

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

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**  
**Magistrado ponente**

**AP438-2019**  
**Radicación N° 54466**  
Aprobado acta N° 36

Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

**ASUNTO**

Decide la Sala lo que en derecho corresponda sobre el recurso de queja interpuesto por la Procuradora 64 Judicial II de Asuntos Penales de Cali, contra el auto del 14 de agosto de 2018, mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se abstuvo de conceder el recurso de apelación postulado contra la sentencia absolutoria emitida por esa Corporación el 6 de julio de 2018.



## HECHOS

Los acontecimientos que originaron la acción penal fueron resumidos en el escrito de acusación en los siguientes términos:

*(...) "El doctor ÓSCAR MARINO GIL ZUÑIGA siendo el Juez 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, el día 18 de diciembre de 2008 presidió una Audiencia de solicitud de Libertad y de Revocatoria de la Decisión de Segunda Instancia, dentro del proceso con radicación Nro. 760016000193200806291 adelantado por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO y PORTE ILEGAL DE ARMAS en contra de los señores JAIME ANDRES TOVAR RIVAS, ALFONSO IVAN CASTELLANOS CAICEDO Y ALEXANDER GOMEZ ARANGO.*

*En desarrollo de la misma, el doctor GIL ZUÑIGA, luego de escuchar los argumentos de las partes y teniendo en cuenta elementos materiales probatorios aportados por la defensa, ordenó la libertad incondicional de los imputados, resolvió revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria que fuera impuesta por el Juzgado 4 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali en la primera audiencia concentrada, e igualmente revocó lo decidido por el Juez 14 Penal del Circuito de esta ciudad, el día 16 de diciembre de 2008, quien en la audiencia de apelación, consideró que esa detención debería ser en establecimiento carcelario, librando en contra de los imputados orden de captura.*

*De acuerdo a lo expuesto por el doctor GIL ZUÑIGA en la audiencia aludida, (...) tal determinación se tomó por considerar que con la prueba sobreviniente presentada por la defensa de los implicados, pudo establecer que habían desaparecido los requisitos que se tuvieron en cuenta para imponer la medida de aseguramiento, en cuanto al aspecto de peligrosidad por el aporte de nuevos medios de prueba que desvirtuaban los que tuvo en cuenta el juez de control de garantías para imponerla, señalando que no desconoce la gravedad de la conducta y que se ciñó estrictamente al aspecto subjetivo de la peligrosidad para la sociedad, dando aplicabilidad a lo consagrado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.*

*Ante tal decisión, la (...) doctora ANGELA LUCIA LONDOÑO MARQUEZ, en calidad de Fiscal 20 seccional de la Unidad de Vida de esta ciudad, al concederle el uso de la palabra, manifestó su inconformidad con lo decidido en esa audiencia e interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la misma, solicitando reconsiderara la decisión por cuanto argumentaba que esos nuevos elementos no desvirtuaban la peligrosidad de los*

*procesados, la cual mantuvo el juzgador sin revocar lo decidido y concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo.*

*Conoció de tal impugnación el Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, Despacho en el cual el día 10 de agosto de 2009, revocó la decisión de la primera instancia, ordenando librar las órdenes de captura en contra de los implicados" (...)*

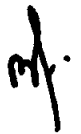
## **ANTECEDENTES**

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali conoció en primera instancia el proceso que, bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004, se adelanta contra **OSCAR MARINO GIL ZUÑIGA** (Juez Doce con Función de Control de Garantías de esa ciudad), por el presunto delito de *prevaricato por acción*.

2. El 6 de julio de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali dictó sentencia absolutoria. La decisión fue apelada por la Procuradora 64 Judicial II de Asuntos Penales de Cali; en tanto que, la Fiscalía y la Defensa, manifestaron estar conformes.

3. Luego de la sustentación escrita presentada por la Procuradora, dicha Corporación, el 14 de agosto de esa anualidad, emitió auto donde se abstuvo de conceder la apelación, con fundamento en que al no haber impugnado la Fiscalía, como titular de la acción penal, el Ministerio Público carecía de legitimidad.

4. Inconforme con esa determinación, dentro del término de ejecutoria, la recurrente interpuso recurso de



queja. En providencia del 27 de agosto, el Tribunal lo declaró improcedente, sobre la base de que aquel sólo es viable cuando se «niega» el de apelación, más no cuando, como en este caso ocurrió, la decisión fue de «abstención» en concederla.

