializada y los Juzgados Doce y Dieciséis Penales Municipales con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, todos de Barranquilla.

3. Por razón de los cargos así enlistados, la defensa solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, se decrete la nulidad total del proceso seguido en contra de su prohiado, a partir, incluso, de la audiencia en la que se ordenó su captura, se excluya la totalidad del caudal probatorio recaudado y se ordene su libertad inmediata.

V. CONSIDERACIONES

La demanda no reúne los requisitos mínimos que exige el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y, por lo tanto, no puede ser admitida. Las razones son las siguientes:

1. El recurso de casación debe ser elaborado con respeto de las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley, según se trate de cada una de las causales establecidas en el precepto 181 ibidem, toda vez que lo pretendido con este mecanismo es enervar la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado.

1.1 Para la Corte es imperioso insistir que la demanda en este medio de impugnación, dado su carácter extraordinario, no es un escrito de libre elaboración y tampoco implica el abandono de los presupuestos lógico argumentativos que le son inherentes, pues con el propósito de evitar su desnaturalización al punto que se asemeje a una instancia más, el legislador impuso la necesidad de acreditar el cumplimiento de los fines previstos en el canon 180 ejusdem, es decir, «la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la

unificación de la jurisprudencia» y, satisfacer los postulados normativos descritos en el referido artículo 184.

1.2 Es así como, además de acreditar con suficiencia que alguna de las finalidades se abre paso en el caso concreto, corresponde al demandante demostrar que le asiste interés jurídico para recurrir, instar la causal adecuada, escoger el sentido de error específico en los términos desarrollados por la jurisprudencia, y cimentarlo con estricto apego a los principios que rigen el recurso, con especial énfasis a los de prioridad, precisión, claridad, debida fundamentación, no contradicción, autonomía y trascendencia.

2. La demanda que se examina no satisface estos presupuestos metodológicos.

2.1 El libelista acusó al Tribunal de incurrir en sendas causales de nulidad, debatidas al interior del trámite procesal y resueltas en oportunidad, por lo que nada novedosa asoma la temática que en cada una de ellas se propone en la sede extraordinaria.

3. En apretada síntesis se aborda la propuesta casacional, a efecto de verificar que la censura resulta intrascendente, y no amerita un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala.

3.1 A través de la totalidad de los cargos –los que se entremezclan–, se duele el actor de existir violación al debido proceso y a los derechos de contradicción y defensa por cuanto, habiéndose decidido en favor de López Cerpa la ilegalidad de su captura por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, suceso que tuviera ocurrencia el 19 de febrero de 2009, al día siguiente, «privada y reservadamente» la Fiscalía Sexta Especializada acudió ante el Dieciséis Homólogo de esa ciudad y solicitó orden de captura en adversidad de tres personas de las cuales conocía su lugar de ubicación y tenían derecho a oponerse al mandamiento que en efecto se expidió, y de hecho se materializó en la misma fecha en perjuicio de su defendido.

3.2 Se queja también de que, a pesar que el ente persecutor apeló la aludida decisión de ilegalidad, de manera «irregular» renunció al medio de impugnación y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, tramitó por escrito (no oral), en privado y sin la intervención del encartado y la defensa, dicha manifestación de desistimiento, aceptándola.

3.3 Añade que la irregularidad se trasladó al Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma urbe, despacho que legalizó la captura, previa orden judicial, de Luis Carlos López Cerpa y, a continuación, adelantó audiencia de formulación de imputación, sin antes acudir al, en su criterio, obligado procedimiento de declaratoria de persona ausente de los demás interesados (Hernando Palmett Anaya y José Ramiro Moreno Camacho), lo que condujo a una «ilegal y arbitraria» ruptura de la unidad procesal, al procesamiento separado de todos ellos y al pronunciamiento de sentencias condenatorias contradictorias¹³. Por ende, debía declararse la nulidad de todo lo actuado para que los indiciados fueran procesados bajo una misma cuerda.

3.4 Luego, acusa la actuación de ser violatoria del «debido proceso constitucional», circunstancia que la enrostra a todas las autoridades judiciales involucradas¹⁴, al anunciarse un sentido de fallo y dictarse sentencia condenatoria por un juez que no participó «activamente en la aplicación de los principios de inmediación, concentración y juez natural, pues su nombramiento como titular del Despacho, se realizó una vez culminado el debate probatorio ante los anteriores jueces»¹⁵.

3.4.1 Explica que el 5 de octubre de 2009 se instaló el juicio oral por una juez que practicó y recepcionó algunas pruebas; sin embargo, al llegar a la edad de retiro forzoso, fue removida del cargo y reemplazada por otro togado que acopió las restantes, quedando pendiente la intervención final de los sujetos procesales. Posteriormente, se nombró a un nuevo funcionario judicial, que no realizó actuación alguna, y fue relevado por quien, sin haber participado en la práctica probatoria, anunció sentido de fallo condenatorio y dictó la

correspondiente sentencia el día 30 de diciembre de 2015, por el delito de secuestro simple.

