

LA CONGRUENCIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Apartes de la sentencia

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).

V I S T O S

Se profiere fallo de casación en el proceso seguido contra (...) 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. [...]

C O N S I D E R A C I O N E S

La Sala determinará si la sentencia condenatoria proferida en contra de HJ, 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 ibidem, 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,

* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

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*"¹, 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 *ibidem* 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.²

¹ 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.

² El orden de los pies de página no coincide con los de las providencias originales porque se transcriben apartes de las decisiones objeto del comentario. Nota del Editor.

² 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.

Luego, en decisión del 22 de mayo de 2008, radicado 28124, que retomó los fundamentos de una del 13 de abril de esa misma anualidad³, 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.*⁴

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...*”⁵

³ Rad. 27413.

⁴ Tales asertos se reiteraron en el fallo del 23 de julio de 2014, Rad. 36772.

⁵ “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

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”⁶ 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.

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”.

⁶ En la providencia del 7 de diciembre de 2012, Rad. 37596; se utilizó idéntico adjetivo.

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 las resultas 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 posteriores⁷. 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

⁷ Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518, y en el auto del 31 de marzo de 2008, Rad. 29335.

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?

2. 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 4° 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. 1° 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 fundamentales⁸ 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, intermediación, contradicción y concentración.

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

⁸ La Fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3°, y 2).

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 judiciales⁹.

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 intervinientes¹⁰.

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).

⁹ 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”.

¹⁰ 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”.

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.¹¹

Por su parte, el Tribunal Constitucional lo aseveró con claridad desde la sentencia C-591 de 2005¹², 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 2° 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 renunciante 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.

¹¹ La reiteración de este razonamiento puede observarse, entre otras, en el auto del 27 de febrero de 2013, Rad. 40306.

¹² 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. (...)”

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 acusador¹³; (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 judicial¹⁴ pasó a ser la pretensión de la Fiscalía¹⁵; y, por último, (iv) se afianzó su carácter como presupuesto del inicio del juicio oral¹⁶ y la inmutabilidad del sustrato fáctico como garantía de congruencia¹⁷.

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 (bis). 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).

¹³ 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”.

¹⁴ 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...”.

¹⁵ Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”.

¹⁶ 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 intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

¹⁷ Art. 448 C.P.P./2004: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación...”.

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 *ibidem*.

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 aquella: 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 3°, y 177, numeral 1°, *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 aquéllos¹⁸. 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

¹⁸ Así lo reconocía expresamente el artículo 204 de la Ley 600 de 2000.

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 jurídica¹⁹. 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,

¹⁹ “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.

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.²⁰

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

²⁰ Fallo de casación del 15 de octubre de 2004, Rad. 41253.

excepcionalísima discrecionalidad y la decisión judicial como prerrequisito 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 oral²¹. 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 los 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

²¹ Artículo 162-4 C.P.P./2004.

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 HJ 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 profiriera 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 HJ 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.

Comentario

Con la implantación del sistema acusatorio mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, Colombia dio el paso hacia un sistema de juzgamiento totalmente distinto

al anterior que era el propio de un modelo mixto con elementos sustancialmente diferentes en la forma de investigar y juzgar los comportamientos considerados como ilícitos. Ese nuevo patrón de juzgamiento exige que todas las instituciones procesales se analicen dentro de esta sistemática y, precisamente, una de ellas es la congruencia, la cual tiene particularidades que la diferencian tanto en el marco de la Ley 600 de 2000 como en el de la Ley 906 de 2004.

El primer problema radica en entender que los sistemas acusatorio y mixto tienen reglas que los distinguen y exigen que el análisis sea diverso, so pena de llegar a soluciones equivocadas y, por lo mismo, injustas. El sistema acusatorio, como su nombre lo indica, se rige por el principio acusatorio que conlleva tres postulados fundamentales: las funciones de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos; no puede existir juzgamiento sin que exista acusación; y, añádase, el juez no se puede inmiscuir, de forma alguna, en el marco de la acusación. La Sala de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia, sentencia 26087, 2007), al explicar la figura de la congruencia, ha señalado:

Entendido por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y este principio, además, se proyecta en varios sentidos: 1. Existencia necesaria de una acusación. 2. Congruencia entre acusación y sentencia. 3. Prohibición de la reforma en perjuicio. Por virtud del primero de ellos ha de entenderse la imposibilidad absoluta de iniciar un juicio oral sin contar con previa acusación, lo que implica también la obligación inexorable de comunicarla al acusado. Tratándose del segundo, debe comprenderse grosso modo que a través de la sentencia no se puede condenar por hechos (incongruencia objetiva) ni respecto de sujetos (incongruencia subjetiva) diversos a los expresamente señalados a través de la respectiva acusación. Por el tercero, también en sentido lato, que la segunda instancia no puede agravar la situación del condenado cuando éste funge como apelante único.

Pero a pesar de quedar claro en esta decisión que el juez no se puede inmiscuir en el marco de la acusación también era diáfano que, si se revisan decisiones de la Sala de Casación Penal proferidas al amparo de la Ley 906 de 2004, se puede observar con claridad que algunas se profieren dentro de un marco típicamente acusatorio en tanto que otras se emiten dentro de la óptica propia de un sistema de naturaleza mixta. Esto ocurre porque no existe claridad sobre la diferencia entre la congruencia propia de un sistema mixto y la de uno acusatorio; los modelos mixtos, obsérvese, se regulan bajo la égida del principio *iura novit curia* según el cual al juez se le dan los hechos y el determina el derecho.

Lo que en palabras de Calamandrei (1996, p. 172), no es solamente una regla de derecho procesal para significar que el juez debe encontrar de oficio la norma aplicable, es decir, del postulado en mención se desprende que al juez se le suministran los hechos y él determina el derecho aplicable lo cual, como se verá más adelante, juega un papel fundamental en punto del entendimiento del principio de congruencia y del rol que, frente al mismo, cumple el administrador de justi-

cia. El aforismo citado, enseña Sentis Melendo, tiene otras formas en las que suele aparecer:

(...) cuando en lugar de la forma corriente que constituye título del trabajo, se dice *Curia novit leges*, esto es, el juez conoce las leyes, con el plural *leges*, sustituido a *iura*, se ve bien claramente que *iura* no podía tener otro significado que el de *normas*. Lo mismo cuando se expresa que *Curia nosse leges praesumitur*, es decir "se presume que la curia conoce las leyes; o bien que "*Princeps omnia iura in scrinio pectoris habere praesumitur* (se presume que el Príncipe tiene en su escritorio todas las normas). De todas ellas se desprende que bajo la égida de este aforismo, el juez es el encargado de determinar cuál es el derecho aplicable a unos hechos, lo que permite entender que en este tipo de sistemas, el juez puede establecer cuál es la solución jurídica del caso (Sentis, 1957, p.p. 32-33).

Este principio llevado al sistema procesal penal se concreta en que, si bien la labor del fiscal será la de presentar la acusación, en aras de dictar una sentencia el juez podrá pasar por encima de la denominación jurídica que el representante del ente acusador dé a los hechos, aplicando la norma que en su concepto sea la correcta. Es por ello que, incluso bajo la sistemática de la Ley 600 de 2000, el artículo 404 establece:

Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ello implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica se dará aplicación al numeral primero de este artículo. Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación.

Esta norma es propia de sistemas que le asignan determinadas facultades al juez como sucede en los procesos de naturaleza mixta, pero ello no es posible dentro de un proceso acusatorio que es el hoy vigente (Acto Legislativo 03, 2002), porque en ese marco el juez debe dictar sentencia acorde con el mismo. Es más, no se puede perder de vista que en el contexto del sistema acusatorio el principio *iura novit curia* no tiene ningún marco de aplicabilidad porque al modelo lo irradian los principios acusatorio y adversarial; el primero, que predica la división de funciones entre acusación y juzgamiento las cuales recaen, respectivamente, en el fiscal y en el juez, sin que este último pueda inmiscuirse en aquella, ni pueda señalarle de forma alguna cómo debe realizarse la acusación por parte del órgano persecutor y, el segundo, acorde con el cual el fiscal y el defensor se constituyen en dos adversarios que presentan dos teorías distintas frente a un tercero imparcial –el juez– quien debe definir, después de haber sido debatidas en juicio, cuál de ellas es más creíble y, a partir de allí, determinar si existe o no responsabilidad penal en el caso concreto.

Esa confusión se observaba cuando la Sala de Casación Penal al ocuparse del instituto de la congruencia, emitía decisiones indiferenciadas al tenor de una sistemática acusatoria o mixta sin explicar las razones de ese cambio. A manera de

ejemplo, obsérvese como ese organismo incurre en contradicciones, pues, por una parte, adopta criterios sostenidos con respecto a la congruencia en la Ley 600 de 2000, de acuerdo con los cuales el juez queda vinculado nada más que por el núcleo central de la imputación fáctica formulada por el fiscal, por suerte que puede ‘degradar’ la responsabilidad, lo que es tanto como afirmar que puede *iura novit curia* cambiar la calificación del fiscal (Corte Suprema de Justicia, radicado 25862, 2007); y, por la otra, afirma que el juez puede mutar la calificación siendo leal e imparcial.

Frente a este tópico, obsérvese que si el juez puede cambiar la calificación jurídica actúa acorde a facultades que se derivan de un principio *iura novit curia* pero, además, es claro que desconoce los dictados de la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, sentencia C-025, 2010) según los cuales el principio de congruencia –que rige la relación existente entre la acusación y la sentencia– configura un elemento central de un sistema penal acusatorio caracterizado por la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla. Por último, surge una pregunta: ¿puede un juez ser imparcial y objetivo cuando cambia la calificación jurídica? La respuesta a la misma cuestión es negativa, en la medida en que si el juez decide cambiar la calificación cumple funciones propias del ente acusador con lo cual, necesariamente, rompe el principio acorde con el cual debe existir la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento.

Por el contrario, en otras ocasiones la Corte tiende hacia los principios acusatorio y adversarial para fijar una posición respecto de la congruencia, observando que vincula tanto los hechos como los argumentos y las citas normativas (Corte Suprema de Justicia, radicado 26309, 2007); y señala que los hechos y su tipificación se fijan en la acusación y que, en el evento de fracasar el fiscal en su demostración, el juez debe absolver. Incluso, en otra decisión la corporación analizó el principio de congruencia a partir de criterios que apuntan hacia el esquema acusatorio y adversarial; allí sostuvo que se viola dicho axioma cuando se condena por delitos no previstos en la acusación, no imputados o por delitos agravados cuando las circunstancias de mayor punibilidad no fueron estimadas en la acusación y, adicionalmente, señaló que si el fiscal no demuestra su propuesta en el juicio no le queda nada distinto al juez que absolver (Corte Suprema de Justicia, radicado 25913, 2008).

A su vez, en otra decisión esa misma corporación indicó que la congruencia en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 se unifica y homologa, a partir de la llamada ‘congruencia fáctica’. A tales efectos, señaló:

1. Así las cosas, independientemente de que en la definición de situación jurídica se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado, es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primero un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, estos es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones.

Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir.

2. No obstante los reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia en los cuales se ha dejado claro que el instituto de la congruencia se da es entre los contenidos de la resolución de acusación, su variación y los que se deriven en la sentencia, bien puede afirmarse de manera matizada que entre los actos de indagatoria y el de la calificación con llamamiento a juicio, se presenta una especie de relativa correspondencia de referentes, en los que la inicial imputación jurídica provisional puesta de presente en las diligencias de injurada podrá variar o modificarse para adecuarse de manera inequívoca al correspondiente tipo penal que recoja la materialidad acaecida, pero en lo que si no se puede llegar a sorprender al indagado es con atribución de facticidades recogidas normativamente y sobre las que nunca fue interrogado.

Las anteriores ejemplificaciones, verifican que la relativa congruencia o correspondencia de referentes que debe darse entre la indagatoria y la resolución de acusación, en todos los casos, es decir tanto para los eventos de la Ley 600 de 2000, como para los de la Ley 906 de 2004, giran alrededor de la imputación fáctica que se haga al indagado o imputado, quien tiene derecho a conocer, a que le coloquen de presente, cuál es la materialidad de acción que se le atribuye y a qué título, para a partir de la misma proyectar sus ejercicios de defensa material y técnica (...)” (Corte Suprema de Justicia, radicado 30290, 2008).

Luego, en la providencia transcrita y que origina este comentario, ese organismo deja ver la confusión observada en esta materia al determinar que, en los procesos surtidos dentro del modelo acusatorio, el juez puede dictar sentencia condenatoria pese a que la Fiscalía hubiese pedido absolucón; incluso, afirma que ello se deriva de las facultades inherentes al principio *iura novit curia*, para romper totalmente la estructura de una sistemática acusatoria (Corte Suprema de Justicia, 2016, SP6808-2016, radicado 43837). Obsérvense los apartes pertinentes de la decisión en comento que ya están transcritos más arriba:

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolucón elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulacón 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 valoracón de las pruebas aducidas en el juicio oral. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisón judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelacón por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la correccón del fallo a partir de los puntos de impugnacón que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolucón pueda agravar la situacón del apelante único.

Para llegar a esta conclusón, entre otros argumentos, señala esa corporacón:

Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica. 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*).

Desde luego, aceptar que existen facultades *iura novit curia* dentro del diseño de un proceso de corte acusatorio conlleva ignorar que existen diferencias con uno de naturaleza mixta y, más aún, cuando se señala que el juez no se puede constituir en un simple refrendador de la voluntad del fiscal. Además, afirmar que el acto de la Fiscalía a través del cual solicita la absolución es de postulación y puede ser aceptado o no por el juez implica, necesariamente, que éste se puede inmiscuir en la acusación olvidando que si el fiscal como titular de la acción penal señala que no tiene como pedir condena y pide absolución, ello equivale a un retiro de cargos y sin ellos el juez no puede dictar una sentencia de carácter condenatorio.

Pilar fundamental del sistema implantado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 es, precisamente, que las funciones de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos porque sin acusación el juez no puede dictar sentencia y que, por supuesto, este no se puede inmiscuir de ninguna manera en el marco de la acusación; es por ello que si el fiscal pide la absolución, bien sea por la vía de la absolución perentoria cuando determine que los hechos en que se fundamentó la absolución resultan ostensiblemente atípicos, o, al presentar su alegato final, al juez no le queda camino distinto que el de absolver.

Consecuencia natural de ello, además, será que tanto el Ministerio Público como el apoderado de víctimas quedan inhabilitados para apelar esta decisión, porque no se puede olvidar el tenor literal del artículo 448 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que 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, siendo claro que esa solicitud es la que realiza el fiscal y, si la misma no existe, el juez no puede aducir que en aras de realizar un acto de justicia material puede dictar una sentencia condenatoria.

No obstante, dicha tesis es ratificada en providencia posterior cuya posición no es pacífica dado que –igual sucedió en la decisión anterior– se presentaron cuatro salvamentos de voto (Corte Suprema de Justicia, SP-10585-2016 radicado 41905); por ello, reitera los argumentos expuestos en la providencia con ponencia del magistrado Malo Fernández ya citada y transcritos y se concluye:

En ese orden, habida cuenta del cambio jurisprudencial como se viene de exponer, cuyo aspecto medular se cifra en que la solicitud de absolución que eventualmente formule el delegado del ente acusador en el alegato final, no es vinculante para el juez de conocimiento, quien en todo caso, habrá de proferir la respectiva sentencia con fundamento en la estimación de las pruebas practicadas en el juicio oral, cuyo referente para efectos de la congruencia es el acto complejo de la acusación, valga decir, escrito y formulación oral; se concluye que frente al caso particular no se vulneró tal postulado.

Frente a este razonamiento se puede afirmar que es desafortunado importar la institución del retiro de la acusación solo porque provenga de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias, ello implica olvidar que no se trata solo de traer construcciones propias de otras legislaciones procesales de corte acusatorio sino que, en sistemas como el adoptado a través del Acto Legislativo 03 de 2002,

el marco de la acusación es del resorte exclusivo del fiscal por lo cual el juez se puede inmiscuir en el mismo y, naturalmente, si en desarrollo del proceso el ente acusador estima que no tiene como pedir una sentencia condenatoria, por lealtad procesal debe retirar los cargos y, sin ellos, el juez no puede condenar.

Es cierto que la Fiscalía puede dar aplicación al principio de oportunidad por vía de la interrupción, la suspensión o la renuncia al ejercicio de la acción penal, atendidas razones de política criminal, y ello ocurre a pesar de tener elementos suficientes para poder demostrar que la persona es penalmente responsable; con más veras lo es que la Fiscalía debe retirar los cargos cuando, acorde con su leal saber y entender, concluye que no puede obtener sentencia condenatoria y, por ello, es su obligación pedir la absolución. Además, no se puede olvidar que la Fiscalía se rige por el principio de objetividad consagrado en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, en cuya virtud se debe observar el deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable y la obligación de retirar los cargos si el fiscal no tiene como obtener una sentencia condenatoria.

Es más, si bien los mecanismos de terminación anticipada del proceso están sometidos a control por parte del juez también lo es que el principio acusatorio se entronca sobre el postulado según el cual las funciones de acusación y juzgamiento corresponden a actores distintos, sin que el juez pueda inmiscuirse en el marco de la acusación y, en consecuencia, si el fiscal retira los cargos al juez no le queda camino distinto que absolver. Por ello, de una parte, la garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias existe siempre y cuando la Fiscalía haya pedido condena, porque si el ente acusador pide absolución allí debe terminar el proceso penal; pero es que, además, en este caso ni la víctima ni el Ministerio Público tienen facultad alguna para impugnar la sentencia proferida por el juez, en la medida en que la misma fue producto de un proceso en el cual se retira la acusación. A más abundamiento, recuérdese que la sentencia debe ser consecuencia de un debate en el cual debe haberse probado o no la teoría del caso de la fiscalía y la realidad es que los intervinientes especiales no formulan teoría de ninguna naturaleza por lo cual, en el sentido anotado, se debe acoger de manera integral el argumento expuesto en salvamento de voto suscrito por el magistrado Fernández Carlier cuando señala:

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 care-

cen 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 esta 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.

Por otra parte, no es cierto que el principio de la doble instancia se desnaturalice 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, pues la doble instancia debe seguir existiendo pero en la medida que la Fiscalía hubiese solicitado condena y el juez decida proferir sentencia absolutoria; por ello, no puede hablarse de doble instancia frente a una sentencia que no es susceptible de apelación porque ella es producto de un proceso en el cual el ente acusador, acorde con su leal saber y entender, se itera, determinó que debía retirar los cargos.

En cualquier caso, la providencia objeto de este comentario ha suscitado un gran debate sobre el asunto tanto en la práctica judicial como en la misma jurisprudencia, como lo demuestra el hecho de que las posturas al respecto se mantengan, aunque a veces con algunas variantes (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP1003-2017, radicado 45464). En fin, a manera de colofón, puede decirse lo siguiente: pese a que el sistema acusatorio lleva más de trece años de implantación, queda la sensación de que todavía se administra justicia con una mentalidad propia de un proceso de naturaleza mixta con tendencia a lo inquisitivo lo cual genera decisiones en contravía del mandato constitucional y que, por lo mismo, en algunos casos, son inconstitucionales así se alegue para proferirlas razones de justicia material, lo cual genera –por el contrario– decisiones manifiestamente injustas.

Referencias

Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol. III. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro S. A.

Sentencia 26087 (2007, febrero 28). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Marina Pulido de Barón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 25862 (2007, marzo 21). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 26309 (2007, abril 25). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 25933 (2008, mayo 15). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 30290 (2009, diciembre 2). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Yesid Ramírez Bastidas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 43837 (SP 8808-2016, mayo 25). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 41905 (SP10585-2016, agosto 3). Recurso extraordinario de casación. M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia 45464 (SP1003-2017, febrero 1). Recurso extraordinario de casación. M. P.: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Sentencia C-025 (2010, enero 27). Acción de constitucionalidad. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentis, S. (1957). *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa- América, EJEA.