

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP6808-2016

Radicación N° 43837.

Aprobado acta No. 160.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Se profiere fallo de casación en el proceso seguido contra HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en virtud de la demanda instaurada por su defensor en contra de la sentencia condenatoria proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Cúcuta el 13 de marzo de 2014.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En la sentencia impugnada, se enunciaron como hechos penalmente relevantes los siguientes:

En el mes de febrero del año 2012, la menor D.J.S.O. de 10 años de edad, señaló que el señor HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL, quien trabajaba una tienda y era vecino en el barrio Santa Lucía de Ocaña, “le tocó la cola y le echó escupina en la vagina”.

1. Procesales

En audiencias preliminares celebradas el 21 de septiembre de 2012 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ocaña (Norte de Santander) con función de control de garantías, (i) se legalizó la captura de HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL, (ii) se le formuló imputación como presunto autor del delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, y, por último, (iii) se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria.

Una vez la Fiscalía presentó el escrito de acusación por el mismo delito que inicialmente imputó, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ocaña asumió su conocimiento y convocó a las partes e intervinientes a la respectiva audiencia de formulación de acusación; sin embargo, al inicio de ésta el juez se declaró impedido para seguir tramitando el proceso. Así las cosas, la actuación fue remitida al despacho que le seguía en turno, el Primero Penal del Circuito, el cual consideró fundado el impedimento¹, por lo que procedió a realizar la audiencia pendiente el 18 de diciembre de 2012 y, luego, la preparatoria el 27 de febrero de 2013.

El juicio oral se llevó a cabo en sesiones del 10 y del 17 de abril, y del 15 y 30 mayo, todas en 2013. En esta última se anunció sentido absolutorio del fallo, cuya lectura tuvo lugar en audiencia celebrada el 10 de septiembre de ese

mismo año. Contra esa decisión, la representante de la víctima (defensora pública) interpuso recurso de apelación y lo sustentó, luego, por escrito.

El Tribunal Superior de Medellín desató la impugnación el 13 de marzo de 2014 revocando la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenó al procesado por el delito de Actos sexuales abusivos en menor de 14 años, a la pena principal de prisión por un término de 9 años y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual período.

A su vez, esta decisión fue objeto del recurso de casación por el defensor, quien presentó la respectiva demanda el 24 de abril de 2014. La misma fue admitida el 3 de junio y la audiencia de sustentación se realizó el 18 de noviembre, en el mismo año.

EL RECURSO

1. Demanda de casación

En un inicio, se identifican los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados y la actuación procesal relevante. Luego, se sustenta el interés jurídico para recurrir en la afectación que sufre el procesado con la decisión condenatoria y, al tiempo, se cuestiona la legitimidad sustancial de la víctima en el proceso acusatorio para apropiarse de la teoría del caso que ha abandonado la fiscalía. Esta anomalía, agrega, obligaba a la segunda instancia a inhibirse para fallar de fondo.

A continuación, anuncia que la causal de casación invocada es la prevista en el numeral 2º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, bajo cuya égida formula un cargo de nulidad por desconocimiento del debido proceso. Estima el demandante que el Tribunal produjo una afectación sustancial de la estructura del proceso, cuando muy a pesar que la fiscalía en su alegación final solicitó la absolución del procesado, aquél procedió a emitir

sentencia condenatoria. De esa manera, revocó el fallo de primera instancia que sí era consonante con la petición del fiscal del caso, violando así lo preceptuado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

En ese sentido, denuncia la vulneración del principio de congruencia -fáctica y jurídica-, así como la naturaleza adversarial del proceso acusatorio, pues si bien la Fiscalía formuló pliego de cargos contra el procesado, luego lo retiró como titular de la acción penal, al deprecar absolución. Señala que era diferente en el procedimiento de la Ley 600 de 2000, en el que la acusación no era una pretensión como ahora, sino una decisión de carácter judicial. El Tribunal, entonces, habría usurpado el rol de acusador (cita sendas providencias de esta Corporación²).

Por último, manifiesta que el error es trascendente, “de estructura conceptual”, porque se condenó al procesado, sin que se ejerciera acusación en su contra; por ende, la nulidad es insubsanable según lo dispuesto en el artículo 457 de la Ley 906. Sustentó la concurrencia de los principios que regulan las nulidades (taxatividad, protección, acreditación, trascendencia, residualidad, entre otros). Y, finalmente, señala que la prosperidad del cargo busca la reparación de las garantías vulnerada al procesado.

2. Audiencia de sustentación

1. Recurrente

El impugnante se limitó a manifestar que reiteraba los argumentos expuestos en la demanda de casación.

2.2 No recurrentes

2.2.1 Fiscalía

Rememora los argumentos de la demanda para anticipar que no le asiste razón, pues los supuestos fácticos y jurídicos propuestos en la audiencia de formulación de acusación son los mismos por los cuales se emitió condena. Luego, reconoce que la Corte ha establecido que la petición de absolución por la Fiscalía equivale a un retiro de la acusación; sin embargo, advierte que una cosa es que la solicitud de absolución vincule al juez de primera instancia y otra cosa es que ante los recursos interpuestos, el superior no pueda revisar la legalidad de lo actuado, lo cual es desarrollo natural del principio de la doble instancia. En ese orden, estima que la decisión de la segunda instancia no gira en torno a la pretensión del titular de la acción penal sino a la de los recurrentes.

Considera que si bien la Fiscalía debe velar por los intereses de las víctimas, ante eventuales divergencias, pueden éstas apartarse de la posición de aquélla, con base en sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, especialmente cuando se trata de víctimas menores de edad cuyos derechos son de rango constitucional (art. 44)3. Recuerda el concepto de víctima adoptado por la legislación procesal, para reiterar que tienen derecho a que no haya impunidad y a una doble instancia, todo ello como resultado de un verdadero acceso a la administración de justicia. Señala que de nada serviría a las víctimas ser reconocidas en la actuación con tales derechos si tuvieran que acogerse a las pretensiones de la Fiscalía.

Así pues, concluye que la víctima estaba legitimada para disentir de la sentencia de primera instancia y el Tribunal, igualmente lo estaba, para revisar la legalidad de la actuación. Por ello, solicita no casar la sentencia.

2.2.2 Ministerio Público

Advierte que dos son los problemas jurídicos que plantea la demanda: primero, si la víctima está compelida a aceptar los resultados del proceso, cuando la Fiscalía ha

solicitado absolución y, segundo, si el Tribunal podía condenar ante un recurso de la víctima, cuando medió solicitud de absolución del órgano acusador. Inicia con una referencia a las facultades de la víctima en el proceso, recordando que si bien su naturaleza es adversarial, la víctima es protagonista en aras de la verdad, de la justicia y de la reparación y, por ende, tiene facultades que ejerce de manera autónoma. Cita la sentencia C-209 de 2007 para advertir que aunque en el juicio el protagonismo de la víctima es menor, su actuación se vincula a los derechos que busca satisfacer, entre los cuales resalta el de impugnar decisiones adversas y controlar la inactividad de la Fiscalía.

Señala que el derecho de las víctimas a impugnar decisiones que le sean adversas, ha sido desarrollado por la sentencia C-047 de 2006, en cuanto fijó la protección y el alcance del derecho a la impugnación de las víctimas; por la ONU en los principios de lucha contra la impunidad (1 y 4); por la sentencia C-651 de 2001 que estableció que solo la Fiscalía tiene voz en el juicio, pero recalcó que debía siempre escucharse a la víctima; y, finalmente, por las sentencias C-047 de 2006 y la C-979 de 2006. En conclusión, estima que resulta innegable facultad de recurrir la absolución en el presente caso.

En cuanto al segundo problema que identifica, aclara que el superior debe revisar la cuestión decidida, únicamente desde los reparos planteados por el apelante. Indica que nuestro sistema procesal adoptó el principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin un actor y es éste el que formula la pretensión punitiva. En estricto sentido, entonces, cuando el fiscal abandona su rol acusador para demandar absolución, ello implica un retiro de cargos, por lo que en cumplimiento del artículo 448 no podría emitirse condena. Pero, la efectivización de los derechos de las víctimas, hace que la segunda instancia deba controlar si aquellos se vulneraron fruto, por ejemplo, de la omisión del fiscal. No tendría sentido si a la víctima se le permite recurrir la absolución y esta impugnación no pueda conducir a la revocatoria de la decisión.

Agrega que, como quiera que la víctima es un menor, se activan dos categorías de

protección normativa, tanto a nivel nacional como internacional, en el entendido que los derechos de los niños son prevalentes y, de otra, que la condición de mujer víctima de violencia sexual demanda del Estado el cumplimiento de obligaciones de investigación y sanción, de modo que la rígida estructura procesal ha de ceder ante la necesidad efectiva de protección de los derechos a la verdad y a la justicia. Cita como marco normativo de tales aseveraciones, especialmente del derecho a un recurso judicial efectivo: una resolución del Consejo Económico y Social de 2005, la Convención de los derechos de los niños (párrafo 1, art. 3), Directrices sobre justicia para niños víctimas (párrafo 8, apartado c), las Reglas para casos de violencia sexual contra mujeres, el Pacto de San José, la Convención Belem do Pará y el Protocolo adicional sobre derechos económicos y sociales.

Por todo ello, considera que la condena emitida por el Tribunal es reflejo del ejercicio efectivo a recurrir la absolución que tiene la niña víctima a la verdad, a la justicia y a un recurso efectivo. Entonces, el cargo no está llamado a prosperar y, por ende, solicita no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

La Sala determinará si la sentencia condenatoria proferida en contra de HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL, se emitió en un proceso viciado de nulidad, tal y como lo asegura el demandante fundado en la causal de casación prevista en el numeral 2 del artículo 181 del C.P.P./2004. La vulneración al debido proceso que se denuncia habría consistido en que, no obstante la Fiscalía solicitó la absolución del procesado en sus alegatos finales, el Tribunal Superior de Cúcuta, al desatar la apelación interpuesta por el apoderado de la víctima, revocó el fallo de primera instancia y decidió condenar. Por ese camino, se habría desconocido la previsión normativa del artículo 448 ibídem, la naturaleza acusatoria de nuestro sistema procesal y la línea jurisprudencial que al respecto ha sostenido esta

Corporación.

En ese contexto, el problema jurídico a resolverse en sede de casación es el siguiente: ¿En un proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, el juez, sea en primera o en segunda instancia, puede condenar al procesado cuando la Fiscalía ha solicitado su absolución? Ante tal interrogante, el recurrente, obviamente, propugna una respuesta negativa a partir de razones sistémicas procesales y de congruencia del fallo. Mientras que, los delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público consideran que tal opción no se aviene con la interpretación constitucional de los derechos de las víctimas, especialmente el de impugnar la sentencia absolutoria, y con el ámbito legal de competencia de los jueces en segunda instancia.

La dialéctica propuesta implica el abordaje insoslayable de los siguientes temas: la línea jurisprudencial que en punto a las consecuencias de la petición de absolución por parte de la Fiscalía ha trazado la Sala, las características del sistema procesal adoptado por el Acto Legislativo No 003 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, las implicaciones de la titularidad de la acción penal, el rol de la Fiscalía y de los jueces en la terminación anticipada del proceso, el derecho de las víctimas a la impugnación de la sentencia absolutoria, el ámbito material de la competencia de los jueces en segunda instancia, y, por último, el principio de congruencia y la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004.