5. Ante ello, la Procuradora 64 Judicial II de Asuntos Penales de Cali promovió acción de tutela. La Sala de Decisión de Tutelas n.º 3<sup>1</sup> de esta Corporación, en fallo del 13 de noviembre del pasado año (rad. 101183) concedió el amparo, dejó sin efectos el auto del 27 de agosto de 2018, que declaró improcedente el recurso de queja y ordenó darle trámite.

6. En tal virtud, el 13 de diciembre siguiente, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali concedió el recurso de queja y ordenó remitir la actuación a esta Sala de Casación Penal.

7. Recibida la actuación en la Corte, la Secretaría de la Sala de Casación Penal corrió el traslado ordenado en el artículo 179D del Código de Procedimiento Penal, oportunidad dentro de la cual se allegó escrito con los argumentos que fundamentan la queja.

---

<sup>1</sup> Integrada por los Magistrados José Francisco Acuña Vizcaya (ponente), Eugenio Fernández Carlier y Patricia Salazar Cuéllar.

## **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

La Delegada del Ministerio Público indicó que la Sala de Casación Penal ha reconocido a ese órgano de control la legitimidad para interponer el recurso extraordinario de casación, así como también para proponer como no recurrente materias o asuntos distintos a los expuestos por el casacionista.

Es decir, que la legitimidad del Ministerio Público no depende de que algún otro sujeto procesal o interviniente haya recurrido; ni tampoco puede entenderse como una sustitución de las partes, pues el propósito como interviniente especial es velar por la la defensa de los intereses de la sociedad y el orden público.

Señaló que además, en el caso concreto, tiene un interés especial y directo, pues durante el desarrollo del juicio oral, no se le permitió presentar alegatos de conclusión. Por este suceso procesal presentó acción de tutela, que la Sala de Decisión n° 1<sup>2</sup> de esta Corporación, en sede de primera instancia, declaró improcedente (CSJ STP094-2016, 14 ene.2016, rad. 83568), precisamente porque contaba con los recurso ordinarios y extraordinarios al interior del proceso para discutir sus inconformidades.

---

<sup>2</sup> Para entonces, estaba integrada por los Magistrados Eyder Patiño Cabrera (ponente), Luis Guillermo Salazar Otero y Gustavo Enrique Malo Fernández.



Y es precisamente esa omisión de no permitirle al Ministerio Público presentar alegatos de conclusión, uno de los fundamentos del recurso de apelación.

## **CONSIDERACIONES**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 179 C de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corte para conocer el recurso de queja, toda vez que la decisión recurrida fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

### **2. Cuestión previa**

Como se anunció en el acápite de «*antecedentes*», inicialmente, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali negó a la Representante del Ministerio Público el recurso de queja que interpuso, contra el auto que se abstuvo de concederle la apelación, respecto de la sentencia absolutoria de primera instancia que expidió. Sin embargo, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de esta Corporación, en fallo del 13 de noviembre del pasado año (rad. 101183)<sup>3</sup> dejó sin efectos aquella decisión y ordenó darle trámite al asunto que se define en la presente providencia.

---

<sup>3</sup> Folios 210 a 215 cuaderno recurso de queja



El análisis efectuado en la citada sentencia de amparo, se limitó exclusivamente a la procedencia del recurso de queja, sin hacer ningún estudio sobre el fondo del asunto.

### 3. Del caso en concreto

El **recurso de queja** fue introducido al Código de Procedimiento Penal de 2004 por la Ley 1395 de 2010, norma que incorporó a la Ley 906 de 2004 los artículos 179B, 179C, 179D y 179E.

4. El citado canon 179B, relativo a la procedencia del recurso de queja establece:

*«cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja, dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso»*

5. En el presente asunto, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la Procuradora 64 Judicial II de Asuntos Penales de Cali, está legitimada para interponer, como único recurrente, recurso de apelación contra la sentencia absolutoria emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, en favor de OSCAR MARINO GIL ZÚÑIGA.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali consideró que ello no era posible, sobre la base de que sólo es viable si la Fiscalía procedía de igual manera. Es decir, que, en

tratándose de una sentencia absolutoria, el Ministerio Público, no puede obrar como apelante único.