3.5 Por ende, erige como cargo el desconocimiento del precedente jurisprudencial de esta Sala (se refiere a CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 33989), el que considera de obligatorio acatamiento pues «cae como anillo al dedo en el asunto que nos ocupa»¹⁶, y rechaza el aludido por la Fiscalía Sexta Especializada de Barranquilla¹⁷ (CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38512), como quiera que «una Sala de Casación de la cual forma parte la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en mi entender, no tiene la facultad de modificar o dejar sin efecto, lo decidido por otra Sala de la misma categoría y condiciones. Ese cambio jurisprudencial le corresponde a la Sala Plena»¹⁸.

3.6 Menciona también la existencia de un «error inducido», habida cuenta que los Juzgados Doce y Dieciséis Penales Municipales con Función de Control de Garantías de Barranquilla, en su concepto fueron objeto de engaño por la Fiscalía Sexta Especializada de esa ciudad, en la medida que: (i) les ocultó la declaratoria de ilegalidad de la captura de López Cerpa por el Juzgado Noveno de igual especialidad y circuito judicial; (ii) no mencionó que contra esa determinación interpuso recurso de apelación, el que fue concedido en el efecto suspensivo, pero «ilegalmente» desistido (en forma privada y escritural) siete meses después, y (iii) omitió solicitar la declaratoria de persona ausente para los coprocesados Hernando Palmett Anaya y José Ramiro Moreno Camacho.

3.7 Por todo lo anterior, además, propone la existencia de una «vía de hecho» por «defecto procedimental absoluto», al destacar que los funcionarios judiciales a cargo inaplicaron normas del procedimiento penal, e inventaron uno no previsto por el legislador en detrimento de los derechos de su prohijado, verbigracia, adelantar audiencias de carácter reservado, no cumplir con lo estipulado para la declaratoria de persona ausente, romper la unidad procesal sin que en el asunto existieran aforados, o desistir en forma privada de un medio de impugnación.

3.8 Deprecia entonces, en su postura más radical¹⁹, declarar la nulidad de lo actuado, incluso, a partir de la audiencia celebrada ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla que ordenó la captura en contra de Luis Carlos López Cerpa, excluir la totalidad del caudal probatorio recaudado y ordenar su libertad inmediata.

4. Recuérdesse que cuando se pretende la nulidad por desconocimiento del debido proceso, como en términos generales se anuncia a través de todos los cargos, no sólo es preciso acudir a la causal segunda del artículo 181 de la normativa procesal aludida, que hace referencia a los defectos sustanciales de estructura o de garantía, con capacidad de invalidar la actuación, sino que debe demostrarse cómo se produjo la irregularidad cometida en su interior, la cual, por su incidencia, no es posible remediar de otra manera.

4.1 Por contera, no resulta viable invocar libremente, a manera de razón invalidante, todo aquello que, o bien no fue atendido en las instancias, o siendo objeto de pronunciamiento, éste no fue del agrado del presunto afectado, pues, el motivo anunciado debe ajustarse a las premisas de claridad, precisión y trascendencia, de manera que sea perceptible el perjuicio originado con el vicio procesal y el efecto favorable de la sanción.

4.2 Así, la sola enunciación de yerros no se muestra suficiente para quebrar la presunción de acierto y legalidad que reviste la sentencia; es menester enseñar, se repite, su trascendencia, al punto de significar que, en ausencia de aquellos dislates, otra hubiese sido la decisión.

5. El libelista con bastante esfuerzo pretende acreditar mella en el debido proceso, sin embargo, su discurso no se aviene a la verdadera esencia de esa garantía fundamental, que no se extiende al punto de proclamar, a manera de perjuicio, cuanta informalidad se advierta en el trámite y tacharse así de irregularidad.

5.1 Lo único que revela el reproche es la pretensión de retrotraer el trámite procesal hasta

sus albores, con la finalidad de dejar sin efecto el diligenciamiento que, con todo y sus vicisitudes por lo dilatado que resultó, originó la condena en adversidad de Luis Carlos López Cerpa por la conducta punible de secuestro extorsivo agravado, fundamento toral que deja incólume la censura.

Para responder a las proposiciones de la defensa en su demanda, indíquese:

6. El 19 de febrero de 2009, Hernando Palmett Anaya, José Ramiro Moreno Camacho y Luis Carlos López Cerpa, fueron presentados ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, a fin de adelantar audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

6.1 En la primera anunciada, la célula judicial dispuso la ilegalidad al establecer que el ente investigador no demostró haber realizado dentro del término legal, audiencia de control posterior de la diligencia de allanamiento y registro en la cual aquellos resultaran aprehendidos en situación de flagrancia²⁰. Las restantes, inexplicablemente no fueron agotadas por el despacho constitucional, a pesar de la insistencia de la fiscalía, con la insustancial premisa de que los indiciados se retiraron del recinto.

6.2 Ante ese panorama, la Fiscalía Sexta Especializada acude al día siguiente al Juzgado Dieciséis Homólogo y solicita orden de captura en adversidad de los procesados, la que en efecto se expide, y materializa en lo que respecta a López Cerpa para la misma fecha.

7. Se queja entonces el casacionista que, ni la defensa, ni su prohijado fueran citados a esa puntual diligencia, vale decir, se realizara de manera reservada, pues en su sentir, les asistía el derecho a oponerse al mandamiento cautelar de la libertad.

7.1 Para objetar un razonamiento de ese cariz, tráigase a colación lo dicho por esta Sala (CSJ AP4419-2014, 30 jul. 2014, rad. 44042), en el sentido que la conducta de la fiscal del

caso no tuvo la potencialidad de constituir una maniobra fraudulenta o engañosa –así se explicita a lo largo de la demanda– en relación al Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías al que acudió, toda vez que el objeto de la audiencia consistía en librar una orden que permitiera limitar el aludido derecho fundamental, diligencia que por naturaleza y esencia es reservada, como que sólo así se garantiza la eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el delito.

7.2 Según el recurrente, en la medida que López Cerpa había sido capturado en ocasión anterior a la audiencia cuestionada y, por tanto, se conocían sus datos de identidad y de ubicación y los de su defensa, se generaba el deber de garantizar su intervención mediante la notificación de aquella.

7.3 Sin embargo, tal obligación no existe, pues la citación a los titulares de la defensa es imperativa sólo a partir de la formulación de la imputación, según se desprende del párrafo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004.

7.4 Si bien es cierto, conforme al precepto 267 ibidem, el indiciado puede solicitar audiencias de control de garantías sobre las actuaciones que considere hayan afectado sus derechos fundamentales, y que su garantía a la defensa se activa desde el momento mismo en que tenga noticia de una investigación en su contra, aun cuando no haya adquirido la condición de imputado, según lo elucidó la Corte Constitucional (CC C-799-200521), y por ello, si se llegase a enterar que en dicha actuación se realizan diligencias anteriores a la formulación de imputación, tiene el derecho a participar, si así lo solicita (CC C-025-200922), también lo es que ni la ley ni el precedente constitucional consagran la obligación de citar al sujeto pasivo de la acción penal a audiencias que se realicen en la etapa de la indagación. Lo que sí se le garantiza es la participación en aquellas, cuando conozca de su realización y exponga su interés en comparecer, razón para que se autorice su intervención y la de su abogado.

7.5 Esa distinción fue explicada por la Alta Corporación en la precitada sentencia C-025-2009, en la que, además, enfatizó en la necesidad de la reserva de algunas diligencias y que,

[u]na cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias [...], lo cual redundaría en beneficio de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa.

7.6 Entonces, si para febrero de 2009 la actuación transitaba por el sendero de la etapa de indagación, no existía para la fiscalía, ni para el juez con función de control de garantías, la obligación de convocar al indiciado y al titular de la defensa a la audiencia preliminar referenciada, por contera, ninguna irregularidad se evidencia en su diligenciamiento, mucho menos cuando por su naturaleza, se reitera, la reserva es condición de eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el crimen.

8. Se queja también el demandante de que, a pesar que el ente persecutor apeló la decisión de ilegalidad de la captura, tal y como lo decidió el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías, de manera «irregular» renunció a la alzada y el Juzgado Tercero Penal del Circuito, tramitó sin la intervención del encartado y la defensa, dicha manifestación de desistimiento, aceptándola. Vale decir, en su concepto debió citarse a una audiencia para tal menester.

8.1 Recuérdese que, conforme a lo consignado en la demanda, el desistimiento del medio de impugnación acaeció para el año 2009²³, fecha para la cual aún no aparecía en el mundo jurídico la modificación efectuada por la Ley 1395²⁴ a la temática de recursos en el sistema procesal penal –como equivocadamente se alude por el demandante²⁵–, lo que equivale a decir que la Ley 906 de 2004, no regulaba dicha materia.

8.1.1 Ese vacío, en virtud del principio de integración previsto en el artículo 25 adjetivo, era llenado por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, que en su precepto 344 autorizaba a las partes «desistir de los recursos interpuestos».

8.2 Si, como en el asunto de la especie, quien desistía del recurso era el mismo sujeto procesal que lo interpuso, ningún obstáculo tenía el ad quem para aceptar el desistimiento manifestado por la fiscalía.

8.3 Además, esa decisión no era dable adoptarla en audiencia como se reclama, por cuanto su realización sólo se hacía necesaria, según los términos del original artículo 178 de la Ley 906 de 2004, cuando había lugar a la presentación de argumentación oral por parte de los sujetos procesales. Tal es el trámite que la Corte, de antaño imprime en relación con los autos inadmisorios de las demandas de casación y revisión (CSJ AP, 23 sep. 2008, rad. 30459 y CSJ AP, 9 dic. 2009, rad. 32701).

9. Por otra parte, se enarbola como causal de nulidad el hecho que el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, adelantara audiencia de formulación de imputación a Luis Carlos López Cerpa, sin acudir previamente al procedimiento de declaratoria de persona ausente de los coprocesados Hernando Palmett Anaya y José Ramiro Moreno Camacho, lo que condujo a una «ilegal y arbitraria» ruptura de la unidad procesal y al procesamiento separado de todos ellos.

9.1 Tal planteamiento es equívoco porque, aun aceptando que la conducta investigada fue cometida en coparticipación criminal, y que por ello había lugar a investigarlos bajo una misma cuerda procesal, dejar de hacerlo no conlleva anulación.

9.2 El artículo 50 del Código de Procedimiento Penal de 2004, reza:

Unidad Procesal. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

9.2.1 Significa lo anterior que, la regla general es que por cada delito se adelante un proceso penal, y cuando hay conductas punibles conexas ocurra lo mismo, con lo cual, sin duda alguna, se beneficia la administración de justicia al concentrar la prueba, haciendo prevalecer los principios de eficiencia, celeridad y economía.

9.2.2 Con todo, el último inciso de la disposición en cita es claro en afirmar que la ruptura de la unidad procesal no genera per se nulidad, a menos que afecte garantías constitucionales, verbigracia, vulneración al derecho de defensa o al debido proceso, y el demandante no demostró que aquí ello hubiere acaecido.

9.3 La jurisprudencia ha destacado que, no obstante existir un catálogo normativo que prevé las circunstancias en las que no es posible mantener esa unidad (artículo 53 ejusdem), hay ocasiones en que la situación no se adecua a las causales previamente establecidas por el legislador, pero que tal decisión se impone para garantizar derechos fundamentales de los implicados, y de las víctimas y, resulta aconsejable a efecto de tener un juicio célere y sin dilaciones injustificadas.

9.3.1 Sobre el particular, la Sala (CSJ AP, 29 ag. 2012, rad. 39105)26 ha indicado:

El principio de unidad procesal del artículo 89 ibídem [reproducido por el artículo 50 de la Ley 906 de 2004, se agrega] impone que por cada hecho punible se adelante una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de autores o partícipes y que las conductas delictivas conexas se investiguen y juzguen conjuntamente. Esto último, no sólo por razones prácticas, sino para que se dicte una sola sentencia y se dosifique la pena de acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de delitos.

Con todo, la realidad procesal enseña que frecuentemente se investigan y juzgan de forma

separada delitos conexos, situación que si bien en algunos casos comporta mayor esfuerzo para la administración de justicia y para las partes, por sí misma no configura irregularidad de carácter sustancial que afecte la estructura del proceso o las garantías del investigado.

Ello por cuanto el citado canon 89 claramente establece que “La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no se afecte las garantías constitucionales”, por manera que solo cuando se demuestre la vulneración de garantías fundamentales procede la invalidación de la actuación.

[...]

En la conexidad procesal, más que un vínculo sustancial entre las conductas delictivas investigadas, existe una relación práctica que aconseja y hace conveniente adelantar conjuntamente las investigaciones, dada la unidad de autor(es), la homogeneidad del modus operandi o la comunidad de prueba, entre otros factores, todo lo cual redundará en favor de la economía procesal.

Empero, la conexidad procesal no constituye un postulado absoluto por cuanto, en algunos eventos, las mismas razones de orden práctico aconsejan no unificar las investigaciones, como cuando se encuentran en estadios procesales diferentes o el número de procesos puede hacer inmanejable la actuación en detrimento de la agilidad y buen trámite procesal, aspectos que deben ser evaluados en cada caso por el ente investigador, organismo competente para ordenar la acumulación de investigaciones.

9.4 Así las cosas, si en el asunto de la especie en su momento sólo se realizó audiencia de formulación de imputación en contra de López Cerpa, ello se debió a que fue éste el único capturado el día 20 de febrero de 2009, una vez librada la pertinente orden.

9.5 Ahora, constituye un despropósito argüir que para poder elevar cargos al aquí sentenciado, debía surtirse previamente el procedimiento de declaratoria de persona

ausente en lo que corresponde a Palmett Anaya y Moreno Camacho, como quiera que sobre ellos sólo era dable esperar a que se efectivizara la medida cautelar de la libertad.

9.6 Por demás, si la defensa consideraba que al ser enjuiciado en solitario López Cerpa, ello era vulneratorio de sus garantías constitucionales, o quizás desquiciaba la estructura procesal, no se entiende que frente a la posibilidad que tenía de que se decretara la conexidad en la audiencia preparatoria²⁷, conforme lo prevé el párrafo del artículo 51 de la Ley 906 de 2004²⁸, guardara absoluto silencio en el mencionado escalón de juzgamiento.

9.6.1 Por el contrario, asintió en que el encuadernamiento así se diligenciara, y tan sólo acude al remedio extremo de la nulidad esperanzado en una posible transgresión de derechos que la Corte no avizora, toda vez que la práctica probatoria, a fin de cuentas, condujo a que se profiriera condena por el reato acusado.

9.7 Con la ruptura de la unidad procesal no se vulneró el derecho a la defensa, porque ésta tuvo la oportunidad de ejercer el contradictorio, escuchar los cargos formulados, solicitar pruebas, oponerse a las de su antípoda, presentar recursos, nulidades, solicitudes, en términos generales, participar activamente para sacar adelante su teoría del caso. Así mismo, no se infringió el debido proceso, en el entendido que se agotaron todas las etapas previstas por el legislador.

9.8 Como la censura no tiene en cuenta el contenido objetivo de la actuación, y tampoco logra demostrar la queja que propone, de allí se sigue su total intrascendencia.

10. Por último, en lo concerniente a los cargos elevados por conculcación de los principios de inmediación, concentración y juez natural, es preciso insistir que, aunque en un inicio, la Sala fue del criterio que la emisión de la sentencia por un juez de conocimiento distinto al que dirigió el juicio, constituía un vicio insubsanable que daba lugar a la invalidación de la actuación a efecto de que se repitiera el debate oral a instancia de otro juzgador (CSJ AP 30

en. 2008, rad. 32196; CSJ AP 20 en. 2010, rad. 32556; CSJ AP 17 mar. 2010, rad. 32829 y CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 33989), a posteriori recogió su postura para señalar, en cambio, que tal suceso, sólo excepcionalmente podría dar lugar a la declaración de nulidad (CSJ SP 12 dic. 2012, rad. 38512, CSJ SP 3 jul. 2013, rad. 38632, CSJ AP 28 ag. 2013, rad. 40557 y CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 42605, entre otras).

10.1 Es así que, en CSJ SP 12 dic. 2012, rad. 38512, la Corte reflexionó de la siguiente manera:

La Sala advierte necesario reexaminar el punto al que llegó en las sentencias de casación del 7 de septiembre de 2011 y del 26 de noviembre de 2011, pues, aunque no se discute que los principios de concentración e inmediación, en cuanto soporte del principio de oralidad, son parte sustancial del sistema penal acusatorio, no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio en los casos en que la persona del juez que presenció las pruebas en las cuales se basa la sentencia, no es la misma que anuncia el sentido del fallo y profiere la sentencia, pues, debe precisarse, en la medida que no se trata de principios absolutos, en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a precaver la afectación de principios de mayor alcance tuitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación.

[...]

La Sala estima trascendental, para lo que aquí se decide, destacar cómo la decisión transcrita consagra una especie de capitis diminutio al principio de inmediación, al extremo de establecer como tesis principal que la nulidad del juicio, cuando el juez no presenció las pruebas, o mejor, éstas no fueron practicadas en presencia del funcionario encargado de emitir la decisión, sólo es posible decretarla por vía excepcionalísima, si se demuestran graves afectaciones a derechos o principios de más hondo calado.

[...]

Todo lo anotado en precedencia permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El principio de inmediación tiene una connotación eminentemente procesal, definida por el tipo de procedimiento adoptado en determinado momento histórico.
2. El principio de inmediación no hace parte del núcleo fuerte del debido proceso que en Colombia se instituye constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Política, aunque, ya instituido el trámite consagrado en el artículo 250 de la misma, su eliminación o afectación del núcleo básico sí conduce a estimar violado el debido proceso y, consecuentemente, los dictados de la Constitución.
3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y La Convención Americana de Derechos Humanos, referentes ineludibles para nuestro país, no consideran el principio de inmediación como uno basilar u obligado de preservar por los Estados parte.
4. En contrario, tanto el Pacto Internacional, como la Convención Americana, demandan obligatorio permitir del condenado impugnar la sentencia ante un tribunal superior.
5. Esa exigencia se reproduce en el artículo 29 de la Carta Política colombiana y fue extendida por la Corte Constitucional a los fallos absolutorios.
6. Tanto la posibilidad de impugnar los fallos ante otra instancia, como los institutos de la prueba anticipada, la prueba de referencia y el recurso extraordinario de casación, representan limitación del principio de inmediación.

7. El principio de inmediación debe ceder ante otros derechos fundamentales o de más peso y, en consecuencia, la nulidad de la audiencia de juicio oral cuando las pruebas no fueron practicadas ante el funcionario encargado de emitir el fallo o éste, sólo opera como mecanismo excepcionalísimo cuando se advierta que esa circunstancia causó un daño grave.

[...]

Comparte la Corte Suprema de justicia, con su par Constitucional, que en razón a esa naturaleza intrínseca del principio de inmediación, su afectación o limitación no debe conducir a la nulidad, que apenas puede decretarse en circunstancias particularísimas y muy excepcionales de daño grave demostrado a otros distintos derechos de raigambre fundamental.

De esta manera, nunca la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo –o su sentido– es distinto de aquel encargado de presenciar la práctica probatoria trascendente, puede conducir a la anulación del juicio oral, consecuencia que, de solicitarse, obliga demostrar grave afectación de otros derechos o principios fundamentales.

[...]

Entonces, para ir precisando el punto con los tópicos que al día de hoy se observan decantados, si la repetición del juicio implica afectar de manera importante o grave los derechos de los menores –víctimas o testigos trascendentales– ; o de las mujeres víctimas de delitos sexuales (que obligadas a recordar el episodio vejatorio pueden ser objeto de doble victimización o sufrir daños psicológicos); o si corren peligro los testigos o víctimas, en atención a amenazas o temores fundados de retaliación; el juez debe ponderar los derechos en juego para proteger a estas personas y, en consecuencia, mientras no existan razones de mayor peso, diferentes a la de tutelar de forma irrestricta el principio de inmediación, está en la obligación de morigerarlo y evitar la invalidez del juicio.

[...]

Debe precisar la Corte que la decisión en ciernes no significa sacrificar absolutamente, o mejor, eliminar el núcleo central del principio de inmediación, en tanto, no puede desconocerse cómo al día de hoy los adelantos tecnológicos, facultan remplazar con una fidelidad bastante aceptable la verificación in situ que realiza el juez dentro de la audiencia.

Y, entonces, si los registros de lo sucedido en la práctica probatoria permiten esa auscultación directa del funcionario encargado de emitir el fallo, sin desnaturalizar el contenido esencial del medio, nada obsta para que el examen se adelante por quien remplazó al juez anterior.

Desde luego, en todos los casos, independientemente que se afecten otros derechos de mayor calado o se trate de una situación obligada de sustitución del funcionario, si no existe registro de la práctica probatoria realizada en la audiencia de juicio oral, o la fidelidad del mismo es tan precaria que impide verificar cabalmente lo ocurrido con las pruebas, es menester anular lo actuado y repetir el juicio a partir del momento en que se inicia la presentación de las pruebas.

En contrario, si se cumplió cabalmente con la posibilidad de contradicción y confrontación probatoria -con la obvia excepción de la prueba de referencia y su eficacia demostrativa limitada-, se tomaron registros fidedignos que permitan del fallador examinar la prueba de forma adecuada, y si además se entiende necesario proteger derechos fundamentales o se advierte que la sustitución del juez devino obligada, no es factible decretar la nulidad de la audiencia de juicio oral apenas buscando que se repitan las pruebas en presencia del funcionario que proferirá el fallo.

De la afectación del principio de juez natural

En las decisiones que ahora se examinan con otra óptica por la Corte, fue señalado que el

principio de inmediación se encuentra inescindiblemente vinculado con el principio de juez natural y, en consecuencia, que la vulneración o limitación de uno, implica afectación del otro.

Empero, esa postura debe ser recogida, como quiera que se aparta con mucho de la verdadera naturaleza y efectos del principio del juez natural, cuando menos, respecto de lo que tradicionalmente se ha entendido al respecto.

[...]

Nada, sobre el particular, permite afirmar que el concepto en cuestión pueda extenderse para amparar los casos en los cuales ese funcionario preexistente y con plena competencia es remplazado por otro con las mismas cualidades.

Es que, si ese fuese el entendimiento o alcances del principio estudiado, apenas elemental surgiría decretar la nulidad en todos los casos de cambio de juez durante el juicio, sin siquiera verificar si se practicaron o no pruebas, o si ese cambio representó que el encargado de emitir la sentencia fuese diferente de aquel ante quien se practicaron esas pruebas, entre otras razones, porque, cabe agregar, el principio de juez natural posee una jerarquía constitucional mucho mayor al de inmediación, lo que representa que su afectación abarque un ámbito mayor en lo que a la invalidación de lo actuado compete.

No es posible, así, emparentar el principio de inmediación con el de juez natural, de lo que se sigue que en tratándose del cambio de funcionario por otro con iguales calidades y competencia previamente establecidas en la ley, de ninguna manera se vulnera el principio de juez natural. [negrilla original del texto]

10.2 La mencionada postura ha permanecido invariable, como así se registra, por ejemplo, en CSJ AP2930-2014, 28 may. 2014, rad. 42340; CSJ AP5777-2014, 24 sep. 2014, rad. 43581; CSJ AP1860-2017, 22 mar. 2017, rad. 49370 y CSJ SP17660-2017, 25 oct. 2017, rad.

44819.

10.3 De lo acontecido en el asunto de la especie, si bien no se atendió a cabalidad el principio de inmediación, como quiera que fue ante una juez que se dio inicio al juicio y se practicaron algunas pruebas, y ante otro funcionario judicial se agotaron las restantes; siendo un tercero a quien le correspondió emitir el sentido del fallo condenatorio y proferir la sentencia de rigor, lo cierto es que ese «cambio de jueces» per se no genera vulneración de las garantías fundamentales del procesado, y el libelista no demuestra la afectación real y efectiva de las mismas.

10.4 El censor al desatender el principio de trascendencia, incumplió con la carga de evidenciar que la irregularidad denunciada se proyectó de manera decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado.

10.4.1 Era menester que demostrara, con la lógica argumentativa del recurso extraordinario, qué postulado resultó vulnerado por el cambio de funcionarios judiciales durante el curso del juicio oral, toda vez que, tal como ya se considerara, la defensa tuvo la oportunidad de interrogar y contrainterrogar a los testigos de cargo y descargo, y si lo pretendido era atacar el valor probatorio que se le dio a alguno de los testimonios debió hacerlo por la vía de la causal tercera de casación, que no por la causal que seleccionó (la segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004) para invocar la nulidad de esa fase del proceso.

10.4.2 Por tanto, la censura aparece incompleta en su fundamentación, porque la solicitud de invalidar el trámite cumplido en el juicio oral, no está soportada en motivos serios y razonables.

10.5 Dígase además que el a quo, bajo la misma óptica propuesta, bien se pronunció al respecto cuando en providencia del 25 de mayo de 201229, revocó la decisión de repetir el período probatorio por el cambio de funcionario judicial, adoptada por el Juez Único Penal

del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, y así lo reiteró en la sentencia de segunda instancia³⁰ que abordó la misma temática que ahora se propone en casación.

10.5.1 De hecho, en la providencia censurada³¹, también se aludió al principio de concentración para hacer notar que:

[e]l hecho que estas actuaciones hayan sido conocidas por tres jueces diferentes (en lo relativo a la persona), también se propició por la dilación que sufrió el proceso a causa esencialmente de la defensa, ya que por motivos atribuibles a ella en la mayoría de las ocasiones no se pudo llevar a cabo el juicio oral en las fechas programadas para tal efecto [...]

[...]

Como se vio, de 33 oportunidades en las que se intentó adelantar el juicio, 22 no fue posible celebrarlo por la defensa. Adicionalmente, mientras que las pruebas de cargo se practicaron en dos se[s]iones celebradas el 15 y 16 de abril de 2010, las de la defensa se adelantaron en 4, entre el 20 de agosto de 2010 y el 13 de diciembre de 2013, como se indicó, por causas atribuibles a la misma parte.

Por lo anterior, es dable concluir que, habiendo culminado la práctica de pruebas de la Fiscalía el 16 de abril de 2010, si el defensor y sus testigos hubieran asistido oportunamente a las citaciones que para adelantar el juicio oral se le notificaron, sus pruebas se habrían surtido y se hubiera podido emitir el sentido del fallo mucho antes del 23 de febrero de 2012, cuando, reitérese se posesionó el segundo juez que conoció de este proceso.

Estas últimas consideraciones, también son propicias para advertirle al apelante que tampoco se vislumbra vulneración al principio de concentración.

10.6 Fácil es concluir que el libelista se quedó en la simple postulación de la censura, habida cuenta que no demuestra que efectivamente el juzgador de segunda instancia profirió sentencia en un juicio viciado de nulidad, máxime cuando a su procurado se le acusó por la conducta punible de secuestro extorsivo agravado, cargo que fue objeto de actividad probatoria en la etapa del juicio oral y público; y precisamente, con base en esos elementos y respetándose el principio de congruencia, se procedió a dictar el correspondiente fallo de mérito.

10.7 Para la Corte, conforme al presupuesto jurisprudencial destacado en precedencia, no resulta atendible la solicitud del casacionista encaminada a que se decrete la nulidad de lo actuado, en tanto, la sola limitación del postulado de inmediación no puede conducir a ello cuando, a la par, se advierte: (i) ningún principio basilar se afectó gravemente con el cambio de juez; (ii) de repetirse la diligencia, algunos de ellos, en su núcleo fundamental, entre los que destacan el acceso a la justicia en su componente de celeridad, así como las legítimas pretensiones de las víctimas y la necesidad de protección de éstas y de los testigos, sí pueden ser dañados; (iii) la razón del cambio de la funcionaria judicial que inició el juzgamiento operó ineludible y obligada para la administración judicial, fruto de llegar a la edad de retiro forzoso y, (iv) los registros permitieron al juez que emitió sentido de fallo y dictó sentencia, apreciar en su totalidad las pruebas recogidas en el juicio oral.

11. En consecuencia, como de acuerdo con las consideraciones que anteceden, en el escrito estudiado no se demostró la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia hecha en los fallos de primer y segundo nivel, los cuales forman una unidad jurídica inescindible que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la doble presunción de legalidad y acierto que la cobija, se impone la inadmisión de la demanda.

12. Lo anterior sin perjuicio de puntualizar que la Sala no advierte situación alguna que la habilite para superar los defectos de los reproches con el fin de decidir de fondo, ni observa

violación alguna de las garantías fundamentales del enjuiciado Luis Carlos López Cerpa con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

13. Finalmente, es del caso precisar que, al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Luis Carlos López Cerpa.

SEGUNDO: Advertir que contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Hernández Barbosa

José Francisco Acuña Vizcaya

José Luis Barceló Camacho

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Dirección de Seguridad Ciudadana de la Policía Metropolitana de Barranquilla.

2 Cfr. folios 3 y 4, carpeta n.º 1.

3 Cfr. folios 5 y 6, ib.

4 Cfr. folio 110, ib.

5 Cfr. folio 108, ib.

6 Cfr. folios 7 y 8, ib.

7 Cfr. folio 59, ib.

8 Desarrollada durante los días 26 de junio y 14 y 15 de julio de 2009. Cfr. folios 86 y 89 a 91, ib.

9 Agotado los días 5 de octubre de 2009; 15 y 16 de abril y 20 de agosto de 2010; 26 de julio y 9 de noviembre de 2011; 23 de febrero y 1º de agosto de 2012; 18 de marzo, 23 de abril y 13 de diciembre de 2013; y, 13 de febrero de 2015. Cfr. folios 230, carpeta n.º 1; 11, 12, 36, 126, 161, 169, 170, 189, 190, 220, 232, 233, 290, 291 y, 322 a 324, carpeta n.º 2.

10 Cfr. folios 445 a 474, ib.

- 11 Cfr. folios 128 a 170, carpeta del Tribunal.
- 12 Cfr. folios 200 a 515, ib.
- 13 Expone que José Ramiro Moreno Camacho fue condenado por el punible de secuestro simple, al paso que López Cerpa lo fue por secuestro extorsivo. Cfr. folios 290, 356, 357, 363 y 503, carpeta del Tribunal.
- 14 Fiscalía Sexta Especializada, Juzgados Doce y Dieciséis Penales Municipales con Función de Control de Garantías, Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, Único Especializado y Sala Penal del Tribunal Superior, todos de la ciudad de Barranquilla.
- 15 Cfr. folios 306 a 307, ib.
- 16 Cfr. folio 435, ib.
- 17 Como argumento para solicitar pedido de condena, dentro de su alegato final, en el juicio oral.
- 18 Cfr. folios 450 a 451, ib.
- 19 Lo anterior se trae a colación, en la medida que en unos apartados se peticionó la nulidad desde la diligencia de formulación de imputación, en otros a partir de la presentación del escrito acusatorio o de su verbalización, pero también se aludió como mojón, el inicio del juicio oral. Con todo, la deprecación que mayor amplitud entrañaba, era la anulatoria desde la audiencia preliminar de solicitud de orden de captura.
- 20 Cfr. folios 3 y 4, carpeta n.º 1.

21 En esta sentencia, se analizó la exequibilidad de la expresión «una vez adquirida la condición de imputado», contenida en el inciso inicial del artículo 8º de la Ley 906 de 2004.

22 Declaró la exequibilidad del canon 237 ibidem en el entendido que «dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita».

23 Si la decisión apelada, data de febrero de 2009, y si el desistimiento se produjo siete meses después, según lo manifestado en el libelo, la aceptación del mismo por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla se produjo hacia septiembre de esa anualidad.

24 De 2010.

25 Cfr. folio 506, carpeta del Tribunal.

26 Criterio jurisprudencial referido en multiplicidad de decisiones, entre otras: CSJ STP 9499-2014, 15 jul. 2014, rad. 74630; STP14313-2014, 14 oct. 2014, rad. 76325; STP6765-2016, 17 may. 2016, rad. 85597; AP350-2017, 25 en. 2017, rad. 48020; AP6450-2017, 27 sep. 2017, rad. 50241, mencionando como fuente CSJ AP, 29 may. 2013, rad. 40274, que también la citó.

27 Desarrollada durante los días 26 de junio y 14 y 15 de julio de 2009. Cfr. folios 86 y 89 a 91, carpeta n.º 1.

28 Ley 906 de 2004, artículo 51: [...] Parágrafo. La defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores.

29 Cfr. folios 15 a 29, carpeta del Tribunal sin numeración.

30 Cfr. Páginas 15 a 21 del fallo de segundo grado, folios 142 a 148, cuaderno original del Tribunal.

31 Cfr. Páginas 21, 24 y 25, folios 148, 151 y 152, ib.

33