1. Línea jurisprudencial

I. Desde los mismos albores de la vigencia de la Ley 906 de 2004 y hasta época reciente, de manera reiterada, la Sala ha sostenido que la solicitud de absolución elevada por el delegado de la Fiscalía

General de la Nación durante los alegatos finales del juicio oral, equivale a un “retiro de los cargos”⁴, por lo que en tal hipótesis al juez de conocimiento no le queda otro camino que el de emitir un fallo absolutorio. Tal conclusión se refrendaría con la previsión del artículo 448 ibídem acerca del principio de congruencia, según el cual no se puede condenar al acusado por un delito respecto del cual no se haya solicitado tal decisión. Las principales razones que se han esbozado en los distintos pronunciamientos como sustento de esa tesis son las siguientes:

En la sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15843, se manifestó que la Fiscalía era la titular de la acción penal, que el prementado artículo 448 prohibía la condena por delitos que hubiesen sido objeto de pedimento absolutorio y, por último, que la congruencia se establece ahora sobre el trípode acusación – petición de condena -sentencia. En efecto, en aquella ocasión, al precisar la diferencia en las consecuencias que produce una petición absolutoria del órgano acusador, entre el régimen procesal actual y los anteriores, se concluyó que:

En cambio, en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia.

Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la ley 600 y el

Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la ley 906- un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aun mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor. 5

Luego, en decisión del 22 de mayo de 2008, radicado 28124, que retomó los fundamentos de una del 13 de abril de esa misma anualidad⁶, se sentaron las siguientes premisas: primera, la acusación no es una decisión judicial sino una pretensión, de tal manera que al formularla la Fiscalía no renuncia a la potestad de retirar los cargos “pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no”; y, segunda, el juez está impedido para actuar de oficio porque es un sistema de partes.

(...), lo concerniente a la congruencia como es regulada en la Ley 906 de 2004, en cuanto en el sistema acusatorio si el Fiscal retira los cargos el Juez no puede emitir sentencia condenatoria, en la Sentencia del 13 de abril de 2008 (radicación 27413), la Sala de Casación Penal señaló:

(...).

En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.”⁷

Por su parte, en providencia del 29 de julio de 2008, radicado 28961, se consideró que la capacidad dispositiva de la Fiscalía sobre la acción penal es limitada y se encuentra mediada por el control judicial, “(por contraposición al sistema Norteamericano, donde el funcionario cuenta con amplias prerrogativas para determinar cuándo y cómo hace decaer la pretensión punitiva)”; sin embargo, se admitió que existía una situación en que tal discrecionalidad puede operar de manera autónoma y con efectos absolutos, cual es la

contemplada en el artículo 448 de la Ley 906/2004.

Es importante anotar que en la decisión referenciada se advirtió que la disposición normativa excepcional es lejana al contexto del sistema acusatorio colombiano, pues la regla general es la inexistencia de una potestad dispositiva de la acción penal, por lo que en punto a la cesación del ejercicio de la misma, la Fiscalía sólo cuenta con facultades de postulación. Tal contexto de la persecución penal vendría demarcado por el principio de legalidad y de intervención judicial.

Esta norma, debe resaltarse, se muestra aislada dentro del contexto de lo que se decanta en el sistema acusatorio colombiano en torno de las facultades del fiscal, pues, se repite, bajo el imperio del principio de legalidad y dentro del entorno de las muy limitadas posibilidades de disponer autónomamente de la acción penal, en la generalidad de los casos, su potestad deviene en simple posibilidad de postulación, sujeta siempre a la decisión del juez (de control de garantías, en los casos de aplicación del principio de oportunidad, y del juez de conocimiento, respecto de la solicitud de preclusión), sin que esa decisión opere solamente formal o limitada por la manifestación del fiscal.

En auto del 29 de julio de 2010, radicado 28912, se hizo énfasis en los diferentes roles asignados a la Fiscalía General de la Nación en la Ley 600 de 2000 y en la 906 de 2004. En ese marco de la discusión, se manifestó que en el primer estatuto el órgano acusador debía cumplir la actividad probatoria únicamente en la etapa de la investigación porque en la causa correspondía al juez, mientras que en la última normatividad “el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448,...”.⁸

En 2012, en auto del 21 de marzo proferido en el proceso radicado con el número 38256, se aseguró que la Fiscalía era “dueña de la acusación”⁹ y que este acto procesal -de parte- estaba conformado no solo por el pliego y por su respectiva formulación oral,

sino también por el alegato final en el juicio, por lo que la habilitación al juez para condenar surgía desde la solicitud que en tal sentido elevara el órgano acusador. Así pues, si a pesar de una petición de absolución originada en dicho ente, el juez decide condenar, lo que hace es asumir, por su propia voluntad, la función de titular de la acción penal.

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, “pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras” (sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649).

Si se ha dicho que la acusación de la Fiscalía comporta un todo complejo entre su escrito, la formulación en audiencia y el alegato al final del juicio oral (en este caso exclusivamente en lo atinente a lo jurídico), con igual alcance se entiende que la habilitación al juzgador surge desde que la solicitud de condena a que alude el apartado final del artículo 448 se encuentre consignada (de manera expresa, eso sí), en cualquiera de esas tres fases.

Con posterioridad, en auto del 27 de febrero de 2013, radicado 40306, se dejó claro que el decaimiento de la acción penal a partir de la sola voluntad de la Fiscalía opera cuando solicita absolución en el alegato conclusivo y que ello ocurría de manera excepcional si se tenía en cuenta que “no es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 el fiscal sea dueño incondicional de la acción penal y que pueda a su arbitrio disponer de la misma”. Ahora bien, al intentar justificar la excepción, la Sala consideró que tal opción se entendía lógica y jurídica en los casos en que aquél no logró cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado. En ese orden, la petición de

absolución debe conducir a ello por “simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto”.

Ese mismo año, el 11 de septiembre, en el proceso radicado con el número 43837 se profirió un auto en el que se esbozaron las siguientes ideas fundamentales en torno al problema jurídico que habrá de resolverse:

1. La acusación es un acto de parte, por lo que una petición de absolución proveniente de su titular equivale a un retiro de los cargos. De allí que, al juez de conocimiento no le sea permitido asumir como propia la acusación o tomar el rol de acusador oficioso.

No obstante lo anterior, lo cierto es que ningún yerro se le puede atribuir al sentenciador por haber proferido sentencia absolutoria frente a la petición en tal sentido formulada por la fiscalía, en la audiencia del juicio oral. Ello es así, porque en el proceso de tendencia acusatoria que adopta la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto de parte. Por tanto, una petición como aquella, proveniente de su exclusivo titular, equivale a su retiro, sin que al juez de conocimiento le sea permitido, como ocurre en el sistema mixto acogido por la Ley 600 de 2000, asumirla como propia o tomar el rol de acusador oficioso, en atención a lo que estime probado en el juicio. Por tanto, ante la petición absolutoria de la fiscalía la acusación decae y es por eso que el funcionario judicial no puede más que fallar según lo pedido.

2. La posibilidad de que el juez de instancia realice una evaluación probatoria para determinar si la pretensión absolutoria de la Fiscalía carece de sustento, rompe con los principios que regulan el proceso acusatorio, en particular, con la autonomía del titular de la acción penal para retirar la acusación y con la prohibición que recae en el funcionario judicial para ejercer por sí mismo la tarea acusadora.

Significa lo anterior que al juez no le está dado, como así lo sugiere la impugnante, indagar si la prueba introducida en el juicio tiene o no la aptitud para demostrar la

atipicidad de la conducta y la no responsabilidad del acusado, pues sobre el ejercicio de un acto de parte, como lo es la formulación de acusación o su retiro, no puede ejercer control alguno. En contraste, su deber es verificar si aún persiste el ejercicio de la acción por parte del acusador, y si llegare a una conclusión negativa, ya sea porque se produjo retiro de la acusación o porque su titular reclamó la absolución, su determinación debe ser lógica y racionalmente la de acoger la solicitud formulada por la fiscalía.

Por último, unos días después, el 25 de septiembre de 2013, en el proceso radicado con el No 41290, la Sala reiteró su posición agregando que la misma era una derivación necesaria del principio de congruencia, conforme a lo establecido en el plurimentado artículo 448 adjetivo: “Esa doble connotación del principio de congruencia implica, de un lado, que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en los resultados del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver. (...)”.

II. A pesar de la tesis jurisprudencial dominante que se acaba de exponer, una posición divergente se plasmó en la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, y se reprodujo en dos decisiones posteriores¹⁰. Según ésta, la acusación es indisponible por la Fiscalía, por lo que ésta no cuenta con opciones como el desistimiento o el retiro de la misma, advirtiéndose que la petición absolutoria al finalizar el juicio no equivale al ejercicio de una facultad dispositiva. Ha de advertirse en todo caso que tales aserciones constituyeron comentarios de pasada y, por ende, no fueron desarrolladas en sus fundamentos. Así se expresó en tales ocasiones:

No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla -pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes pero configura un supuesto evidentemente distinto-, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado

en la acusación -siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes.

III. Dejando a un lado, por el momento, los comentarios insulares referidos y de vuelta a la posición predominante de la Sala desde 2006, puede advertirse que el análisis realizado en las plurales decisiones que se destacaron giró alrededor de la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 en el contexto de un modelo procesal acusatorio; sin embargo, en poco o en nada se dirigió la atención hacia algunas particularidades de nuestro sistema de procesamiento penal, especialmente referidas a la intervención de víctimas con derechos procesales fundamentales y a la adopción de una discrecionalidad excepcional sujeta a control judicial. La ausencia de estos referentes argumentativos indispensables ha impedido que el análisis sea integral, de tal manera que la tesis planteada acarrea una serie de consecuencias problemáticas sobre las cuales no se ha reflexionado.

En efecto, si la petición de absolución elevada por la Fiscalía en los alegatos conclusivos, vincula al juez de conocimiento a una decisión exculpatoria,

a) El juez podría declarar la terminación inmediata del proceso pretermitiendo la alegación de la defensa y de los intervinientes, bajo el entendido de que, indefectiblemente, esa será la suerte de la actuación?

O, por el contrario, de todas maneras, debe cumplir el trámite allí previsto aunque las alegaciones posteriores carezcan de sentido y de eficacia alguna?

b) Para qué se requeriría de una decisión del juez, si en ese escenario la discrecionalidad

de la Fiscalía es plena o absoluta?

c)Cuál sería la naturaleza del acto mediante el cual un juez se limita a reconocer el acto de voluntad del titular de la acción penal? Podría afirmarse que es una decisión judicial?, y,

d) Procedería el recurso de apelación contra ese mecanismo de absolución?Cuál sería su objeto y cuál el ámbito material de decisión de la segunda instancia?

1. Características del proceso penal colombiano

Mediante el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002, se introdujeron sendas modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, cuyo objetivo fue el de permitir la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria, tal y como expresamente se reconoció en el artículo 4º de la reforma. Las características fundamentales de ese nuevo modelo procesal son las siguientes:

1. Se acogió el principio de oportunidad o de discrecionalidad, según el cual la Fiscalía puede “suspender, interrumpir o renunciar” a la persecución penal, con los siguientes límites: es una excepción a la regla general de la legalidad, es taxativo y sometido a control judicial.

2. La Fiscalía continúa administrando justicia (art. 1º A.L. 02/2003) e integrando la rama judicial del poder público (art. 249 C.Pol.); sin embargo, se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en derechos fundamentales¹¹ y de la relativa a la disponibilidad de la acción penal (preclusión de la investigación). Frente a tales temas ya no tendrá poder de decisión, sólo de postulación ante el juez competente (art. 250, num. 1, 4, 5 y 6).

3. Se fortaleció la especialización de funciones y la consecuente separación de roles: la Fiscalía investiga y acusa, el juez de conocimiento juzga y decide, y otro funcionario judicial, ajeno al proceso, se encarga de controlar la intervención en los derechos y garantías fundamentales. Ello implica, obviamente, una profundización del principio acusatorio.

4. Se erigió el juicio como eje o escenario central del proceso, el cual se regirá por los siguientes principios: publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración.

5. Se admitió la intervención en el proceso penal de las víctimas en los términos que desarrollara la ley, así como de la Procuraduría General de la Nación para que continuara cumpliendo las funciones previstas en el artículo 277 superior.