6. Frente a la intervención del Ministerio Público, esta Corporación venía sosteniendo que si bien, era constitucional y legalmente válida, tenía unas limitantes derivadas del sistema procesal que establece la Ley 906 de 2004, en concreto, el esquema adversarial de dos partes.

Así, en la decisión CSJ, SP5210-2014, 30 abr. 2014, que contiene lo dicho hasta el momento sobre el particular, se expresó:

*3. Se dice que la asistencia activa a esa audiencia eventualmente legitimaría al Ministerio Público para recurrir, esto es, no como verdad absoluta, toda vez que de esa participación en el acto no derivaba como facultad plena la adquisición del interés jurídico para apelar respecto del tema de que se trata, por cuanto, como se verá a espacio en el siguiente apartado, **la postura de la Fiscalía dejaba sin interés a aquel, incluso de haber asistido e intervenido.***

*En efecto, la acusación, si bien se pronunció por la no concesión de la prisión domiciliaria, lo cierto es que una vez se otorgó estuvo conforme con ello y no apeló y, en este contexto, igual la Procuraduría quedó deslegitimada porque con su recurso lo que hizo fue suplir a la acusación y ello le estaba vedado.*

*4. Sobre la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal, la Corte ha trazado unos lineamientos, conforme con los cuales, no obstante que el sistema procesal de la Ley 906 del 2004 establece un juicio que se adelanta entre adversarios (defensa y Fiscalía), dentro del cual se muestra extraña la participación de ese tercero, se habilita esa presencia en atención a intereses superiores, por cuanto por mandato constitucional, como representante de la sociedad, tiene a cargo la defensa del orden jurídico y las garantías fundamentales.*

*El respeto a ese mandato constitucional no obsta para señalar que esa intervención debe ser ejercida con respeto irrestricto de otros derechos, como el debido proceso que comporta, entre otros aspectos, que el mismo debe desarrollarse conforme a los postulados de igualdad de armas entre la Fiscalía y la defensa y*



*que, en principio, solo estas se encuentran habilitadas, por ejemplo, para aportar las pruebas que han de llevar el conocimiento de los hechos al juez.*

***De tal forma que la intervención de la Procuraduría debe ceñirse al respeto de esas reglas propias de un proceso como es debido, sin que, por tanto, en el ejercicio de sus funciones le esté permitido que supla las tareas que son exclusivas y excluyentes de las partes, pues, admitir tal supuesto, comportaría facultarla para desequilibrar la balanza en beneficio de una con el correlativo perjuicio de la otra***[negrilla fuera del texto].

7. Bajo esa misma lógica, esta Corporación, frente a la participación del Ministerio Público como no recurrente en el trámite del recurso de casación, venía sosteniendo que la misma debía restringirse a apoyar o no los planteamientos de la demanda, pues no le era posible introducir nuevos puntos de debate, **so pena de contrariar el carácter adversarial del sistema acusatorio** (CSJ, SP, 10 mar.2010, rad. 32868, que su vez, citó CSJ AP, 15.jul.2009).

Sin embargo, la mencionada tesis fue modulada recientemente en la sentencia CSJ, SP2364-2018, 20 jun.2018, rad.45098, en el sentido que pese a la intervención contingente o discrecional del Ministerio Público en los proceso penales, cuando actúa como no recurrente, puede plantear aspectos diferentes de los expuestos por el impugnante en casación, siempre que se trate de violaciones del orden jurídico; sin que ello constituya un **desbalance del sistema adversarial**.

En la mencionada decisión, se expuso:

*3.38. En efecto, en el marco del esquema procedimental reglado por la Ley 906 de 2004, cuando la Procuraduría no es la*

*demandante en casación, ciertamente su participación debe ser similar a la de cualquier otro sujeto no impugnante y por consiguiente, en principio, limitarse a su opinión en relación con los cargos de la demanda, sin introducir nuevos, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala.*

*3.39. Pero tratándose de manifiestas violaciones del orden jurídico que constitucionalmente el Ministerio Público debe defender, no cabe esa restricción a juicio de la Corte, porque impedirle a la Procuraduría incitar un pronunciamiento oficioso de la Sala derivado de advertir una vulneración manifiesta de derechos fundamentales, comportaría negarle el ejercicio de sus competencias superiores.*

*3.40. De hecho, ante esa realidad, lo que se espera de dicho órgano es que enfatice en ese aspecto, pues «[c]uando la actuación judicial que el funcionario debe vigilar desconoce el ordenamiento jurídico, o afecta el patrimonio público, o vulnera los derechos o garantías fundamentales de las partes, su intervención **se torna necesaria**, porque la normatividad le defiere la salvaguarda de estos bienes»<sup>4</sup>. [negrilla y subrayado hace parte del texto].*

*3.41. Ese tipo de intervenciones del Ministerio Público al rendir concepto en el trámite de la casación, en calidad de no recurrente, en consecuencia, es el reflejo natural de su compromiso constitucional de veedor y garante de la legalidad del trámite penal, **lo cual no desbalancea el esquema adversarial, en cuanto no corresponde a una abierta actividad de parte.***

*3.42. Considera la Corte, entonces, que los delegados de la Procuraduría General de la Nación no recurrentes en casación se encuentran facultados en la audiencia de sustentación del recurso para proponerle a la Corte su intervención oficiosa, cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales en protección del orden jurídico y las garantías fundamentales. Por consiguiente, se recoge la tesis contraria sostenida desde la sentencia SP 10 mar. 2010, rad. 32868.*

8. Esta nueva lectura a la intervención del Ministerio Público, es aplicable a asuntos como el presente, pues, con independencia de que la Fiscalía –titular de la acción penal– interponga recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, aquel está facultado para hacerlo, cuando

---

<sup>4</sup> *Ibidem.*

evidencie violaciones al orden jurídico, sin que ello implique un quebrantamiento del sistema de partes.

Luego, no es posible negar al órgano de control, hacer uso del recurso de apelación cuando acude como apelante único, pues, se repite, siempre que el propósito sea evitar violaciones al orden jurídico, no constituye un quebrantamiento del sistema adversarial.

Sumado a lo anterior, en el *sub lite*, la representante de este órgano de control, demostró un interés especial y particular en la actuación, pues, como lo expuso en la sustentación del recurso de queja, uno de los temas propuestos en la apelación, es la presunta afectación de las formas propias del juicio, dado que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, le impidió intervenir en los alegatos de conclusión.

Situación que en su momento llevó a presentar acción de tutela, que fue declarada improcedente por una Sala de Decisión de Tutela de esta Corporación STP094-2016, 14 ene.2016, rad.83568), precisamente porque el entonces actor –representante del Ministerio Público–, contaba con la posibilidad de *«interponer los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley, para plantear presuntas violaciones a las garantías procesales»*.

Es decir, en la mencionada tutela tampoco hubo pronunciamiento de fondo sobre si, el no permitir al Ministerio presentar alegatos de conclusión, quebrantaba

garantías fundamentales, por cuanto, tal debate, podía proponerlo al interior del proceso, a través de los recursos ordinarios y extraordinarios.

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

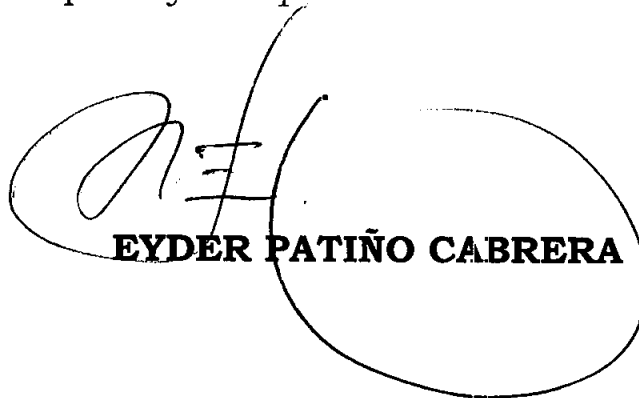
### **RESUELVE**

**Primero: Admitir** las pretensiones del recurso de queja interpuesto por la Procuradora 64 Judicial II de Asuntos Penales de Cali.

**Segundo:** En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, concederá, en el efecto suspensivo el recurso de apelación presentado contra la sentencia del 6 de julio de 2018.

**Tercero:** Remítase la actuación al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase

  
**EYDER PATIÑO CABRERA**

**EXCUSA JUSTIFICADA**  
**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

  
**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

  
**EUGENIO FERNANDEZ CARLIER**

  
**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

  
**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

  
**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

  
**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria

