



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

**Sala de Casación Penal**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

Magistrado Ponente

**Radicación 52133**

**Acta 96**

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

**Vistos:**

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa**.

**Hechos:**

Según el agente Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, quien atendió una llamada de auxilio el día 17 de mayo de 2015, al llegar a la casa de inquilinato ubicada en la carrera 93 número 129 C – 04 de la ciudad de Bogotá, dos personas que identificó como Hillary Suarez Monterrosa -quien pedía auxilio—, y **Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa**, discutían y se golpeaban en una habitación a la cual la policía pretendió ingresar con su autorización, sin lograr su consentimiento.

Después de ingresar a la habitación y someter a **Ricardo de Jesús Henríquez**, Hillary Suarez Monterrosa fue llevada hasta un Centro de Atención Hospitalaria, donde le comentó al agente de policía que fue golpeada y llevada por la fuerza desde su casa de habitación a la de **Ricardo de Jesús Henríquez**, donde se presentaron los incidentes que el funcionario percibió.

### **Actuación Procesal:**

**1.-** El 18 de mayo de 2015, ante el Juez 80 Penal Municipal de Bogotá, la fiscal 312 local le imputó a **Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa** la autoría del concurso de conductas punibles de secuestro simple, acceso carnal violento y homicidio agravado tentado, descritos en los artículos 103, 104 numerales 2 y 7, 168 y 205 del Código Penal.

El Juez, atendiendo la solicitud de la fiscal, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

**2.-** El 4 de agosto de 2015, la Fiscal Delegada ante el Gaula radicó el escrito de acusación por los delitos de secuestro simple, acceso carnal violento y homicidio tentado.

El 1 de octubre siguiente, la Juez 44 Penal del Circuito de Bogotá presidió la audiencia correspondiente.

**3.-** El 28 de marzo de 2016 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

**4.-** El 4 de mayo de 2016 se inició el juicio. Se estipuló la plena identidad del acusado. El 29 de julio siguiente se recepcionó el testimonio del patrullero Jorge Andrés Bolívar Rodríguez.

En la sesión del 30 de agosto de 2016, la fiscalía desistió del testimonio de Hillary Patricia Suárez ante la dificultad de localizarla. La defensa, a su vez, declinó la totalidad de los testimonios que pidió en la audiencia preparatoria.

En los alegatos finales, la fiscal solicitó, ante la dificultad de aportar el testimonio de la ofendida y probar la responsabilidad, que se profiriera sentencia absolutoria por la totalidad de los cargos formulados. La Juez anunció el sentido condenatorio del fallo.

**5.-** En sentencia del 21 de octubre de 2016, la Juez 44 Penal del Circuito condenó a **Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa** a las penas de 16 años y 2 meses de prisión, multa de 800 s.m.l.mv., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, como autor del delito de secuestro simple, única

conducta, de las tres por las cuales fue acusado, que estimó probada.

**6.-** La defensa apeló la decisión. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 11 de octubre de 2017, la confirmó.

**7.-** Contra esta determinación, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación.

### **DEMANDA DE CASACIÓN:**

Con fundamento en la causal tercera de casación, el demandante formula **un cargo** por manifiestos errores de apreciación probatoria (*artículo 181 de la ley 906 de 2004*).

Explica que la decisión que impugna se sustentó en la declaración del agente de la policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, quien no conoció los hechos directamente. Por lo tanto, la sentencia se respaldó exclusivamente en prueba de referencia, transgrediendo el numeral 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Señala que al estimar la prueba, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

*“Esa connotación se le asigna al testimonio de Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, patrullero de la Policía Nacional, en cuanto reconstruyó en el juicio oral, no solo las manifestaciones de la víctima, sino también otros sucesos con fundamento en sus propias percepciones, esto es, soportado en el conocimiento personal exigido en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004. En efecto, el Tribunal acepta que el nombrado no fue presencial del acto de arrebatamiento de la nombrada Suarez Monterrosa, de quien se sostuvo en la acusación que fue obligada a trasladarse de su vivienda a la del procesado.*

Al razonar de esa manera – dice — el Tribunal infringió los principios de contradicción, inmediación, y publicidad (artículos 15, 16 y 377 de la Ley 906 de 2004), y las cláusulas que autorizan la admisión de la prueba de referencia (artículos 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal).

Menciona que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en sostener, entre otras, en la SP del 27 de febrero de 2013, Radicado 38773, que la prueba se debe practicar en juicio y que excepcionalmente es posible franquear esos postulados cuando se dan las condiciones establecidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, las que, en este caso, no se cumplen.

En consecuencia, al haber desconocido las reglas de producción y apreciación de la prueba, solicita casar la sentencia y absolver al acusado.

**Audiencia de sustentación:**

El **defensor** sostiene que el caso es puntual y el hecho jurídicamente relevante concreto: se trata de una riña de pareja de la cual tuvo conocimiento la Policía Nacional por información del dueño de la habitación donde vivían. Con base en esa noticia, los uniformados pretendieron ingresar al domicilio, demorándose en el intento alrededor de una hora. Por esa conducta la fiscalía le imputó al acusado el concurso de delitos de acceso carnal violento y secuestro simple. La primera instancia descartó el primer delito y lo condenó por la segunda conducta. El Tribunal confirmó dicha determinación.

Aduce que a pesar de que la fiscalía, si consideraba que se configuró un delito, podía hacer uso de otros medios de prueba para probarlo, solo adujo la declaración del patrullero de la policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, quien ofreció en el juicio una versión bastante confusa y controversial. El testigo aseguró que la víctima le comunicó que fue agredida sexualmente y secuestrada, pero la dama no compareció para relatar de primera mano esa situación, ni la fiscalía hizo uso de otros medios probatorios para probar ese supuesto.

Por lo tanto, la única versión de los hechos es de oídas o de terceros, de manera que solicita casar la sentencia por infracción al principio de legalidad.

El **Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte** estima que el delito no se configura y se debe casar la sentencia.

Explica que se trata de dos eventos. El primero, puesto de presente a la policía por la señora Hilary Patricia Suárez Monterrosa, cuando dio a entender que fue llevada desde tempranas horas al cuarto que habitaba su antiguo compañero donde la agredió sexualmente. Este supuesto no fue acreditado con prueba directa.

El segundo, relacionado con la retención y rescate tardío de la dama, mientras el acusado discutía con los uniformados, tampoco fue probado suficientemente.

Ante la falta de pruebas se recurrió a argumentos de género, que aun cuando válidos teóricamente desde una visión internacional, de derechos humanos y de respeto por la diferencia, no tienen la fuerza vinculante desde el punto de vista probatorio para propugnar el reproche por el delito de secuestro.

Vista así la situación, considera que ninguna prueba corrobora el dicho del agente de policía, pues no se contó con la versión de la supuesta víctima, quien por su propia iniciativa declinó asistir al juicio oral, impidiendo establecer si cuando la policía intentó entrar a la habitación fue contra su voluntad.

El agente de policía adujo que solicitó autorización para entrar y que le fue negado el acceso, escena que no se puede pensar que sea representativa de un delito contra la libertad y menos si el patrullero logró entrar no para evitar la retención indebida de la dama, sino para aplacar el conflicto entre la pareja.

El agente dijo que el acusado le decía a la mujer que si entraba la policía la atacarían y él se causaría lesiones, por lo cual empleó la fuerza para acceder al inmueble, neutralizar al exaltado y conjurar el episodio. Pero estas situaciones no demuestran que se trate de un delito de secuestro, porque la acción fue intempestiva, no se probó la intencionalidad y ni siquiera, como dice el Tribunal, que actuó con dolo eventual.

La retención indebida que exige el tipo penal implicaba la demostración más allá de toda duda que la víctima permaneció retenida contra su voluntad por un lapso razonable, y eso no ocurrió.

La **Procuradora Tercera Delegada** destaca que en la demanda se plantean dos problemas jurídicos: el primero, relacionado con la prueba de referencia, y el segundo sobre la duración de la retención para configurar el delito de secuestro.

En la SP del 2 de noviembre de 2016, Radicado 46782, la Sala ha señalado que el lapso de retención no condiciona la configuración del delito de secuestro.

En el mismo sentido, agrega que la Corte Suprema de Justicia, en las SP del 29 de septiembre de 2010, Radicado 29174 y 4 de octubre de 2013, Radicado 42431, precisó que para analizar la materialidad del delito de secuestro se requiere la retención de una persona contra su voluntad, siendo irrelevante el término que dure la privación de la libertad.

En cuanto a la declaración del patrullero de la Policía, Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, testigo directo, señala que el agente fue enfático en señalar que el 17 de diciembre de 2015 fue reportado el incidente de una pareja que discutía, y que al llegar encontró una mujer que pedía auxilio y a un hombre que se negaba a autorizar el ingreso. Mientras pretendían abrir la puerta, señaló que el acusado agredió a la mujer, quien presentaba laceraciones en su rostro y cuerpo, al igual que el acusado, quien se autolesionó.

La víctima le informó al agente que el acusado la llevó a su habitación de una fiesta en la que se encontraba y es allí en donde la ofende, lo que implica que se presentó un concurso heterogéneo de conductas punibles de secuestro y lesiones personales. En ese sentido, desde el momento que la policía fue informada, hasta cuando los agentes llegaron

al sitio, transcurrieron 40 minutos, tiempo durante el cual la mujer fue privada de la libertad.

En ese orden, es equivocado sostener que la condena se basó en una prueba de referencia.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

**Primero.** El defensor postuló un cargo contra la sentencia de segunda instancia, por haber incurrido el Tribunal en manifiestos errores de apreciación probatoria. Argumentó que la decisión se sustentó exclusivamente en la declaración del patrullero de la policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, quien declaró sobre hechos que no percibió directamente. De esa manera considera que se infringió la prohibición del inciso segundo del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que impide condenar únicamente con base en prueba de referencia.

**Segundo.** Previamente a resolver el cargo propuesto, la Sala indicará si la petición de absolución formulada por la fiscalía en las instancias es obligatoria para el juez, y luego, para decidir el tema de fondo, indicará **(i)** las pruebas que obran en el proceso, **(ii)** los argumentos del fallo, **(iii)** explicará si el Tribunal desbordó la prohibición del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y **(iv)**, desde

la perspectiva de los fines del recurso, enseñará por qué la decisión se debe casar.

**Tercero.** La Fiscalía le solicitó a la Juez de primera instancia que absolviera al acusado de todos los cargos formulados. Al decidir de fondo el tema, no obstante esa petición, condenó a **Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa** como autor del delito de secuestro, una de las tres conductas por las cuales fue acusado. En relación con las demás, no encontró que se reunieran los presupuestos probatorios para proceder de igual manera.

Al no atender la solicitud de absolución de la fiscalía, la Juez actuó de acuerdo a la línea jurisprudencial que mayoritariamente adoptó la Corte desde la SP del 25 de mayo de 2016, Radicado 43837, bajo el entendido de que dicha manifestación no es vinculante por ser un acto de postulación, el cual, al igual que las pretensiones de los demás intervinientes, puede ser acogida o desestimada por el juez de conocimiento, quien debe decidir con fundamento en la valoración de las pruebas allegadas en el juicio oral.

No se configura, entonces, ninguna ilegalidad que se deba abordar por esa causa.

**Cuarto. Pruebas que fueron solicitadas en la audiencia preparatoria y practicadas en el juicio:**

La Fiscalía solicitó, entre otros, los testimonios de Hillary Patricia Suárez Monterrosa, del agente de la Policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez y de Diego de Jesús Calderón, propietario del inmueble donde sucedieron los acontecimientos.

La Juez indicó que las entrevistas podían emplearse para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Las entrevistas a las cuales se refirió la fiscalía en el escrito de acusación, corresponden a las del agente de policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, Diego de Jesús Calderón -propietario de la vivienda donde ocurrieron los hechos— y Magret Corredor -funcionaria de la Secretaría de Salud—, estas dos últimas pendientes de realizar, según se aclaró, y a la denuncia que recibió el patrullero Andrés Grisales Galvis.

La fiscalía también mencionó los conceptos de medicina legal, tendientes a comprobar las heridas que presentaban el acusado y la señora Suárez Monterrosa.

Con todo, la única prueba testimonial que se recibió fue la del agente de policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez. La fiscalía desistió de la declaración de la ofendida.

Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, el patrullero de la Policía, declaró, en lo fundamental, lo siguiente:

*¿Qué recuerda de los hechos?*

*“Ese día 17 de mayo de 2015 me encontraba realizando lo que llamamos pre nocturno, siendo las 5:55 horas del día 17 de mayo, nos informa la central de radio de un caso... donde indica que en esta vivienda hay posiblemente una riña de pareja, al llegar a la residencia nos encontramos con el propietario, el cual nos indica que una de las piezas que él arrienda hay una pareja que se encuentra discutiendo... que hay una pelea dentro de la misma...”<sup>1</sup>  
(Se resalta)*

*¿Cuando llegaron, qué escucharon, qué sucedió?*

*Después de entrevistarnos con el propietario, al interior de la vivienda se escuchan voces de auxilio, por ende el propietario nos permite el ingreso para verificar qué estaba pasando.”<sup>2</sup>*

*¿Cuando dice que escuchaba voces de auxilio, exactamente qué decía la persona?*

*Pues se escuchaban las voces de una femenina pidiendo auxilio, solicitando ayuda al momento de ingresar.”<sup>3</sup>*

*¿Tú recuerdas cuáles eran exactamente sus palabras o era otro tipo de actuación, cómo era?*

*Eran gritos de auxilio. Al llegar a la habitación, ya tratando de entrar a la residencia, se trata de entrar en contacto con las personas dentro de la misma.”<sup>4</sup>*

*¿Luego de eso qué hicieron ustedes?*

*Se toma contacto con las personas que se encontraban dentro de la misma, se toma contacto con un señor que se encontraba en un alto estado de exaltación, alteración, el cual tenía una femenina adentro, y pues...”<sup>5</sup>*

---

<sup>1</sup> Minuto 13:12

<sup>2</sup> Minuto 13:18

<sup>3</sup> Minuto 13:41.

<sup>4</sup> Minuto 13:57

<sup>5</sup> Minuto 15:17

*Manifiesta que se encontraba en alto grado de exaltación ¿a qué se refiere?*

*Pues una actitud que no quería dialogar con la patrulla, porque nosotros íbamos a tratar de conciliar, a arreglar una situación, la cual era una riña por decirlo así, estaba violento, en alto grado de exaltación.<sup>6</sup> (Se resalta)*

*¿Cuánto tiempo intentaron ustedes aproximadamente hablar con él?*

*Pues nosotros llegamos a las 5:55 como le había manifestado, fueron escasos diez minutos que tratamos de entablar diálogo con él para que abriera la puerta, dialogar y mediar para que abriera la puerta en ese momento. No abrió la puerta.<sup>7</sup>*

*¿Qué tuvieron que hacer?*

*... Después que se agotan los recursos que no accede a abrir la puerta por parte de él, entonces se hace un plan para romper la puerta e ingresar, cuando se está rompiendo la puerta, el señor Ricardo agrade en ocasiones a la señorita a su pareja o ex pareja sentimental, la agrade con un vidrio con el cual también la estaba amenazando, reducimos al señor Ricardo, se saca a la señorita se le ayuda porque presentaba laceraciones en su rostro y cuerpo...*

*Cuando se reduce al señor Ricardo, es esposado. Secretaría de Salud lo seda porque se encontraba bastante alterado, como lo manifesté. La señorita Hillary fue remitida al hospital Simón Bolívar, el señor Ricardo, ya sedado, es llevado al hospital de Suba.*

*Luego de eso, ¿tomó contacto con la víctima sobre el caso?*

*Con ella se tomó contacto, ella me prestó su cédula, antes de ser trasladada al hospital Simón Bolívar, se le indicó en el transcurso de algunas horas que el señor Ricardo iba a ser judicializado por los delitos en mención y ella quedó en el hospital donde se tomó la epicrisis y se pudo hacer la judicialización del señor Ricardo.*

*¿Qué mención hizo ella de los hechos?*

---

<sup>6</sup> Minuto 15:49

<sup>7</sup> Minuto 16:32

*Lo que ella nos manifestó fue que ella se encontraba en otra residencia, el señor Ricardo va hasta la residencia en donde ella se encontraba, la saca a la fuerza y la lleva a la residencia y es allí en donde la atemoriza y le causa las lesiones, donde pasó eso.<sup>8</sup> (se subraya)*

Se incorporó el concepto médico de Hillary Sánchez Monterrosa, realizado con base en su historia clínica y sin su presencia física.

### **Quinto. Sentencia de segunda instancia.**

El Tribunal adujo que la fiscalía, ante la imposibilidad de hacer comparecer a la ofendida, bien pudo hacer uso de la prueba de referencia, una opción a la que no acudió, para probar aspectos que no fueron acreditados con prueba directa.

En cuanto al delito contra la libertad personal, consideró que el agente Jorge Andrés Bolívar Rodríguez dio cuenta en detalle de las circunstancias en que esta conducta se ejecutó. Después de referirse al testimonio del patrullero Bolívar Rodríguez, expuso en lo sustancial lo siguiente:

*“En otros términos, que por vía radial se reportara la existencia de una riña de pareja, eso no quiere decir, de ninguna forma, que eso sea lo ocurrido en realidad, por el contrario, ese acto de notificación solo activa el procedimiento policial de verificación y*

---

<sup>8</sup> Minuto 28:02

asistencia a la comunidad, empero, no determina el contenido jurídico de la acción penal.

En contraste, lo evidenciado del testimonio de Bolívar Rodríguez, es que el procesado mantuvo retenida a la joven Suarez Monterrosa en el interior de su habitación, esto es, sin que le permitiera salir del cuarto, ni aun ante la presencia de las autoridades policiales, ni por el pedido de estas. Ello, por un lapso que se insiste, no fue fugaz o momentáneo, sino adversamente, por un tiempo de entre 40 y 60 minutos, en forma aproximada, en lo que puede dar cuenta el aludido policial, pero en una retención que se había iniciado con anterioridad, a tal punto que alguien solicitó el auxilio de los uniformados. (Subrayado fuera de texto)

A partir de esas premisas concluyó:

*“En las circunstancias que mediaron en los sucesos, reconstruidas también en la versión de Bolívar Rodríguez, soportada en sus percepciones directas, está descartado además que la nombrada estuviera en la habitación con su consentimiento. Por el contrario, las condiciones que constató de manera directa el deponente referido revelan, más allá de toda duda razonable, esto es, con la contundencia exigida para la condena, que fue obligada a permanecer cautiva hasta que por la maniobra de las autoridades, que tuvieron que violentar la puerta de acceso, pudo salir de la esfera de dominio impuesta arbitrariamente por quien, en el escrito allegado durante el juicio oral, señalan de haber sido su “compañero permanente.”*

De otra parte, ante la idea de una disputa sentimental, el Tribunal consideró desde una perspectiva de género lo que sigue:

*“En consecuencia, la existencia de una discusión de pareja no es un argumento válido para que el hombre, al tomar provecho de su posición dominante y fuerza física, atente contra la integridad de la mujer, la retenga en detrimento de su libertad y la someta al devenir de su voluntad en perjuicio de su facultad de autodeterminación. Las relaciones de tal naturaleza, responde el Tribunal a los opugnadores, deben estar sopesadas en el reconocimiento inquebrantable a la igualdad jurídica de los géneros,*

*por lo tanto, en los derechos y libertades que les asisten a quienes los integran, unas de éstas la libertad individual y la locomoción.”*

**Sexto.** El Tribunal, desde el punto de vista técnico, no desbordó la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 381 de Código de Procedimiento Penal, que prohíbe condenar exclusivamente con base en prueba de referencia. Su decisión se apoyó en el testimonio del agente de Policía Nacional Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, quien se refirió a su intervención, a lo que pudo percibir respecto del conflicto que motivó la acción policiva, y a comentarios que le hizo la supuesta víctima.

Formalmente el cargo no estaría llamado a prosperar en los términos expuestos por el casacionista, pero como se indicará, el Tribunal para fundar su determinación, se valió de apartes de la declaración del mencionado agente de policía, en los que se refirió a situaciones que percibió directamente y le confirió el mismo valor a otras que no apreció, sino que refirió por comentarios que le hizo la víctima, y que como se explicará, inciden negativamente en la legalidad de la decisión.

Pues bien:

La Sala observa que el Tribunal incurrió en un falso juicio de legalidad al apreciar la prueba. De esa manera, una

conducta suscitada en el entorno de una riña de pareja, como se infiere del objetivo recuento del agente de la Policía Jorge Andrés Bolívar Rodríguez, en cuanto a lo que a él le consta directamente, la consideró un secuestro. Para darle coherencia a su conclusión, tomó apartes de la declaración del agente de policía Bolívar Rodríguez, en los cuales éste se refirió a situaciones que le contó la supuesta víctima, pero que él no percibió directamente.

Al sustentar su decisión en apartes de la declaración del agente de policía Bolívar Rodríguez, en los que narró lo que percibió directamente, y lo que le contó Hillary Suarez Monterrosa le contó, concluyó que el acusado retuvo a Hillary Suárez Monterrosa contra su querer, desde antes de la intervención policiva.

En ese sentido, sostuvo lo siguiente:

*“En contraste, lo evidenciado del testimonio de Bolívar Rodríguez, es que el procesado mantuvo retenida a la joven Suarez Monterrosa en el interior de su habitación, esto es, sin que le permitiera salir del cuarto, aun ante la presencia de las autoridades policiales, ni por el pedido de estas. Ello, por un lapso que se insiste, no fue fugaz o momentáneo, sino adversamente, por un tiempo de entre 40 y 60 minutos, en forma aproximada, en lo que puede dar cuenta el aludido policial, pero en una retención que se había iniciado con anterioridad, a tal punto que alguien solicitó el auxilio de los uniformados. (Subrayado fuera de texto)*

Según la decisión, sustentada en el testimonio del agente de policía, la retención, verbo que en su parecer conjugó el acusado, “se había iniciado con anterioridad, a tal punto que alguien solicitó el auxilio de los uniformados.” Pero no consideró

que el funcionario en su declaración, al referirse a lo que percibió directamente, dijo que la institución recibió un llamado para aplacar una riña, que es distinto, e insistió que la mujer le comentó en el hospital que fue llevada a la fuerza, una situación que no percibió directamente, sino que narró por los comentarios que le hizo Hillary Suarez Monterrosa.

Este último aparte relacionado con la forma como se habría iniciado el supuesto delito de secuestro y que el Tribunal empleó para reafirmar su argumento, tiene una incidencia trascendental en la decisión, porque le confiere algún grado de coherencia al equivocado razonamiento del Tribunal, al dar a entender que el delito de secuestro simple corresponde a una acción única que se habría iniciado antes de la intervención policial, de manera que según la decisión, lo que ocurrió en la casa de habitación sería el epílogo de una conducta que comenzó en otro lugar.

Eso sin embargo no significa que el Tribunal haya transgredido la prohibición del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pero sí las reglas relativas a la producción y apreciación de la prueba de referencia (artículos 438 y 441 de la indicada legislación), incurriendo en un falso juicio de legalidad. En efecto, la legislación procesal señala las condiciones en que la prueba de referencia es admisible y entre ellas, en el numeral 2 del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 prevé que eso ocurre cuando el declarante es víctima

de un delito de secuestro, desaparición forzada o de un evento similar.

En primer lugar, al no ubicar a la víctima -quien hizo llegar al juicio una comunicación en la que manifestó sentirse plenamente indemnizada—, la fiscalía *desistió* de su testimonio, por lo cual queda en evidencia que no estuvo dentro de sus opciones considerar que se presentaba una circunstancia de aquellas enumeradas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, relativas a la admisibilidad de la prueba de referencia.

En segundo lugar, según lo ha señalado la Corte, para incorporar una declaración anterior al juicio oral en condición de prueba de referencia, se debe cumplir lo siguiente:

*“(i) ... ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte.”*

Y,

*“Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal*

*deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.”<sup>9</sup>*

De manera que desde la perspectiva de las reglas de la prueba de referencia, al introducir la versión de la víctima (la prueba de referencia) a través de la declaración del agente de policía, sin probar su admisibilidad y el debido proceso probatorio, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciar dicho medio de prueba y hacer de ella un elemento sustancial de la decisión.

La trascendencia del error es entonces manifiesta, en los términos del juicio de casación, pues este segmento de la declaración tiene una incidencia y un peso específico en la argumentación, hasta el punto que al suprimir ese aparte, el razonamiento pierde la capacidad de persuasión que pretende con la inclusión de un supuesto que no se probó como corresponde, dejando sin piso la reflexión del Tribunal.

Según lo expresado, es notorio que el Tribunal apreció la declaración del agente Bolívar Rodríguez, que tiene la doble connotación de ser *directa* respecto de unos aspectos -relativos a lo que pudo percibir con ocasión de su intervención en la casa de inquilinato en donde se presentó la riña—, y de *referencia* -en cuanto al origen de la conducta y en punto de circunstancias relevantes para establecer la

---

<sup>9</sup> CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153.

tipicidad del delito—, como si fuera un todo inescindible, siendo que jurídicamente no lo es.

Solo así el tribunal pudo conferirle sentido a un razonamiento que incluye como condición de validez una afirmación que no fue llevada al juicio acatando el método del debido proceso probatorio.

En síntesis, como lo advirtió el Señor Fiscal Delegado, pueden diferenciarse dos supuestos: uno, relacionado con la riña y la intervención policial, donde la *retención* que se presenta compagina con esa situación conflictiva y que por lo tanto no es típica del delito de secuestro simple, hecho que efectivamente se prueba con la declaración del agente Bolívar Rodríguez, y otra relacionada con antecedentes que le darían un sentido diferente a la conducta, relatados por el mismo agente con base en comentarios que le habría hecho la supuesta víctima.

**Séptimo.** Para finalizar, en el mismo contexto, el señor Fiscal Delegado hizo ver que la objetividad de la conducta no correspondía a la del tipo penal de secuestro simple -como incluso la fiscal que intervino en el trámite del juicio lo planteó al pedir la absolución por la precariedad de la prueba—, y que la finalidad del comportamiento no es la referida en la descripción típica.

En tal sentido se debe precisar que al describir las conductas, el finalismo, escuela de la que se vale el Fiscal para formular su inquietud, señaló que el legislador debe respetar las estructuras lógico objetivas, es decir, las conductas tal como se presentan en la realidad. Por la misma razón, el juez tampoco puede, de acuerdo con esa reflexión, desconocer la objetividad del comportamiento y la relación de interferencia con el bien jurídico, para adecuar una conducta al tipo penal a partir de elaboraciones que no respetan la legalidad de la prueba.

Si, de otra parte, se concibe la conducta como un proceso de interferencia contra bienes jurídicos, esa visión teleológica del comportamiento le impone a la fiscalía el deber de constatar la objetividad del comportamiento, pero también su sentido y finalidad, con el fin de establecer su dimensión antijurídica y la respuesta punitiva que esa acción merece, la cual no puede estar cifrada a la mera constatación objetiva de la conducta, cuestión que la fiscalía no probó y que incluso admitió en la fase final del juicio.

**Octavo:** En conclusión: los manifiestos errores de apreciación probatoria mencionados impiden obtener el convencimiento más allá de toda duda sobre la autoría y responsabilidad del acusado en relación con el delito de secuestro (artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En consecuencia, la Corte casará la sentencia de fecha y origen indicados, y ordenará la libertad inmediata del acusado por cuenta de este proceso.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

**Resuelve:**

**Casar** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 11 de octubre de 2017, mediante la cual condenó a **Ricardo de Jesús Henríquez** como autor del delito de secuestro simple, para en su lugar absolverlo de ese cargo.

**Disponer** su libertad inmediata por cuenta de este proceso. Ordenar que se le retorne ese derecho, salvo que sea requerido en otro asunto.

Contra esta decisión no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**Magistrado**

**Aclaró Voto**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

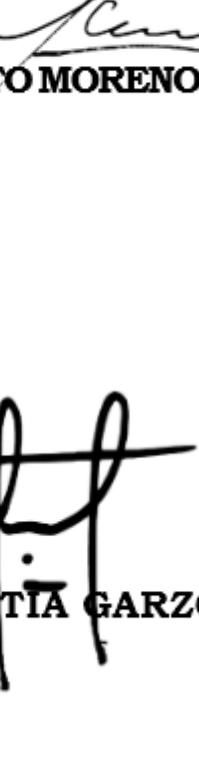
**ACLARO VOTO**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**JAIMÉ HUMBERTO MORENO ACERO**



**FABIO OSPITIA GARZÓN**



**EYDER PATIÑO CABRERA**

  
**HUGO QUINTERO BERNATE**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

Casación 52133  
Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

MG. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER  
Casación 52133  
Procesado: **Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa**  
Aprobado en Acta 096 del 13 de mayo de 2020.

Con el habitual respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro el voto en la casación de la referencia en la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió **casar** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 11 de octubre de 2017, mediante la cual condenó a **Ricardo de Jesús Henríquez** como autor del delito de secuestro simple, para en su lugar absolverlo de ese cargo, por las siguientes razones:

El 4 de mayo de 2016 se inició el juicio oral. Se estipuló la plena identidad del acusado. El 29 de julio siguiente se recepcionó el testimonio del patrullero Jorge Andrés Bolívar Rodríguez.

En la sesión del 30 de agosto de 2016, la fiscalía desistió del testimonio de Hillary Patricia Suárez ante la dificultad de localizarla. La defensa, a su vez, declinó la totalidad de los testimonios que pidió en la audiencia preparatoria.

En *los alegatos finales*, la fiscal solicitó, ante la dificultad de aportar el testimonio de la ofendida y probar la responsabilidad, que se profiriera sentencia absolutoria por la totalidad de los cargos formulados. La Juez anunció el sentido condenatorio del fallo.

**5.-** En sentencia del 21 de octubre de 2016, la Juez 44 Penal del Circuito condenó a Ricardo de Jesús Henríquez Figueroa a las penas de 16 años y 2 meses de prisión, multa de 800 s.m.l.mv., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, como autor del delito de secuestro simple, única conducta, de las tres por las cuales fue acusado, que estimó probada.

**6.-** La defensa apeló la decisión. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 11 de octubre de 2017, la confirmó.

**7.-** Contra esta determinación, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación.

En el *sub judice* se advierte que la juez de conocimiento no podía desatender la solicitud de absolución formulada por la Fiscalía en su alegato de cierre y que como la segunda instancia ratificó ese proceder, la sentencia del tribunal debe ser casada para emitir fallo de reemplazo con carácter absolutorio. Las razones son las siguientes:

1. Principio de legalidad. El artículo 448 de la Ley 906 de 2004, establece: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

Esta regla desarrolla el principio de legalidad que debe regir el debido proceso del sistema acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 para Colombia. Las decisiones de las instancias no se ajustan a la garantía fundamental que representa el texto transcrito porque lo cierto es que en este caso el Fiscal no solicitó condena.

2. Al realizar la interpretación del precepto citado no se puede leer sí donde solamente se admite el no, o viceversa. Conforme al principio de legalidad citado, no se puede condenar por *“delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*; el **“no”** es un mensaje claro, inequívoco, perentorio y, por ende, es el único alcance que admite la interpretación de la norma.

Con lo resuelto en las instancias se incorpora al texto legal la premisa que excluye, prohíbe o elimina el artículo 448 ejusdem, por lo que el revés del mandato imperativo se convierte en derecho. Ahora la regla hay que leerla con un **sí** y así: El acusado **sí** podrá ser condenado por delitos por los cuales la Fiscalía no pida condena sino absolución.

Por el contrario, la única lectura admisible del artículo 448 del C de P.P., dada su descripción y carácter imperativo,

no es otra que la absolución ante la no petición de condena por el ente fiscal.

3. Reglas de hermenéutica. Las dos premisas en examen, la del texto legal y la acogida por los juzgadores, son opuestas y excluyentes, no pueden coexistir, la primera elimina la posibilidad que haya condena cuando se solicite absolución por el Fiscal, esa fue la voluntad expresamente manifestada por el legislador en el texto legal.

Y, ahora que se alude al legislador, debe registrarse que la Fiscalía General de la Nación al presentar el proyecto que se convirtió en Ley 906 de 2004, en lo que respecta al tenor del artículo 448 ahora vigente, expresó como sustento del mandato imperativo, que la teoría del caso presentada en el juicio oral y las alegaciones correspondientes hacen parte de la acusación formulada por la Fiscalía.

En las actas de los debates surtidos en las sesiones para la aprobación de los Proyectos de Ley números 229 de 2004 de Senado y 001 de 2003 de Cámara, no se hizo ninguna modificación al texto ni a la motivación de lo que se aprobó como artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con lo que debe admitirse que el Congreso prohió la propuesta de la Fiscalía.

Prohijar unas decisiones como las que se examinan equivale a desatender la motivación que sustentó la aprobación

de la congruencia en el Congreso, contrariándose el querer del legislador.

Sí, es cierto, algunas normas del proyecto de Código de Procedimiento Penal fueron reformadas, pero la congruencia y los fundamentos en los que se sustenta no fueron modificadas; en el caso de la institución de marras se conservó la redacción de la norma originalmente propuesta.

Si el texto legal y la voluntad del legislador gozan de claridad y concreción, no es dable su sacrificio bajo el pretexto de precisar su espíritu, regla de hermenéutica de orden jurídico que no se puede obviarse al interpretar el artículo 448 ídem.

Los argumentos gramatical, lógico, sistemático, finalístico e histórico (voluntad del legislador), conllevan a reafirmar que en la Ley 906 de 2004 la petición de absolución formulada por el fiscal en las alegaciones es vinculante para el juez.

4. Titular de la acción penal. No hay una disposición de la Ley 906 de 2004, ni concepto de la doctrina o la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema o de la Corte Constitucional que no reconozca al Fiscal como titular de la acción penal.

El Fiscal es parte en un proceso penal no por el simple hecho de ser Fiscal o servidor público. Con esa lógica, deberíamos admitir que el Ministerio Público es parte y no

interviniente. Pero, no, esos no son los supuestos en los que se apoya la calidad de parte de la Fiscalía en un proceso penal.

El Fiscal es parte porque la Carta Política y la ley procesal penal le atribuyeron la titularidad de la acción penal. Los derechos, deberes y facultades en un proceso penal los deriva aquél por tener dicha titularidad. Sin esa condición no podría ejercer sus potestades en la indagación, investigación o juicio (pruebas, interponer recursos, celebrar preacuerdos, etcétera).

De lo dicho surge preguntarse ¿hasta cuándo es titular de la acción penal el Fiscal? Y la respuesta es que lo es en las fases de indagación, investigación y juicio, hasta que la sentencia que se profiera adquiera la condición de cosa juzgada.

En ese orden de ideas, no se puede concebir que el juez desatienda la petición de absolución que el Fiscal le formula en las alegaciones sin que al mismo tiempo desconozca que éste, en el momento en que presenta dicha solicitud, es el titular de la acción penal. Entonces, si se admite esa posibilidad, ¿en ese lapso quién la ejerce? ¿Acaso el juez, quien, por tanto, se arrogaría la facultad de desechar la teoría del caso del Fiscal y desarrollar otra como fundamento de la condena que profiere?

Admitir la posibilidad que se examina equivaldría a afirmar que el Fiscal en una fase del proceso tiene la calidad de titular de la acción penal, en las alegaciones pierde esa condición y vuelve a recobrarla con la emisión del sentido del fallo.

Pero lo cierto es que en el sistema penal acusatorio si aquél no es titular de la acción penal no es parte y por ende no puede interponer recursos contra la sentencia que se profiera.

En la presentación del proyecto del Código de Procedimiento Penal, en el tema de la congruencia, las actas rezan que el Fiscal ejercerá las funciones de acusación aún en la teoría del caso y en las alegaciones. Y, no puede ser de otra manera, pues es en la audiencia pública cuando se practican las pruebas y se conocen los resultados probatorios. De ahí que la formulación de la acusación no sea rígida y se le permita al Fiscal proponer en el juicio oral la absolución perentoria o la absolución o condena y concretar la imputación jurídica, dependiendo del fundamento que se aduzca.

En el sistema acusatorio si se despoja al Fiscal de la titularidad de la acción penal no solo se le cercena su legitimación excluyente para ejercerla, sino que se le despoja de las facultades propias de ese sistema, para adjudicarle una caracterización de los procedimientos inquisitivos.

5. Las facultades del fiscal en el proceso penal, algunas son absolutas, no tienen control, y otras, por el contrario, son relativas y tienen control.

Son ejemplos de potestades exclusivas del fiscal, en las que no pueden ejercer ningún control las demás partes e

intervinientes, ni el juez: la fijación de los hechos en el proceso penal, decidir si celebra preacuerdos o no, la imputación jurídica en la formulación de acusación en los juicios ordinarios, elegir qué elementos materiales de prueba **no** utilizará en el juicio oral, entre otras. Luego no es ajeno ni un desacierto en el sistema acusatorio señalar que la petición de absolución pertenece al grupo de situaciones examinadas, al amparo de un texto legal que así lo consagra, el artículo 448 del C de P.P.

En cambio, tienen control, los siguientes actos de la Fiscalía: la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, la preclusión, el principio de oportunidad, la petición de condena, los preacuerdos, etcétera.

Lo resuelto en las instancias supone la creación de un control judicial a la petición absolutoria del Fiscal, control que no está consagrado en la ley, cuando su naturaleza es reglada.

6. El juez no puede asumir la función acusadora que le corresponde a la Fiscalía. El sistema acusatorio se caracteriza porque la titularidad de la acción penal radica en el fiscal y la imparcialidad en el juez, a quien, con actos de parte y, excepcionalmente con actos probatorios complementarios del Ministerio Público, se le suministra la información para decidir.

No puede y no debe el juez sustituir a las partes ni apoyar de cualquier manera los actos que le corresponden a éstas.

Indudablemente, el juez sustituye al Fiscal y asume la función acusadora cuando aquél solicita la absolución en las alegaciones y el funcionario judicial decide condenar.

7. La actuación del fiscal no se puede escindir en acusación y alegación porque la acusación es un acto complejo, integrado también por el alegato de cierre o clausura, como se desprende del artículo 443 del C de P.P.

Un entendimiento sistematizado de las disposiciones que integran la Ley 906 de 2004 permite señalar que la acusación comienza con la presentación del escrito de acusación, continua con la formulación de acusación, pasa por la presentación de la teoría del caso en el juicio oral y culmina con las alegaciones, donde se concretan las peticiones del fiscal, luego de conocer los resultados probatorios.

No sobra repetir que en las alegaciones no se pierde la titularidad de la acción penal, por el contrario, se ejerce y es la oportunidad en la que se concreta de manera definitiva.

Los cargos en el escrito de acusación y en la acusación son provisionales; la misma naturaleza tienen los presentados en la teoría del caso, al inicio del juicio oral.

Los hechos jurídicamente relevantes que se presentan inicialmente pueden variar con el recaudo probatorio y la única oportunidad de complementar la acusación es la alegación

final. De ahí la imposición legal de tipificar en ella de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la ley 906 de 2004).

Los cargos formulados como acusación por el Fiscal son definitivos y concretados con base en la prueba practicada en su alegación final. Si la propuesta del Fiscal en este momento no constituyera una expresión de la acusación, el juez estaría facultado para modificarlos a su antojo, libertinaje que el sistema de la Ley 906 de 2004 no acepta.

Las alegaciones no constituyen un mero alegato de parte sino el ejercicio de la titularidad de la acción penal porque al Fiscal fue al único que se le impuso el deber de concretar el soporte y la imputación jurídica en los alegatos.

En apoyo de las anteriores afirmaciones debe traerse a colación lo expresado en el artículo 443 del C de P.P., en el que se le impone al Fiscal en las alegaciones el deber de tipificar *“de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”* y ofrecer los *“argumentos probatorios correspondientes”*. Es después de cumplirse este cometido que el Fiscal puede pedir condena o absolución, labor que implica la concreción definitiva de los cargos y la fijación de los supuestos correspondientes.

Es la propia ley la que de manera expresa incluye como acto de acusación las alegaciones del Fiscal, así lo dispone en

el primer inciso del artículo 443 de la Ley 906 de 2004 al regular los alegatos de las partes, pues al referirse concretamente a los del Fiscal le ordena argumentar y tipificar circunstanciadamente la conducta por la que “*ha presentado la acusación*”, esta última expresión no está vinculada con la actuación regulada en los artículos 336 a 339 del C de P.P., sino con la labor cumplida por el Fiscal en las alegaciones, dado que la concreción fáctica y jurídica que debe hacer tiene que ser consecuencia de los resultados probatorios obtenidos en el juicio oral.

No fue solamente la Fiscalía quien, en la motivación del proyecto de Código de Procedimiento Penal, asumió las alegaciones del Fiscal como parte de la acusación. También lo hace la Ley 906 de 2004 (artículo 443), como ha sido ratificado por la jurisprudencia de esta Sala.

8. El juez es el director del proceso. Juzga, pero no acusa. Al juez no se le otorga la potestad de asumir oficiosamente el problema jurídico y resolverlo en sentido contrario a la absolución propuesta por la Fiscalía porque si esa pretensión no resulta vinculante para el funcionario judicial, entonces también estaría autorizado a condenar por lo que le parezca que esté probado, hipótesis que abarca situaciones de delitos por los que no se ha reclamado condena, aún no incluidos en la acusación, desnaturalizando la estructura y columna vertebral del sistema y afectando la garantía de la congruencia.

9. La terminación normal de los procesos corresponde a los juicios penales ordinarios, en los cuales el Fiscal puede, en sus alegaciones, pedir: (i) absolución; o, (ii) condena.

La decisión judicial ante una petición de absolución del Fiscal no se rige por el mismo criterio. Por mandato de la ley el juez debe acoger la absolución porque no puede condenar si el Fiscal no se lo ha solicitado.

La razón expresada es suficiente sustento para admitir que no puede resolverse el caso excepcional de la petición de absolución con los supuestos que rigen las peticiones de condena, el mismo legislador las diferenció, impartiendo perentoriamente la orden de absolver, sin posibilidad para el juez de optar por una decisión diferente.

10. Una cosa es la absolución perentoria y otra la petición de absolución como alegato de cierre. La primera se formula por el fiscal o el defensor, antes de los alegatos y solamente por atipicidad de los hechos; la petición de absolución solamente corresponde al Fiscal, en las alegaciones y por supuestos diferentes a la atipicidad absoluta.

11. Las víctimas y el Ministerio Público no tienen interés para desconocer la teoría del caso y sustituir la presentada por la Fiscalía, pero tienen derecho a impugnar las sentencias, incluyendo las que deban proferirse por petición del Fiscal de sentencia absolutoria.

El Fiscal está en el deber de motivar su solicitud absolutoria y el juez de acoger esta fundamentación como la que sustente el fallo absolutorio, siempre que no evidencie que la actuación de la Fiscalía vulnera garantías fundamentales de las víctimas o de los demás intervinientes, como por ejemplo, una petición absolutoria sin motivación; una petición absolutoria que cuenta en el registro procesal con actuación que evidencia el capricho y la arbitrariedad del funcionario acusador, pues estos comportamientos son violatorio del debido proceso en la medida en que la actuación no se apoya en los medios y los resultados válidamente allegados a la actuación, o, cuando no se ofrece la información que los demás requieren para ejercer sus derechos, entre otros más.

12. La decisión que debe proferirse en los casos de petición absolutoria es una sentencia que debe sustentarse con los argumentos que ofrezca el Fiscal y con la orientación señalada, y, lo es así, porque se trata de una situación excepcional que la ley reguló y estableció que debía obrarse de esta manera, acogiéndose esa pretensión.

El problema jurídico de un proceso penal termina con la decisión que absuelve o condena, el tema que nos ocupa, el de la petición absolutoria, resuelve absolviendo por los cargos formulados, luego la providencia participa de la naturaleza de una sentencia y no de un auto.

13. No es de la naturaleza del sistema acusatorio la oficiosidad del Juez para apartarse de la pretensión del titular de la acción penal. Esta es propia de la Ley 600 de 2000 o de los sistemas inquisitivos. Por tanto, no tiene cabida en la Ley 906 de 2004.

14. La petición de absolución no es un acto arbitrario, es el ejercicio de la titularidad de la acción penal, pero en términos reglados, parte del supuesto que el fiscal debe ofrecer los argumentos probatorios que sustenten la absolución por la imputación jurídica que ha venido formulando, a decir del artículo 443 y 448 del C de P.P.

La acusación o petición de condena es un acto de parte a cargo del titular de la acción penal, es una pretensión y no una decisión judicial. Por ello es que la petición de absolución que se deriva del artículo 448 del C de P.P. no tiene ni admite control, este texto legal es el soporte de ese acto, que es a su vez una excepción a la regla que el Fiscal en materia de disposición de la acción penal solamente tiene facultades de postulación.

15. Las alegaciones del Fiscal son obligatorias y representan la información sustancial para el ejercicio de garantías fundamentales por parte de la defensa. Si el Fiscal no ha formulado alegaciones condenatorias, ¿de qué se defiende el acusado si los argumentos de responsabilidad los suministra el juez y los conoce solamente con la publicidad de la sentencia, no previamente en el juicio oral?

16. Ante la petición absolutoria de la Fiscalía no se pueden pretermitir las legaciones de las demás partes e intervinientes, porque el artículo 446 del C de P.P. hace obligatorio, como expresión del debido proceso, anunciar el sentido del fallo para las decisiones absolutorias o de condena, lo que no puede cumplirse sin el agotamiento de las alegaciones de partes e intervinientes, esa excepción solamente se hizo para la absolución perentoria.

17. El Acto Legislativo 03 de 2002 le impuso a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, principio que desarrolló el artículo 1° de la Ley 1312 de 2009, que modificó el artículo 323 del C de P.P., estableciendo que el Fiscal no puede renunciar a la persecución penal sino “*en los casos que establece este código*” y una expresión de esta última hipótesis (taxativa y reglamentada al amparo de la congruencia) es la petición de absolución que puede formular dicha parte y que debe resolverse en los términos del artículo 448 ídem y que debe ser acogida por el juez (*a quo, ad quem* o Sala de Casación Penal).

El acto de parte que ejecutada la Fiscalía para pedir absolución en las alegaciones es excepcional, reglado, taxativo y expresamente el legislador lo eximió de controles, al no establecerlos.

18. No rige un sistema adversarial neto, pero no es ese argumento válido para cambiar el sentido del artículo 448 del C de P.P. Si bien algunas instituciones se caracterizaron por la Ley 906 de 2004 con matices diferentes a los que presentan en las legislaciones de otros países, ello no autoriza al juez a apartarse de las concretas regulaciones que para la petición de absolución hizo el legislador colombiano en el artículo 448 del C de P.P. La situación está reglada y no puede desconocerse. De su tenor no se desprende sino una interpretación coherente, lógica y sistematizada con el esquema acusatorio adoptado.

19. La congruencia no solamente se predica de sus elementos subjetivo, fáctico y jurídico, también la integran las actuaciones procesales ejecutadas en la imputación (fáctica), acusación (fáctica y jurídica), teoría del caso, alegaciones y sentencia.

En los anteriores argumentos se funda la aclaración de voto.

Cordialmente,



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

Magistrado  
*Fecha ut supra.*