6. Se consagraron los principios de jerarquía y de unidad de gestión en la estructura de la fiscalía. En virtud del primero, el Fiscal General de la Nación puede asumir directamente los procesos o desplazar a los delegados que en estos intervienen, y, por el segundo, le corresponde determinar la posición y el criterio de la entidad. No obstante, se mantiene el principio de autonomía de los fiscales delegados cuando ejerzan funciones judiciales¹².

7. Se admitió la posibilidad de que los particulares administraran justicia en forma transitoria como “jurados en las causas criminales”.

El diseño constitucional del proceso penal permite atisbar que el nuestro no es un sistema netamente adversarial, pues aquél no es un escenario de confrontación exclusiva entre dos oponentes (Fiscalía y Acusado) sino que, por el contrario, participan otros actores con facultades procesales (solicitar y aportar pruebas, impugnar decisiones, intervenir en todas las audiencias, entre otras) como son el Ministerio Público y las víctimas. Además, el rol del juez en el nuevo sistema no se

corresponde con el de un “mero árbitro” ya que debe propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes¹³.

Por otras razones, como que (i) la Fiscalía continúa adscrita a la rama judicial y ejerce algunas funciones de ese orden, (ii) que sus delegados conservan alguna autonomía, (iii) que se mantiene una concepción fuerte del principio de legalidad y que la disponibilidad excepcional de la acción penal siempre está sujeta a decisión judicial, entre otras; es fácil concluir que el modelo de enjuiciamiento penal aunque orientado decisivamente a uno de tendencia acusatoria, conserva algunas particularidades que no permiten atribuirle la pureza teórica de un sistema de tal índole, ni tampoco la semejanza absoluta con el implementado en otras latitudes como son el norteamericano o el continental europeo.

La anterior conclusión para nada es novedosa. Desde los albores del sistema acusatorio colombiano adoptado por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, esta Corte y el mismo Tribunal Constitucional lo advirtieron y lo han reiterado de manera pacífica. Así, por ejemplo, se manifestó en el fallo de casación proferido el 29 de julio de 2008, Rad. 28961:

Para responder a los cuestionamientos del impugnante, entonces, es menester partir por significar que en Colombia, como ya ha sido pacífica y reiteradamente señalado por esta Sala y la Corte Constitucional, no se adoptó un específico sistema acusatorio que de entrada permita advertir matriculada la Ley 906 de 2004, a los presupuestos que gobiernan la forma de tabular el proceso penal en los Estados Unidos o en el continente europeo (sistemas anglosajón y continental europeo).

Todo lo contrario, en Colombia, existe una mixtura de sistemas que torna peculiar el procedimiento de la Ley 906 de 2004, aunque, desde luego, conserva el norte y

principios básicos que permiten advertir su adscripción a la óptica acusatoria.¹⁴

Por su parte, el Tribunal Constitucional lo aseveró con claridad desde la sentencia C-591 de 2005¹⁵, en los siguientes términos:

Es importante recordar que, en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal, se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.

Conforme a lo anterior, las características propias del sistema procesal colombiano permiten colegir que la interpretación de las normas que lo reglamentan en orden a la resolución de problemas jurídicos concretos, no puede remitirnos sin más a la que resulte más coherente con la teoría general del modelo acusatorio o con derechos procedimentales foráneos (legislado o jurisprudencial) que, como el norteamericano, sean afines al principio acusatorio. Aunque, indiscutiblemente, esos ámbitos teóricos y normativos brindan valiosos elementos conceptuales que permiten la mejor comprensión de nuestro sistema, la solución a las controversias que suscite debe responder, en primerísimo lugar, a las peculiaridades de aquél.

3. Titularidad de la acción penal

En un modelo procesal en el que la regla general es la legalidad, la persecución penal es un deber jurídico y no una facultad (discrecional), como bien lo enfatizó el artículo 2º del Acto Legislativo No 03 de 2002: “La Fiscalía General de la Nación

está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...", y no solo eso sino que en la norma superior se estableció el efecto que tal naturaleza imperativa acarrea: "No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal,...". Ahora bien, la admisión excepcional del principio de oportunidad permite entender que en los casos taxativamente señalados por el legislador en tal virtud (art. 324 C.P.P./2004), el impulso de la acción penal es una facultad, claro está siempre reglada y sujeta a control judicial, como se verá.

Entonces, la titularidad de la persecución penal por parte de la Fiscalía General de la Nación implica que ésta es depositaria de una obligación o deber jurídico y no de una prerrogativa, facultad o potestad, salvo los pocos eventos excepcionales en que tiene cabida la oportunidad. Ello implica que siempre que se reúnan los requisitos legales para iniciar una investigación y, luego, para formular la acusación, la acción debe ejercerse hasta obtener una decisión de fondo sobre la pretensión punitiva, sin que sea desistible ni renunciable y sin que, en general, se pueda disponer de cualquier otra manera de aquélla. Cuestión diferente es la autonomía que le asiste a la Fiscalía en el cumplimiento del deber constitucional que se analiza frente a los jueces y a los demás intervinientes procesales, pues es la única titular de la función acusadora.

La tesis expuesta en nada contradice el principio acusatorio cuya significación esencial es que la acusación es prerequisite del juicio y que su formulación está a cargo de un funcionario diferente al que juzga, garantizándose así en este último mayor neutralidad frente a los hechos. En nuestro caso, se acentuó dicho principio con las siguientes implicaciones: (i) el aumento del nivel de especialización en las funciones de investigación y de acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación; (ii) la introducción de los principios de unidad de gestión y de jerarquía al interior del órgano acusador¹⁶; (iii) la mayor

imparcialidad del juez de conocimiento que sólo conoce los hechos a partir de la acusación y sólo decide con base en las pruebas del juicio; (iv) la variación de la naturaleza de la acusación: de decisión judicial¹⁷ pasó a ser la pretensión de la Fiscalía¹⁸; y, por último, (iv) se afianzó su carácter como presupuesto del inicio del juicio oral¹⁹ y la inmutabilidad del sustrato fáctico como garantía de congruencia²⁰.

Como puede observarse, la adscripción al órgano acusador de facultades dispositivas de la acción penal o la extensión de las mismas, no depende de la adopción ni de la profundización del principio acusatorio. Tales facultades resultan de la aplicación del principio de oportunidad y de la medida en que a éste se le dé cabida en el procedimiento penal como contrapeso al tradicional de legalidad. En otras palabras, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no es consustancial a los procesos acusatorios, aunque no puede negarse el auge que en estos últimos ha adquirido.

En el modelo procesal colombiano, es cierto, se cobijó por vez primera la oportunidad; sin embargo, sujeta a 3 criterios delimitadores: es excepcional, es taxativa y es controlada, los cuales reducen en gran medida su ámbito de aplicación; inclusive, el someterla a una voluntad externa, la del juez, desdibuja la autonomía decisoria que lleva implícita la discreción.

3. Cesación del ejercicio de la acción penal a iniciativa de la fiscalía

Como antes se manifestó, una de las grandes novedades que trajo consigo el sistema procesal instaurado originariamente por el Acto Legislativo No 03 de 2002, fue la consagración del principio de oportunidad que permitirá a la Fiscalía, por vía de excepción, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los eventos previstos por el legislador. En todo caso, esa facultad no es autónoma porque su ejercicio

debe someterse a control de legalidad efectuado por el juez de garantías. Así pues, en la única hipótesis prevista por el constituyente de disponibilidad de la acción penal por la Fiscalía, la sujetó a tres límites: la excepcionalidad, la taxatividad y el control judicial (art. 327). Además, el legislador acortó su aplicación hasta antes que se inicie la audiencia de juzgamiento (art. 323).

Otra de las alternativas al juicio oral que también depende en gran medida de la discreción del órgano acusador, es la negociación de la culpabilidad del procesado (arts. 348-354 C.P.P./2004). Esta consiste en un acuerdo entre la Fiscalía y el imputado (o acusado) para la conclusión abreviada del proceso, mediante el cual este último se allana a los cargos a cambio del reconocimiento de consecuencias punibles más benignas a las que correspondería al delito en aplicación estricta del principio de legalidad. Aunque el inicio y el resultado de la negociación es facultativo de la Fiscalía, su aprobación definitiva queda en manos del juez de conocimiento, quien habrá de verificar el respeto de las garantías fundamentales, tal y como lo prevé el artículo 351 ibídem.

En el estatuto procesal penal, pueden distinguirse otros eventos que, aunque no encajan en el ámbito de la reducida discrecionalidad dispositiva de la Fiscalía sino en el de las consecuencias del principio de legalidad, implican también la extinción anticipada de la acción penal, en la mayoría de los casos, a iniciativa de aquélla: la preclusión (art. 331 y ss) y la absolución perentoria (art. 442). En tales hipótesis, puede ser la voluntad del órgano acusador la que inicialmente determine la no continuidad del ejercicio de la acción penal; sin embargo, en todos los casos, ese acto de voluntad no puede adoptar forma distinta al de una petición, por lo que el poder de decisión radica exclusivamente en el juez de conocimiento.

La preclusión opera cuando la Fiscalía considera que no existe mérito para acusar, es decir, cuando las evidencias no permitan afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe (art. 336), por una de

las causales previstas en el artículo 332 del C.P.P./2004. De igual manera, es procedente su invocación en la etapa de juzgamiento cuando sobrevenga una causa legal que imposibilite la continuación del ejercicio de la acción penal o la demostración de la “inexistencia del hecho investigado”, situaciones éstas en que también pueden proponer la preclusión el Ministerio Público y la defensa. En esos eventos, corresponderá al juez de conocimiento decidir si admite o no la cesación del poder punitivo del Estado con efectos de cosa juzgada (art. 250-5 C. Pol. y arts. 333-334 C.P.P./2004).

En cuanto hace a la absolución perentoria, ésta permite la terminación del proceso penal por atipicidad ostensible de los hechos por los cuales se formuló acusación, una vez finalice la práctica de las pruebas en el juicio oral y previo a los alegatos finales de las partes e intervinientes. Esa medida debe ser solicitada por el fiscal o por el defensor y decidida por el juez de conocimiento. Es ésta, entonces, la última oportunidad procesal para obtener la cesación anticipada de la persecución penal con fuerza de cosa juzgada y la misma sólo se producirá si concurre la específica causal de ausencia de responsabilidad antes mencionada, si existe el acto de postulación que sobre ella se funde y, por último, el consecuente acto de decisión judicial.

En conclusión, todas las formas de suspensión, interrupción o cesación de la persecución penal, sea que deriven del principio de oportunidad o del de legalidad, se encuentran sometidas a la decisión judicial, nunca operan por la voluntad autónoma de la Fiscalía General de la Nación. Además, es dable concluir que entre más avanzado se encuentra en el proceso, se reducen ostensiblemente las posibilidades legales de su terminación anticipada, inclusive para aquéllas que sean promovidas por el titular de la acción penal. Recuérdese, por ejemplo, que la aplicación de la discrecionalidad procede hasta antes de iniciarse el juicio oral y la absolución perentoria en el momento previo a las alegaciones de cierre y sólo por ostensible atipicidad objetiva.

4. Control judicial de la cesación de la persecución penal

El poder de decisión en relación al objeto del proceso penal (los hechos investigados y sus consecuencias jurídicas) y a su continuidad corresponde exclusivamente a los jueces. Esa es la consecuencia del acogimiento del principio de legalidad como regla general y del control judicial establecido para todas las formas de terminación anticipada del proceso penal, temas éstos a los que ya nos hemos referido. Pero también, la tesis que se acaba de manifestar es el resultado de la naturaleza de las providencias que emite el funcionario judicial en el actual régimen procesal que, salvo las órdenes que se limitan a disponer trámites, resuelven siempre aspectos sustanciales.

En efecto, las sentencias deciden sobre el objeto del proceso y los autos las demás cuestiones que resulten esenciales al mismo, según lo dispone literalmente el artículo 161 del C.P.P./2004, lo cual se refrenda en la exigencia que hace la norma siguiente en su numeral 5º, en cuanto a que el contenido de tales providencias necesariamente debe abarcar la “decisión adoptada”. Así las cosas, no puede catalogarse como auto ni como sentencia un acto de voluntad del funcionario judicial que no decida, con autonomía e independencia, un aspecto sustancial del proceso. Es más, en tratándose de sentencias sólo se tendrán por tales las que resuelvan el objeto del proceso con la debida fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, y, en todo caso, el sentido de la decisión sólo puede depender de que exista o no la convicción más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, tal y como lo ordenan los artículos 7, inc. 2º, y 381 ibídem.

Es claro, entonces, que frente a la sentencia que debe producirse luego de surtido el juicio oral, el poder de decisión siempre reposa en el juez de conocimiento y que, en consecuencia, en el delegado de la Fiscalía radica sólo un poder de postulación que se ejerce desde la misma presentación de la acusación y culmina con las alegaciones posteriores al debate probatorio en la etapa de juzgamiento. Esa conclusión es tan cierta que el mismo estatuto procesal, en los artículos 446 y 448,

define la intervención de las partes en los alegatos de conclusión como meras solicitudes; en especial, la primera de tales normas delimita la naturaleza del acto del juez y el del fiscal al prever que: “La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. (...)”. (Negritas fuera del texto original).

Así las cosas, si la voluntad manifestada por la Fiscalía en los alegatos conclusivos es que se absuelva al acusado y la misma necesariamente ata al juez a una decisión en tal sentido, en primer lugar, aquélla no sería un simple acto de postulación sino una decisión y, en segundo lugar, el “fallo” absolutorio consecuente no constituiría una verdadera providencia judicial sino un acto de refrendación de la discrecionalidad de la parte acusadora. Una providencia que no contiene una decisión del funcionario judicial sobre el objeto del proceso, sino que se limita a reconocer o refrendar la voluntad del órgano acusador en cuanto a no proseguir con el ejercicio de la acción penal; jamás puede ser tenida como una sentencia porque no respeta ni la naturaleza ni los requisitos de este acto procesal. Es más, ni siquiera constituye un auto porque, como se anotó, no contendría una resolución autónoma e independiente.

5. Derecho de las víctimas a la impugnación de la sentencia absolutoria

El Acto Legislativo No 03 de 2002 concibió a las víctimas, de una parte, como sujetos merecedores de medidas de asistencia, de protección, de restablecimiento del derecho y de reparación integral, y, de la otra, como intervinientes procesales, según se desprende de las previsiones del artículo 2 de la reforma en sus numerales 6 y 7. En desarrollo de ese mandato, la Ley 906 de 2004 delineó en el artículo 11 algunos rasgos de la participación de las víctimas en el proceso penal tendientes a garantizar su acceso efectivo a la administración de justicia, entre los cuales se destacan una serie de prerrogativas en su favor, tales como son el derecho a la verdad, a la reparación, a la asistencia letrada, a ser oída y, especialmente para nuestro caso, el de interponer

recursos contra la decisión definitiva relativa a la persecución penal.

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que mayor desarrollo imprimió a los ya tradicionales derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación, especialmente en la sentencia C-209 de 2007; por cuanto, ésta ensanchó las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal, para que también pudiera: solicitar pruebas anticipadas; solicitar la exhibición de un específico elemento material probatorio o evidencia física; hacer observaciones sobre el descubrimiento probatorio; solicitar la exclusión, rechazo o inadmisión de una prueba; solicitar el decreto de medidas de aseguramiento; impugnar la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad; controvertir la solicitud de preclusión; elevar observaciones al escrito de acusación; y manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusación o nulidades.

Específicamente, en lo que respecta al derecho de impugnación de la sentencia absolutoria y, en general, de cualquier decisión definitiva sobre la persecución penal, a más de su consagración expresa en el literal g) del artículo 11 del C.P.P./2004, la Corte Constitucional ha manifestado que excluir esa posibilidad implica violación de la garantía a la doble instancia, al acceso efectivo a la administración de justicia y, en general, a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de la víctima. En concreto, al declarar exequible la expresión “absolutoria” contenida en los artículos 176, inciso 3º, y 177, numeral 1º, ibídem, aseveró en la sentencia C-047 de 2006:

(...), si bien la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del sindicado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo. (...).

En tales condiciones, la Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del non bis in idem, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2°).

Y, en lo que respecta a la posibilidad de impugnación de la decisión judicial que se adopte en relación a la aplicación del principio de oportunidad, la prementada sentencia C-209 de 2007 concluyó que:

(...). Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución.

Siendo, entonces, que la posibilidad de impugnación de la sentencia absolutoria y de cualquier otra decisión que ponga fin a la persecución penal, es un derecho que tienen las víctimas por mandato expreso del legislador y de conformidad con la interpretación constitucional amplia que del mismo se ha realizado; el mismo no puede ser matizado, morigerado o de cualquier forma limitado por pretendidas razones sistemáticas. Por ende, constituiría una burla a ese derecho así como a los subyacentes a la verdad, a la justicia y a la reparación, el hecho que, de una parte, se sostenga su carácter de fundamental y, de la otra, se

admita que el proceso puede finalizar mediante una “providencia” que no constituye, en verdad, una decisión judicial, con lo cual el derecho a los recursos se torna inane.

6. Ámbito material de la segunda instancia

Según los artículos 20, 176 y 177 del C.P.P./2004, las sentencias –condenatorias o absolutorias- y los autos enlistados en la última de tales normas, son susceptibles del recurso de apelación, con lo cual se satisface la garantía universal de la doble instancia. En ese orden, la segunda instancia es el escenario previsto por el legislador para que el superior jerárquico revise la corrección de una decisión judicial, a partir de los concretos aspectos que fueron objeto de impugnación y de los que resulten inescindiblemente vinculados a aquéllos²¹. Además, el juez superior tiene facultad para decretar oficiosamente la nulidad del proceso cuando ella sea procedente por la violación de garantías fundamentales (debido proceso o derecho a la defensa). No obstante, jamás podrá agravar o desmejorar la situación del apelante único.

Conforme a lo anterior, en sede de apelación, el ámbito material de la decisión del superior no tiene límites diferentes a los del objeto de la impugnación y al imperativo de no desmejorar al recurrente único. Cualquier restricción diferente a esa competencia como sería, por ejemplo, la proveniente de una supuesta incoherencia intrasistemática, constituiría una vulneración de la garantía de un recurso judicial efectivo, específicamente en lo que hace al derecho a impugnar las decisiones trascendentales del proceso y, por ende, de la doble instancia. En lo que hace a las víctimas, sufrirían lesión, además, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En este punto, debe advertirse que no le asiste razón a los delegados de la Fiscalía

y del Ministerio Público que, en su condición de no recurrentes, manifestaron que si bien el ámbito de la decisión del juez de conocimiento se veía mermado con la petición de absolución proveniente del órgano acusador, no ocurría lo mismo con la competencia del funcionario de segunda instancia cuya única limitación estaría constituida por los argumentos de inconformidad y, en todo caso, por la legalidad de la decisión. Esa disertación parte de una premisa errada según la cual los argumentos de una impugnación son de libre confección y no deben sujetarse necesariamente a la contradicción de los específicos fundamentos de la decisión. Ello es tan equivocado que una censura en esos términos puede adolecer de una indebida sustentación sancionable con la declaratoria de desierta.

Como antes se indicó, el poder de decisión del objeto del proceso corresponde al juez de conocimiento, quien en caso de proferir una condena debe ajustarse a los extremos fácticos y jurídicos de la acusación, si es que este último no varió en el alegato final de la Fiscalía. Ahora, los fundamentos de la sentencia demarcan el objeto legítimo de cualquier censura que al respecto se proponga, siendo ésta la que a su vez delimitará la competencia material del juez de segunda instancia cuya labor consistirá en confrontar la decisión con la impugnación y así calificar su corrección. Entonces, si un juzgador absuelve por la exclusiva razón de que así lo solicitó el acusador, será éste el único tema sobre el cual puede versar una eventual apelación y, en consecuencia, la decisión del superior.

7. Principio de congruencia y el artículo 448 del C.P.P./2004

La congruencia es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la

sentencia, especialmente en aquellos sistemas procesales que han adoptado como principio rector el acusatorio. En todo caso, la congruencia implica una delimitación del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal.

Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica²². Inclusive, así ocurre en los procesos civiles en el que los intereses son disponibles, por cuanto el juez debe fallar conforme a la norma (*iura novit curia*). Sin embargo, en un proceso penal garantista el tema adquiere otra connotación por la necesidad de salvaguardar el derecho a la defensa, especialmente cuando el juzgador decide condenar al procesado por una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación. Ante esa situación, se han enarbolado las “tesis de desvinculación” que le permitirían al juzgador, en mayor o menor medida, apartarse en la sentencia de la denominación jurídica contemplada en la acusación siempre que se haya garantizado una oportunidad previa de conocimiento y contradicción de la novedosa.

En nuestro país, el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como “los hechos que revistan las características de un delito”. Son éstos los que determinan la extensión de la investigación y conformarán el sustrato de la acusación cuya confección está a cargo exclusivo de la Fiscalía General de la Nación. Sobre el hecho histórico fundamental, entonces, girará el debate en el juicio oral sin que exista la posibilidad de que el mismo pueda ser variado, de allí la necesidad de que sea depurado al máximo durante la audiencia de formulación de acusación, tanto a iniciativa del propio titular de la acción penal como a petición de la defensa y de los demás intervinientes. Así lo exige expresamente el artículo 448 del C.P.P./2004 cuyo tenor es el siguiente:

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.

Esa disposición normativa ha sido interpretada por la Corte en los siguientes términos:

Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

(...).

Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad.²³

Conforme a lo anterior, la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de condena. Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos. Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.

Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado. De esa manera, se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica respecto de la cual no haya tenido oportunidad efectiva de controversia, salvo cuando la variación favorezca los intereses del procesado porque en ese evento aunque, en estricto sentido, se le condena por un delito que no fue el controvertido, se justifica la excepción por el efecto benéfico que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación.

En ese orden, la previsión normativa bajo análisis, contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la Fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento. En ningún momento, prevé una hipótesis de facultad discrecional de la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, como lo sería la inconstitucional de retiro de la acusación. Así pues, ni la literalidad del artículo 448 procesal ni

ninguna de sus interpretaciones lógicas posibles, puede llevar a concluir que el mismo supuesto de hecho consagre un límite a la persecución penal y, al tiempo, una potestad dispositiva incontrolada del órgano acusador. Tampoco esta conclusión puede derivar de una interpretación sistemática, pues, como se vio, en el proceso penal colombiano la regla general es el principio de legalidad morigerado por una excepcionalísima discrecionalidad y la decisión judicial como prerequisite de cualquier forma de cesación del ejercicio de la acción penal.

8. Conclusión

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral²⁴. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Las razones de la tesis interpretativa expuesta, se pueden sintetizar así:

a) La reforma introducida por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollada por la Ley 906 de 2004, profundizó la orientación del proceso penal hacia un modelo acusatorio; sin embargo, presenta características propias que lo diferencian de sistemas de enjuiciamiento similares acogidos en otras latitudes. Por tanto, es equivocado, por la vía de la interpretación de las reglas legales, proceder a importar instituciones,

como por ejemplo la del “retiro de la acusación”, por el solo hecho de que provengan de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias.

b) Una de tales peculiaridades es que la titularidad de la acción penal en Colombia implica que el ejercicio de ésta es un deber constitucional (principio de legalidad) y no una facultad discrecional; por tanto, a la Fiscalía le está vedado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo cuando sea procedente el principio de oportunidad cuya aplicación, valga recalcar, es bastante reducida por la triple limitación a que se encuentra sometida: es excepcional, es taxativa y sujeta a control judicial.

c) Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, tanto las que provienen de alguna forma de discrecionalidad de la Fiscalía (oportunidad en sentido estricto y la negociación de culpabilidad), como las que son consecuencia del principio de legalidad (preclusión y absolución perentoria); deben someterse a la decisión de los jueces, quienes podrán aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.

d) Una sentencia que “decida” absolver al acusado porque la Fiscalía así lo “solicita”, con exclusión del ejercicio de valoración -autónoma e independiente- de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador. Esta última tampoco puede ser catalogada como una petición sino como un verdadero acto de disposición de la acción penal. Así, la equiparación entre la petición de absolución y el retiro de la acusación viola el principio lógico de identidad, tal y como ya lo había dejado entrever la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, al inicio citado.

- e) La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal; hace parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó.
- f) El principio de la doble instancia, componente esencial del debido proceso, se desnaturalizaría si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como ocurriría, por ejemplo, si aquella se circunscribiera a la verificación de la voluntad de la Fiscalía o por otras razones de una pretendida coherencia sistemática.
- g) Ni el artículo 448 ni ninguna otra norma de la Ley 906 de 2004 concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Esta tampoco puede inferirse o entenderse implícita en el estatuto procesal porque una interpretación así violaría la regla constitucional de la irrenunciabilidad de la persecución penal.
- h) No debe confundirse la facultad -limitada como se vio- que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.
- i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de

la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas.

9. Caso bajo examen

Luego de un extenso análisis de las pruebas incorporadas en el juicio oral adelantado contra HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años; en su alegación final, la Fiscalía solicitó se absolviera al acusado porque, en su criterio, no existía el grado de conocimiento necesario para condenar, es decir, certeza sobre la conducta punible. Esa postura fue coadyuvada por el delegado del Ministerio Público y por la defensa, quienes, a más del ejercicio de valoración probatoria, invocaron el principio de congruencia como un obstáculo adicional para emitir una sentencia condenatoria. Por su parte, la apoderada de la víctima solicitó al juez de conocimiento proferiera esta última decisión.

Como ya se había anticipado en el recuento procesal, el Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña (Norte de Santander), emitió sentencia absolutoria, luego de que anunciara el sentido del fallo en igual sentido. Esta decisión invocó el argumento genérico de la existencia de dudas en relación a la ocurrencia de los acontecimientos juzgados, que habrían surgido al escuchar los testimonios de la menor víctima, de su hermana y de su madre, sin que tal conclusión fuera el resultado de un análisis serio y exhaustivo de los mismos ni de las otras pruebas debidamente recaudadas. Es más, ni siquiera enuncia cuáles son en concreto las situaciones dubitativas ni las demás falencias que impedían obtener el grado de conocimiento exigido en el artículo 381 del C.P.P./2004, por lo que sus afirmaciones no cuentan con la debida sustentación.

En tales circunstancias, la sentencia de primera instancia carece de motivación suficiente y, aunque nunca se manifestó que ello obedecía a la inevitabilidad de una decisión absolutoria en razón de que esa era el sentido de la petición

de la Fiscalía, como bien pudo ocurrir; no puede descartarse que, debido al contexto jurisprudencial imperante ya descrito, fuese ese el motivo que explicara la producción de un fallo deficientemente fundamentado. En todo caso, como quiera que la tesis interpretativa aquí establecida conlleva un nuevo marco jurisprudencial en relación a las consecuencias de una petición absolutoria por parte de la Fiscalía; la garantía de los derechos de las partes e intervinientes, especialmente el de defensa y el de la doble instancia, implica que se invalide la actuación subsiguiente a la alegación final del órgano acusador.

La incidencia en garantías fundamentales que hace necesaria la medida extrema de la nulidad, puede observarse en las siguientes actuaciones procesales: tanto el agente del Ministerio Público como la defensa técnica, aunque sentaron su criterio en relación a la eficacia de las pruebas, también se allanaron a la interpretación reiterada que esta Sala venía haciendo del artículo 448 del C.P.P./2004, según la cual la petición absolutoria de la Fiscalía vinculaba al juez de conocimiento. Además, es muy probable que este último, imbuido de esa tesis, no se preocupara por una debida motivación de la sentencia, aunque ello nunca lo hiciera manifiesto. Esta falencia, a su vez, limitó las posibilidades de impugnación por parte de la víctima y hasta la competencia material del juez de segunda instancia. Por último, se pudo afectar el derecho a la defensa cuando su titular técnico, al interponer y sustentar el recurso de casación, se fundó exclusivamente en la variante interpretativa anterior para deprecar una nulidad porque, a su entender y efectivamente así lo era, ese cargo era suficiente para destruir el sustento de la sentencia condenatoria.

Así las cosas, por las razones aquí expuestas y no por las esbozadas por el defensor, se casará la sentencia proferida el 13 de marzo de 2014 por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual revocó la de primera instancia para, en su lugar, condenar a HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de

14 años. En consecuencia, se decretará la nulidad del proceso a partir del alegato final subsiguiente al del delegado de la Fiscalía, con lo cual el juicio deberá rehacerse a partir del turno correspondiente al agente del Ministerio Público.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

RESUELVE

Primero: Casar la sentencia impugnada, conforme a las razones antes expuestas. En consecuencia, se decreta la nulidad del proceso a partir del alegato final subsiguiente al del delegado de la Fiscalía, con lo cual el juicio deberá rehacerse a partir del turno correspondiente al agente del Ministerio Público.

Segundo: Remitir inmediatamente el proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña (Norte de Santander), con el objeto de que continúe el juicio oral desde el estadio antes indicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Radicado 43.837.

Salvamento de voto.

Tema: congruencia y petición absolutoria.

Magistrado: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Aprobado en acta 160 de 25 de mayo de 2016

Procesado: HERNÁN JORGE ORTEGA CARRASCAL

La Sala Mayoritaria en el proceso de la referencia ha decidido que la petición

absolutoria del fiscal en el juicio oral no obliga al juez singular ni plural, dado que la alegación de dicha parte es un acto de postulación que no integra la acusación.

Las siguientes son las razones por las cuales no comparto el juicio de los cinco magistrados que adoptaron el criterio señalado en el párrafo anterior:

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. La interpretación acogida en la decisión mayoritaria no se ajusta a la garantía fundamental que representa el texto transcrito.

2. 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 mensaje claro, inequívoco, perentorio y por ende es el único alcance que admite la interpretación de la norma.

Con la decisión mayoritaria de la Sala 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 podrá ser condenado por delitos por los cuales la Fiscalía no pida condena y solicite absolución.

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 regla jurisprudencial de la decisión de la Sala Mayoritaria, 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.

Ahora, con la el nuevo criterio jurisprudencial adoptado por votación mayoritaria se desatiende 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 obviar 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 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.

Por qué el Fiscal es parte en un proceso penal? No por ser Fiscal, ni servidor público, si esas fueran las razones, 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 esta condición no puede ejercer sus potestades en la indagación, investigación o juicio (pruebas, interponer recursos, celebrar preacuerdos, ectra).

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

Conforme a la decisión mayoritaria, para que el juez desatienda la petición de absolución que el Fiscal formule en las alegaciones, se debe desconocer que éste en el momento en que presenta dicha solicitud es el titular de la acción penal. Y, en ese lapso quién la ejerce?, según el criterio adoptado por la Sala, así se niegue, lo cierto es que en ese lapso tal facultad la ejerce el juez, quien es el que decide condenar y desarrollar la teoría del caso que con esa orientación se negó presentar y desarrollar el Fiscal.

La decisión mayoritaria conlleva 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 el proferimiento del sentido del fallo, y, ello es así, sobre todo en el último supuesto señalado, porque en el sistema 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 en el juicio oral proponer 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 puede 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 utilizara 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 medida de aseguramiento, la preclusión, el principio de oportunidad, la petición de condena, los preacuerdos, ectra.

La decisión mayoritaria de la Sala crea 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 lo caracteriza la titularidad de la acción penal en el fiscal y la imparcialidad del juez a quien se le suministra la información para decidir con actos de parte, excepcionalmente con actos probatorios complementarios del Ministerio Público.

No puede y no debe el juez sustituir a las partes ni apoyar de cualquier manera los actos que le corresponden a éstas. 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. El entendimiento de las alegaciones del fiscal como un acto de postulación, cercera el acto complejo de la acusación, del que las excluye la decisión mayoritaria de la Sala, no obstante que el artículo 443 del C de P.P., las tiene como parte de la acusación.

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 y va hasta 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, por eso no pueden ser consideradas como un mero alegato. Y, como esa calidad no la ostentan la defensa y los intervinientes, las alegaciones de éstos son meros actos de postulación.

Los cargos en el escrito de acusación y en la acusación son provisionales, de la misma naturaleza lo son 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 en la alegación final, de ahí la imposición legal de formular 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 las 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 a 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 solamente fue la Fiscalía la que en la motivación del proyecto de Código de Procedimiento Penal la que asumió las alegaciones del Fiscal como parte de la acusación, también lo hace la Ley 906 de 2004 (artículo 443) y así lo ratifica la jurisprudencia de esta Sala en las decisiones anteriores a la que ahora salvo el voto.

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 está autorizado, conforme a la decisión de la mayoría de la Sala, a condenar por lo que al juez 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 petición absolutoria o condenatoria del Fiscal en un proceso ordinario no se rige por la misma solución, la primera constituye una excepción a la regla establecida para esta última, por mandato de la ley el juez debe acoger la absolución, la potestad de decidir en ese sentido no se le dejó al juez.

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. 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 ni el Ministerio Público tienen interés para apelar la sentencia absolutoria.

No necesariamente se tiene el derecho a apelar todas las sentencias, el ejercicio de esa garantía fundamental demanda el cumplimiento de presupuestos procesales, sin los cuales no es posible acceder a la doble instancia a través de dicho recurso, como la oportunidad, naturaleza de la providencia, procedencia, legitimación e interés para recurrir.

Para este caso es válido traer a colación que en los preacuerdos o allanamientos la víctima carece de interés para apelar el fallo aduciendo su inconformidad con los beneficios otorgados, tampoco tiene interés el procesado para lograr a través de la alzada la retractación de lo válidamente aceptado o preacordado.

En el caso de la petición absolutoria inequívocamente formulada por el Fiscal que obliga al juez de primera instancia a absolver, la víctima y el Ministerio Público carecen de interés para recurrir, dado que no tienen teoría del caso y no pueden sustituir ni desconocer la presentada por la Fiscalía.

La petición absolutoria como expresión de la teoría del caso de la Fiscalía en los juicios penales, el interés es de ésta parte únicamente, no de la víctima ni del

Ministerio Público.

Los intervinientes, víctima y Ministerio Público, en los procesos que terminen con petición absolutoria obligatoria para el juez, tienen otros mecanismos de defensa judicial, en su caso, a través de una acción pública o de una de las causales de revisión establecidas en la Ley Procesal Penal bajo los supuestos allí previstos.

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 que le otorga la Sala mayoritaria el Juez para apartarse de la pretensión del titular de la acción penal, es una tesis propia de la Ley 600 de 2000 o de los sistemas inquisitivos que 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 sentencia, no en el juicio oral.

16. Ante la petición absolutoria de la Fiscalía no se puede pretermir las alegaciones 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 1º 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 que 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 eliminó 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 la legislaciones de otros países, ello no autoriza al juez a apartarse de las concretas regulaciones para la petición de absolución que 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.

20. En este asunto la decisión de anular quebranta el debido proceso acusatorio y el derecho de defensa del procesado, se ha debido casar el fallo de segunda instancia y dejar vigente la decisión del a quo que absolvió el procesado.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Mag. Sala de Casación Penal.

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO

Con nuestro acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, nos permitimos consignar los motivos por los cuales discrepamos de la determinación adoptada en este caso, toda vez que, en nuestro concepto, la petición de absolución efectuada por el delegado de la Fiscalía durante su alegato de cierre sí es vinculante para la judicatura,

conforme lo había precisado la Corte, hasta ahora, de manera inequívoca.

Como preludio del disenso, vale la pena recordar que la jurisprudencia proferida con ocasión de la implementación del sistema de gestión de noticias criminales consagrado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, ha destacado el cambio de paradigma consustancial a la reforma procesal penal en pos de la adopción explícita del principio acusatorio. Con ese cometido, y teniendo como referente algunas características de esquemas procesales foráneos que históricamente prohíben aquel modelo, se delinearon ciertas pautas metodológicas hasta decantarse un sistema acusatorio específico para Colombia que no puede denominarse “puro” sino que, por el contrario, se cataloga de “tendencia adversarial” o, incluso, “modulado”.

No obstante, la Sala Penal de esta Corporación, desde sus primeros pronunciamientos con respecto al tema, dejó en claro que estas salvedades no eran óbice para identificar un “proceso de “partes”, una de las cuales representa al Estado y se encuentra encarnada por la Fiscalía General de la Nación, cuyo objetivo es desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a su adversario, la otra “parte”, que es el imputado o acusado”. En estas condiciones -indicó en su momento la Corte-, cuando la Constitución, en su artículo 250 modificado, impone a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, no hace más que describir la relación dialéctica en que deben enfrentarse los contendientes que para estos efectos se les atribuye el rol de partes, quienes se trenzan en la contradicción de tesis y antítesis acerca de las que debe decidir el juez, por vía de la síntesis (CSJ SP, 11 Jul 2007, Rad. 26827).

En esa secuencia, uno de los pilares en los que se sustentó el adecuado funcionamiento del sistema, lo fue el reconocimiento de la subordinación del juez al principio acusatorio, *nemo iudex sine actore*, en el entendido de que no puede haber

trámite sin acusación, es decir, esta no puede ser formulada por el juzgador “en tanto hay separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento” (CSJ SP, 08 Jul 2009, Rad. 31063). Ahora, si bien es cierto -y así lo subraya con especial ahínco el proveído mayoritario- la Ley 906 de 2004 contempla diversas actuaciones que son objeto de control judicial (la afectación de derechos fundamentales, la aplicación del principio de oportunidad, la preclusión y los mecanismos anticipados de terminación del proceso), de tal forma que esas facultades de validación permiten divisar que el sistema adoptado en esa normatividad no se equipara automáticamente al esquema acusatorio de tradición anglosajona o al continental europeo,²⁵ llegando incluso a hablarse de una fórmula “a la colombiana” por estas y otras diferencias respecto del marco teórico que los orienta -modulándose en la legislación patria el principio adversarial con el que se identifica aquel modelo y en especial al estadounidense, al contemplarse la intervención en el trámite de las víctimas y del Ministerio Público que pese a no ostentar la condición de partes, sí tienen varias prerrogativas en el mismo-, tal percepción no puede trascender a trastocar la filosofía tendiente a circunscribir el debate jurídico a quienes están llamados a ello.

Desde esa óptica, se venía construyendo por la Corte un ideario de consolidación conceptual mínimo de cara a la adopción de ese paradigma, avizorándose rasgos esenciales sin los cuales el proceso penal no podría asumirse acusatorio, destacándose, entre otros, los siguientes, atinentes a la misión que en el cumple el juez:

“4.1. El principio acusatorio, que rige todo el sistema procesal penal regulado por la Ley 906 de 2004, es aquel que, en esencia, predica la estricta separación de las funciones de juicio y acusación, y que, en la práctica, se refiere “[...] a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el

juez según su libre convicción”.²⁶

De lo anterior se colige que esta rigurosa separación entre la labor del funcionario judicial y las actividades procesales a cargo de las partes está de manera inexorable ligada al principio de imparcialidad y, en particular, al derecho de todo procesado de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial:

“La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás [...]. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio* [de no proceder de oficio]–, sino también, y sobre todo, el papel de parte –en posición de paridad con la defensa– asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa [...] una condición esencial de la imparcialidad [...] del juez respecto de las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen al juez”.²⁷

Acerca del principio de imparcialidad y del papel que desempeña el juez dentro del proceso acusatorio, se ha dicho lo siguiente:

“En correlación con que la jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que juzga no puede ser parte, es una exigencia elemental que hace más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es,

que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden representar por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. Es que si el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del derecho objetivo por la jurisdicción en un caso concreto”.²⁸

Así mismo, el principio de imparcialidad se halla en directa relación con el fundamento democrático de legitimación judicial, ya examinado en precedencia (supra 2.2), consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales:

“El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: [...] al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías”.²⁹

En este orden de ideas, la garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos que no vienen al caso, en que el funcionario de conocimiento (i) carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso y (ii) ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto irrestricto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado, durante el transcurso de la actuación procesal”. (CSJ SP, 27 Oct 2008, Rad. 29979)

Por consiguiente, y frente al papel del juez en el sistema penal acusatorio, se venía señalando que con el advenimiento de la reforma procesal quedó despojado del rol de investigador oficioso. En el nuevo modelo, se entendía, su papel había evolucionado para convertirse en garante de la imparcialidad, legitimando así su función al resguardar el derecho a un juicio justo y velar por la aplicación real de la igualdad material (artículo 13 de la Constitución Política). Su deber, entonces, desde esa perspectiva, consistía en equilibrar el rol de las partes y de ahí que no le asistiese interés en que “gane” o “pierda” alguno de los contendientes, en otras palabras, su función ya no se explicaba en la de ser aquel paladín a cargo de obtener la verdad real y prodigar justicia material, según se indicó en el auto emitido el 14 de agosto de 2013, dentro del radicado 41375:

[...] es necesario recalcar en lo diverso del papel del juez en un sistema inquisitivo y en uno acusatorio, en razón a que ambos modelos suponen la asunción de un rol disímil por la dinámica y filosofía en la que su función está concebida.

En el primero, el objeto del trámite penal es arribar a la verdad real, por cuanto “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”, siendo deber del funcionario “averiguar con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia”.³⁰ Estos postulados imponen a la Fiscalía una misión refractaria de investigación integral en el sumario y explican por qué el juez en la causa puede decretar pruebas de oficio, formular libremente preguntas a los testigos e incluso si así lo considera, variar la calificación jurídica durante el juicio, ya que una vez presentada la resolución de acusación tiene a su cargo la titularidad para el ejercicio de la acción penal.³¹

Aspectos diametralmente opuestos a aquellos que desarrollan el esquema en el Código de Procedimiento Penal vigente, en el que se asignó el ejercicio de la acción

penal a la Fiscalía³² y cuyo objeto no es arribar a la verdad real sino “llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado”, lo que ha de estar fundado, “en las pruebas debatidas en el juicio”.³³ Aquí es a las partes a quienes corresponde buscar la reconstrucción histórica de una situación relevante para el derecho penal, no al juez, el que ha de persuadirse con elementos de convicción que respalden una u otra tesis que, de prosperar, acarreará la asignación de las consecuencias jurídicas de rigor”.

Ahora, si se dice que esa era la hermenéutica con la que se había asumido el tema, lo es porque la decisión de la cual nos apartamos implica un retroceso que abarca prácticamente todo el interregno en el que se perfilaron los parámetros conceptuales en comento y con los que se buscaba lograr cierta coherencia con los rasgos esenciales del sistema acusatorio. Ese propósito, luego de superarse una visión inicial que permitía al juez de conocimiento, *verbi gratia*, aplicar la excepción de inconstitucionalidad para decretar prueba de oficio en contravía de la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004,³⁴ venía consolidándose con la importancia que la jurisprudencia confería a los actos de parte y que para el caso de la Fiscalía se congloban, fundamentalmente, en lo atinente a su pretensión punitiva, en el supuesto normativo previsto en el artículo 448 *ibídem*, conforme al cual “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”. Este canon se había definido, en concordancia con lo señalado en su oportunidad por la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2010, “no [como] una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado”.

En estas condiciones, el cambio de postura, necesariamente, va a tener repercusión en la depuración que había alcanzado el principio de congruencia, pues el juez ya no estará sometido a las peticiones de las partes “desmantelándose”, por así decirlo, aquel

“trípode” en el que descansaba dicho axioma en su componente jurídico, o sea, en la consonancia entre acusación, petición de condena y sentencia.

Ahora, el cambio se dio so pretexto de que los presupuestos conceptuales antecedentes únicamente comprendían una visión superficial del asunto que dejaba de lado considerar “la intervención de las víctimas con derechos procesales fundamentales y [...] la adopción de una discrecionalidad excepcional sujeta a control judicial”. Empero, y sin desconocer la vocación renovadora de la jurisprudencia frente a la práctica social y jurídica, lo que la protege del anquilosamiento ante nuevas realidades, lo cierto es que esa postura, en lugar de ajustarse a esa necesidad, lo que hace es recabar en una concepción que parecía superada para matizar una garantía fundamental del acusado (la congruencia), en pos de anteponer facultades de la víctima -quien no es parte en el proceso- por cuenta de cuestionamientos que, desde nuestro punto de vista, son insuficientes, si de respaldarla se trata.

La configuración flexible de la acusación

La posición mayoritaria válida que bajo la égida del Acto Legislativo 03 de 2002, corresponde a la Fiscalía investigar los hechos que pueden llegar a ser constitutivos de delito, que a su cargo está el ejercicio de la acción penal y que la función de los jueces de conocimiento se circunscribe a llevar a cabo el juzgamiento, fase que se activa cuando el delegado de esa institución eleva la respectiva acusación.

Dicho acto procesal, ha de contener la relación de los hechos jurídicamente relevantes que permitirán a la Fiscalía, con base en los elementos materiales de prueba y evidencia física obtenida hasta ese instante, presentar su pretensión a los jueces de cara a la teoría del caso que maneje. Ahora bien, solo una vez practicados los medios de convicción necesarios que permitan establecer la existencia del delito y la responsabilidad del acusado podrá aquella, en su rol de parte, pedir la adopción de

sentencia condenatoria o absolutoria, categoría jurídica cuya construcción es de su exclusivo resorte y si se dice que únicamente al fenecer la etapa probatoria del juicio estará en condiciones de dilucidarla, en forma definitiva, lo es al ser factible que cumplida esa etapa los medios de conocimiento arrojen un resultado diferente al que ab initio concibió, de modo tal que “la determinación de una sanción penal no puede fundarse solo en los hechos jurídicamente relevantes imputados en la acusación, sino principalmente en la solicitud de condena que haga el ente persecutor en el alegato de cierre, valga decir, después del debate probatorio del juicio, pues solo en ese momento es que la partes pueden conocer a ciencia cierta [...] lo acontecido y ello es lo que permite discernir cuál es el derecho aplicable. Esta realidad es lo que le da sentido a lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004” (CSJ SP 5065-2015).

El anterior panorama explica la posibilidad de una configuración flexible de la acusación y, en consecuencia, que una vez formulada no adquiera la condición de irrevocable o intangible, de suerte que la misma es susceptible de ajustes graduales por la Fiscalía hasta su consolidación en el alegato de clausura. En ese orden, esa intervención de cierre no puede asimilarse, como lo dice la mayoría de la Sala, al ofrecimiento de una mera postulación equiparable a la de su contraparte o a la de los demás intervinientes en tanto el último precepto en cita -pasado por alto en la providencia-, en esa etapa conclusiva, no le impone cargas a aquellos pero sí al fiscal, al consagrar expresamente que en ese instante tiene de exponer oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba “tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”.

Por ende, con la nueva postura jurisprudencial, se desquicia el papel imparcial de los jueces al desbordar éstos su competencia de condenar mediando petición absolutoria de la Fiscalía, ya que a la postre, pasarán a asumir la acusación a motu proprio cuando a ella se ha declinado bajo el prurito de enmendar las falencias en las que haya podido incurrir aquel sujeto procesal. Tomarán para sí la teoría del caso de la

Fiscalía, desconociendo la autonomía y misión de esa institución y bien podría decirse que esa percepción auspiciaría una especie de máxima de la experiencia referida a que el juez, razona mejor que el fiscal.

Improcedencia de control judicial a la petición absolutoria

En nuestro concepto, también es erróneo inferir que el control judicial a la actuación de la Fiscalía al aplicar el principio de oportunidad, solicitar la preclusión, o en los eventos de terminación anticipada del proceso, da lugar a predicar que su petición de absolución en el alegato conclusivo se encuentra sujeta a ese examen, por vía de analogía juris, toda vez que, cuando se sigue el trámite ordinario: i) los jueces de control de garantías no pueden intervenir en la imputación, así estén convencidos de que la calificación jurídica que hace el fiscal “favorece injustamente” al implicado, ii) el juez de conocimiento no puede incidir en la acusación, así esté totalmente convencido de que el fiscal incurrió en errores -a la manera de la variación de la calificación jurídica descrita en el artículo 404, numeral 2º, de la Ley 600 de 2000-, con el fin de evitar “injusticias”, iii) el juez no puede sugerirle al fiscal que practique una prueba, ni decretarla de oficio, aunque tenga la persuasión de que sin la misma no se hará “justicia material” y iv) el juez no interviene en la práctica de la prueba, así considere que la gestión del fiscal es “tan mala” que no logrará esclarecer un delito grave. Por lo tanto, en esa secuencia, no podría condenar por hechos no incluidos en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, según lo prevé de manera literal el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Entonces, destacamos los suscritos, no puede afirmarse que la teleología del control judicial a otro tipo de actuaciones de la Fiscalía cuyo rasgo distintivo es la terminación anticipada de las diligencias, aplica extensivamente al despliegue de sus facultades exclusivas de parte. Esa generalización resulta inadecuada, porque implica trasladar las características de casos individuales a un conjunto mucho más amplio, regido por otras

reglas. Por eso, no es igual la legitimidad de las víctimas para interponer recursos en contra de las decisiones proferidas en aquellos eventos, por ejemplo la preclusión - momento en el que la acción penal se analiza desde la perspectiva de su procedencia-, a cuando, luego del juicio, esta ya se ha ejercido.

Tampoco sería apropiado decirse que la petición absolutoria elevada por el Fiscal obedece a la discrecionalidad o asimilarse a la renuncia en el ejercicio de la acción penal, por cuanto ello no está sujeto a su llana potestad, de tal forma que, una vez presentada la acusación, la determinación definitiva sobre la misma habrá de ser la preclusión o la sentencia -esta última ya bien sea condenatoria o absolutoria- teniendo como referente en ambos supuestos las pruebas agotadas en el juicio, haciendo tránsito a cosa juzgada. De ahí que, cotejando las inquietudes evocadas para proceder al cambio de postura por cuenta de la naturaleza de la decisión ulterior a aquella solicitud, estas se muestran anodinas no solo porque es indiscutible que aquella providencia constituye una sentencia, por decidir el objeto del proceso al tenor del artículo 161 de la Ley 906 de 2004 y estar integrada por los requisitos contemplados en el artículo 162 ibídem, sino, además, porque solventar estos cuestionamientos no se ofrece en nuestro parecer de entidad tal que ameritaran cambiar la jurisprudencia para dispersar el contenido de una garantía fundamental integrante del debido proceso.

Por lo tanto, es razonable predicar que el alegato de cierre de la Fiscalía no es una simple y llana postulación en atención a que el mismo consolida la acusación, petición que de ninguna manera puede calificarse libre de confección en tanto existen para el funcionario que la eleva controles endógenos (principio de legalidad, concatenado con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004) y exógenos (acciones disciplinaria y penal) que delimitan ese pronunciamiento, aunado a que el sistema jurídico prevé, de configurarse alguna de las causales legales, la posibilidad de acudir a la acción de revisión.

En este aspecto, resulta equívoco aludir a la “tesis de la desvinculación” para aseverar que la congruencia se agota en lo fáctico, toda vez que, aun en lo jurídico, la aplicación de esa teoría supone, como apenas lo menciona el proveído del que nos apartamos, plasmar una especie de “alerta” con respecto a las aristas de las cuales va a disentir la judicatura con relación a la pretensión de la Fiscalía, a fin de conjurar sorpresa e indefensión en el acusado. No obstante, no se indica en la decisión de qué manera cobraría vigencia dicho aviso más allá del impacto genérico que la nueva tesis tendrá en el principio de igualdad de armas, por cuenta de la posibilidad de que con indiferencia de lo pretendido por quien funge como acusador, el procesado de todas formas estará expuesto a que se emita sentencia condenatoria en su contra. En esa tónica, uno de los motivos que explicaron en su momento la reforma procesal, esto es despojar de potestades judiciales a la Fiscalía en sintonía con la intención connatural de los sistemas acusatorios de no concentrar el poder en un solo funcionario público para la configuración de un sistema de pesos y contrapesos encaminado a la protección del acusado -cuyas garantías también concurren a contrarrestarlo-, se ve vaciado de contenido.

Derechos de las víctimas

Ahora, otro de los argumentos enarbolados para el cambio de postura es el de velar por las facultades que en él tienen las víctimas. En ese contexto, es inconcusa la existencia de derechos a su favor, sin embargo, tales prerrogativas no implican avasallar otras garantías que integran el debido proceso y que conjugan principios por igual caros, en particular frente al inculpado, como el derecho a un juicio justo en sus formas, la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

En efecto, si bien a las víctimas de los delitos les asiste lo que se ha denominado el derecho a la tutela judicial efectiva, reflejado en herramientas ciertas para acudir a la administración de justicia en procura de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aquellos ocurrieron, lo que significa contar con una investigación pronta,

imparcial y exhaustiva tendiente a la identificación, juzgamiento y sanción de los responsables y, así mismo, a la reparación de los perjuicios que se les han irrogado mediante medidas que permitan en lo posible un regreso al estado en que se encontraban antes de la ejecución del injusto, no debe perderse de vista que tales presupuestos han de conciliarse con el sistema procesal a través del cual se concibe su ejercicio, siendo necesario recalcar que en la Ley 906 de 2004 las víctimas no son partes, ni comparten la titularidad de la acción penal conferida por la Constitución exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, lo que se manifiesta, entre otros, en que no son actores probatorios, en tanto esa responsabilidad se le confiere al sujeto procesal llamado a ello dentro de un plano de igualdad de armas en el desempeño de las labores de acusación, debiendo canalizar sus solicitudes en ese sentido por su conducto y hacer junto con él causa común.

Estas limitaciones encuentran su razón de ser en que el trámite penal es escenario natural de tensión entre sus prerrogativas, las garantías de los procesados y el interés público en la sanción del delito, pero estos derechos se restringen entre sí, no son absolutos, por lo que han de ceder en mayor o menor proporción acorde con la política criminal del Estado y el marco constitucional que la respalda, por tanto, no puede ser una máxima insoslayable que esa tensión tenga que resolverse a su favor, según lo asume la posición mayoritaria. En esa secuencia, la Fiscalía es la encargada de investigar adecuadamente los sucesos constitutivos de delitos y convocarlos a juicio de existir una probabilidad fehaciente de que quienes ha catalogado responsables van a ser objeto de un fallo condenatorio, por ende, dentro de esa lógica, se reitera, la víctima no es parte sino interviniente especial, con derechos que si bien pueden ser convergentes no surgen idénticos a los de la Fiscalía y en particular a la hora de participar en el proceso, distinción que no va en contravía ni afecta sus facultades, conforme lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-209 de 2007, al concluir:

“[...] los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se

encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención mediante los cuales la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

En consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.

1. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.

1. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional

concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.

1. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.

1. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

1. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “con fines únicos de información” contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

1. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación” (Resaltado fuera de texto).

Dichas restricciones, de igual modo, en el sistema de partes concebido por el legislador, aplican para el Ministerio Público de conformidad con lo expuesto en la sentencia C-144 de 2010 y en diversos pronunciamientos de la Sala (Cfr. CSJ SP, 05 Oct 2011, Rad. 30592).

Así las cosas, a nuestro modo de ver, es palmario que dentro de la lógica esencial del sistema penal acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, la petición absolutoria de la Fiscalía supedita al Juez a actuar en consonancia, de manera tal que la víctima ni ningún otro interviniente cuenta, en principio, con legitimidad o interés para impugnar la providencia que materialice aquel pedimento. Valga aclarar que ello no conduce a descartar hipótesis que podrían dar lugar a predicar la eventual transgresión de intereses constitucionales y que únicamente encontrarían alternativa de solución a través de la interposición de los recursos, por lo que ante situaciones relacionadas con la vulneración del debido proceso, sería viable apelar la sentencia proferida en esas condiciones y en circunstancias puntuales, por ejemplo, si se interpreta o se entiende por el juzgador que hubo petición de absolución de la Fiscalía cuando en realidad no haya sido así o que, definitivamente, no sea posible dilucidar si ello se dio, por mencionar algunos supuestos.³⁵

Estas eventualidades, en todo caso, deberían restringirse a velar por la vigencia de sus garantías y no a variar el sentido del fallo, toda vez que, en su posición de intervinientes, la arquitectura del modelo les confiere amplias facultades de participación pero estas no son incondicionales, categóricas ni omnímodas, pues han de ejercerse “de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales” del sistema consagrado en la Ley 906 de 2004, según lo anotó la Corte Constitucional que, como se vio, ha avalado que su participación en la fase del juicio sea a través de la Fiscalía excluyendo la posibilidad de que constituyan un actor adicional o residual en la función acusadora, lo que no es una restricción irrazonable de sus garantías al haber tenido la oportunidad de intervenir a lo largo de todo el trámite (Sentencia C-651 de 2011).

Además, valga acotar, esta postura no va en contravía de lo dispuesto en la sentencia C-047 de 2006 mediante la cual esa Colegiatura declaró admisible a la luz de la Carta Política la posibilidad de que las víctimas apelen el fallo absolutorio, ya que ello supone que la Fiscalía en su alegato final hubiese pedido la emisión de condena habilitándose así la interposición de la apelación y, de ser el caso, de la casación. Hipótesis que resulta vinculada con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, que si bien contempla la procedencia de recursos en contra del proveído absolutorio, en la sistemática del proceso, también implica la existencia previa de petición condenatoria de la Fiscalía, en concordancia con las facultades que se prevén en el artículo 11, literal g) de la misma obra y de acuerdo con el cual las víctimas tienen derecho a presentar recursos ante el juez de conocimiento, “cuando a ello hubiere lugar”. Entonces, se repite, no se incurre en una restricción irrazonable ni se hacen nugatorios sus derechos, acatándose el artículo 229 Superior.

Así, para las víctimas, el principio de la tutela judicial efectiva tendría que ajustarse a ese marco teórico, toda vez que en esa lógica sus pretensiones se conjugan en causa común con la Fiscalía sin que esto conlleve a que el proceder del ente estatal se encuentre subordinado a sus directrices, conforme lo ha aclarado la jurisprudencia, entre otros, al

señalar que no tienen un poder de veto sobre los preacuerdos sin perjuicio que deban tenerse en cuenta sus inquietudes (Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010, CSJ SP 13939-2014).

Perspectiva sistémica del procedimiento penal colombiano

Por último, no basta, en nuestra opinión, con la mención abstracta de que “razones de una pretendida coherencia sistemática” son insuficientes para concluir que la petición absolutoria realizada durante el alegato de cierre por la Fiscalía es vinculante, puesto que más allá de una propuesta dogmática, conceptual o académica, el objeto de la previsión normativa del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, además de desarrollar el principio acusatorio, es garantizar la imparcialidad del juez como componente esencial del sistema, lo cual no es asunto de menor calado, ya que la nueva postura mayoritaria apareja incertidumbres que resultan de mayor relevancia confrontadas con aquellas que la propiciaron. Por ejemplo, si la Fiscalía solicita absolución, estaría a cargo de los jueces infirmar la presunción de inocencia de vislumbrar estos funcionarios procedente la condena? Si en el delegado de la Fiscalía radica solo un poder de postulación, en aquel evento, le corresponde a los jueces asumir esa carga persuasiva? Cuál sería la diferencia, en ese escenario, entre el rol de la Fiscalía y de la judicatura?

En ese orden, la postura adoptada bien podría dar pie a que se admitan criterios judiciales con la capacidad de aniquilar otra serie de garantías superiores también custodiadas por el ordenamiento jurídico, como darle cabida a la prueba ilegal o ilícita o ignorar la prohibición de la reformatio in pejus, si de ello depende la consecución del valor justicia, anteponiéndose esa arbitrariedad, so pretexto de disímiles intereses, a la protección del individuo que es lo que se pretende con la congruencia.

Por ende, es inconcuso que pese al esfuerzo institucional en depurar la

consolidación del sistema acusatorio, la visión dada a este asunto, en nuestro concepto, se ofrece rezagada y anclada en la visión propia de modelos de investigación y juzgamiento inquisitivos. Lo anterior, porque al subrogar el juez el rol del Fiscal, de mediar petición absolutoria elevada por aquel, se pervierten y deforman los pilares esenciales de un sistema acusatorio aun cuando sea modulado, con tendencia a ese raigambre o “a la colombiana”, como se le quiera llamar, pues si se avala que quien acusa y juzga sea la misma persona, indubitadamente, se mantiene un ideario inquisitivo con todo lo que eso implica, quedando así lo acusatorio apenas en el plano formal, por cuenta de la existencia de este arquetipo mixto.

De paso, también quedan en entredicho expresiones tendientes a propender por niveles mínimos de coherencia, a la luz del modelo en cuestión, producto de la evolución jurisprudencial y que van más allá de razones teóricas, *verbi gratia*, las prohibiciones al juzgador para que ejerza en el proceso actos de parte o interviniente bien sea en uno u otro sentido, como lo sería el control material de la acusación, la iniciativa probatoria oficiosa, la participación activa en la práctica del interrogatorio a los testigos, realizar precisiones o correcciones a la imputación o intervenir libremente en preacuerdos y negociaciones.

De este modo, con la decisión de la que nos apartamos, el nuevo paradigma anejo a la reforma constitucional queda como una somera variación de las formas, obviándose que su propósito, más allá de mutar las ritualidades, se contrae a la transformación del concepto de administración de justicia de cara a ciertas necesidades de la sociedad identificadas en un momento histórico puntual y que en el Estado Social de Derecho, basado en la dignidad humana, superan la propuesta penal estrictamente vindicativa al replantearse el método de obtención de la verdad con múltiples modificaciones jurídicas relevantes, a nivel sustancial y procesal, en tanto el ejercicio de la acción penal constituye el máximo acto público de poder que puede desplegar el Estado. Esto incluye, a título de ejemplo, abandonar la concepción de privar de la libertad para

investigar, o sea, asimilar de una vez por todas que su restricción únicamente es excepcional durante el transcurso del trámite,³⁶ haciéndose, entonces, inaplazable sensibilizar a la sociedad y a los operadores jurídicos en su conjunto acerca de lo que significa realmente la implementación de un sistema acusatorio.

Aun con ello, no desconocen los suscritos que en nuestra tradición jurídica el principio de legalidad se encuentra arraigado como componente esencial de interpretación del ordenamiento normativo, que se trata de un legado social y jurídico que deviene en que el juez es actor relevante para procurar alcanzar “la vigencia de un orden justo”, según lo establece la Carta Política. Es decir, en nuestro medio no se le entiende un árbitro neutral, “boca de la ley”, al asumirse que es protagonista de la estricta aplicación del derecho, expresión de la voluntad general.

Tal razonamiento riñe con la discrecionalidad propia de los países en los que surgió y se aplica con mayor intensidad el modelo acusatorio, inmersos en una cultura pragmática que auspicia un utilitarismo donde no se censura sino que se fomenta, por ejemplo, las formas anticipadas de terminación del proceso y el decaimiento de la acción penal, aun a costa de la aplicación a ultranza de la ley, lo que explica las razones por las cuales los fiscales están adscritos a la rama ejecutiva del poder público, por qué a veces son elegidos popularmente y el sustrato de la responsabilidad proveniente de las decisiones que adoptan y que es política, no jurídica. Pero con todo, deberían superarse los obstáculos conceptuales que impiden edificar un sistema procesal compatible con los objetivos propuestos en la Ley 906 de 2004, verbi gratia, aplicándose con mayor vigor el principio de oportunidad³⁷ en lugar de darle un tratamiento exótico, casi experimental, y sobre todo adoptándose actitudes institucionales concatenadas con vocación de permanencia que pese a la volatilidad en entornos coyunturales, conforme lo evidencian las constantes y habituales reformas legales, permitan comprender el rol del ente acusador y su importancia funcional en la persecución y sanción del delito.

Todo ello, con el propósito de estructurar un sistema coordinado que haga posible la construcción de una política criminal coherente que conjure la desarticulación que, hasta ahora, han mostrado las autoridades convocadas a su implementación y ejecución.

Son estas razones, las que justifican nuestro salvamento de voto.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Fecha, ut supra.

1 Auto del 12 de diciembre de 2012.

2 Rad. 15843 del 13 de julio de 2006, Rad. 23243 del 14 de marzo de 2008, Rad. 28124 del 22 de mayo de 2008, Rad. 28961 del 29 de julio de 2008, Rad. 26099 del 27 de octubre de 2008 y Rad. 28912 del 29 de julio de 2010.

3 Estas prerrogativas habrían sido reconocidas por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37449 de 2011.

4 Esa misma expresión se utiliza, entre otras providencias, en las sentencias del 13 de julio de 2006, Rad. 15843; y del 27 de octubre de 2008, Rad. 26099, así como también en el auto del 11 de septiembre de 2013, Rad. 43837.

5 Idénticas consideraciones se reprodujeron en sendas sentencias proferidas en 2008: la del 13 de abril, Rad. 27413; la del 8 de octubre, Rad. 28361; y la del 27 de octubre, Rad. 26099. Así mismo, en la emitida el 3 de junio de 2009, Rad. 28649.

6 Rad. 27413.

7 Tales asertos se reiteraron en el fallo del 23 de julio de 2014, Rad. 36772.

8 “Respecto del papel que cumple la Fiscalía en los dos sistemas de procedimiento, el de la Ley 600 de 2000 y el acusatorio de la Ley 906 de 2004, esta Corporación también ha tenido oportunidad de señalar que el papel asignado a la Fiscalía General de la Nación difiere con amplitud: en la Ley 600 de 2000 la actividad probatoria debía cumplirla únicamente en la etapa de la investigación, porque en la causa estaba a cargo del juez, mientras que en la Ley 906 de 2004, el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448, según el cual “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”.

9 En la providencia del 7 de diciembre de 2012, Rad. 37596; se utilizó idéntico adjetivo.

10 Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518, y en el auto del 31 de marzo de 2008, Rad. 29335.

11 La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2).

12 Así se interpretó en la sentencia C-873 de 2003: “Para la Corte, el cargo formulado por el actor no se deduce de ningún modo del texto legal acusado, puesto que éste expresamente establece que la aplicación del principio de jerarquía al interior de la Fiscalía no puede efectuarse en forma tal que se afecte la autonomía de los Fiscales Delegados en la adopción de las decisiones judiciales que les competen.”.

13 Así lo advirtió en la sentencia C-591 de 2005: “Además, cabe recordar, que el

nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima,...”.

14 La reiteración de este razonamiento puede observarse, entre otras, en el auto del 27 de febrero de 2013, Rad. 40306.

15 Ya antes, en la sentencia C-873 de 2003, había afirmado: “La reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución pretende, así, instaurar un “nuevo sistema”, que abandone la tendencia mixta diseñada por el Constituyente de 1991, y adopte un perfil de tendencia acusatoria, sin que ello signifique haber adoptado un esquema acusatorio puro. (...).”

16 Art. 251 Const. Pol.: “Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: (...) 3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.”.

17 En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando...”.

18 Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”.

19 Art. 250-4 Const. Pol.: “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.”

20 Art. 448 C.P.P./2004: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación,...”.

21 Así lo reconocía expresamente el artículo 204 de la Ley 600 de 2000.

22 “Esta posición de subordinación exclusiva al hecho controvertido y absoluta libertad en cuanto a la calificación, tiene su asiento en el principio acusatorio.” (p. 154). “Como dejamos sentado en la parte introductoria de este análisis, el tributo al principio acusatorio obliga al Tribunal a respetar solamente el hecho imputado y tiene libertad para calificar por el delito que considere adecuado e imponer la pena que estime le corresponda. Esta libertad se deriva del carácter no disponible de la norma sustantiva penal, que hace que el Tribunal no deba depender preceptivamente del criterio de calificación del fiscal y tenga la libertad para apreciar la norma de derecho aplicable” (pp. 159-160). MENDOZA DÍAZ, Juan, “La correlación entre la acusación y la sentencia. Una visión americana”, en Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla.

23 Fallo de casación del 15 de octubre de 2004, Rad. 41253.

24 Artículo 162-4 C.P.P./2004.

25 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005

26 Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón..., pág. 564.

27 Ibídem, pág. 567.

28 Auto de 8 de noviembre de 2007, radicación 28648, citando a Montero Aroca, Juan, Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Tirant La Blanch, Valencia, 1999, pp. 186-188.

29 Ferrajoli, Derecho y razón..., pág. 580.

30 Ley 600 de 2000, artículos 232 y 234

31 Artículo 26 ibídem

32 Ley 906 de 2004, artículos 66, 322, 323

33 Artículos 371 y 381 ibídem

34 La Sala en fallo de 30 de marzo de 2006, radicado 24468, parafraseando apartes de la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional y retomando un pronunciamiento dictado en un asunto tramitado bajo la égida del Decreto 2700 de 1991, señaló que “no son legítimas las pretensiones de relegar al Juez al plano de un mero espectador, a quien no corresponde más que declarar la verdad que a bien tengan construir los intervinientes en desarrollo del proceso penal; pues, contrario a tal postura, el Juez debe luchar por alcanzar la verdad histórica objetiva, aquella desde la cual pueda realizarse la idea de justicia material, y no solamente la justicia formal”, planteamiento que, mutandis mutandi, es el enarbolado ahora por la mayoría de la

Corporación

35 Otro supuesto hipotético fue estudiado por la Corte Constitucional en sentencia T-439 del 4 de julio de 2014

36 Sobre el particular la Corte Constitucional señaló recientemente, en sentencia T-762 de 2015, que “[...] en los últimos años las reformas legislativas aprobadas en Colombia han tenido la tendencia a hacer más rigurosa y obligatoria la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad por parte de jueces y fiscales (detención preventiva) [...] en gran medida [por] los [...] fenómenos de populismo punitivo y reactividad a la opinión pública [...]. En efecto, los informes muestran que en Colombia las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, se están convirtiendo en condenas anticipadas para las personas que se enfrentan a un proceso penal, pero que son encarceladas, sin ser aún derrotadas en juicio [...]”.

37 De acuerdo con la Comisión Asesora de Política Criminal, en el periodo comprendido entre 2005 y 2010, de aproximadamente 2.8 millones de noticias criminales solo el 0,2% culminó por esa vía (Informe final junio de 2012, pag. 43, consultado en https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf)