

Solicitud de absolución del ente acusador frente al principio de congruencia

OSCAR LEÓN SERRANO FRANCO



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO

BOGOTÁ

2019

Solicitud de absolución del ente acusador frente al principio de congruencia

OSCAR LEÓN SERRANO FRANCO

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister derecho con
Énfasis en Penal y Criminología**

PhD VÍCTOR MANUEL CÁCERES TOVAR

Director



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Posgrados

Bogotá

2019

Dedico esta tesis con todo mi amor a mi esposa Martha Lucía Díaz Otálora, por su sacrificio y apoyo para forjar nuestro futuro, aunque hemos pasado tiempos difíciles siempre ha estado brindándome su comprensión, cariño y amor.

A mi amado hijo José Manuel por ser mi fuente de motivación e inspiración para poder superarme cada día más y tener un futuro mejor.

Tabla de contenido

Resumen.....	15
Abstract	16
Keywords:	16
Introducción	17
1 Capítulo.....	30
1.1 Sistemas procesales penales con tendencia inquisitiva	38
1.2 Sistemas procesales penales con tendencia acusatoria	43
1.3 Sistemas procesales con tendencia acusatoria en Colombia.....	50
1.4 Constitución Política de Colombia de 1991	54
1.5 Reforma constitucional del año 2002.....	61
2 Capítulo.....	65
2.1 De la oportunidad.....	68
2.2 De los allanamientos, preacuerdos y negociaciones	73
2.3 De la acusación en el sistema acusatorio	83
2.4 De la congruencia en el sistema acusatorio.....	87
2.5 Solicitud absolución por el ente acusador	96
3 Capítulo.....	110
3.1 Titularidad de la acción penal	112

Solicitud absolución acusador frente principio congruencia	14
3.2 Separación de funciones de acusador y juzgador	117
3.3 De la solicitud de absolución del Fiscal como parte del principio de congruencia	121
3.4 Violación al principio de congruencia.....	129
3.5 Conclusiones y Recomendaciones.....	139
Lista de Referencia o Bibliografía.....	149

Resumen

Según la Corte Constitucional (C.C.) “con la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (citada en legal.legis.com.co s.f.), el cual fue desarrollado por la Ley 906 de 2004. Por tanto, so pena de violar el “derecho fundamental al debido proceso [previsto en el] artículo 29 de la Constitución” (Burbano, s.f. pp. 1-2) sus principios, como la acusación, imparcialidad del juez, igualdad de armas y congruencia, entre otros, y fundamentos deben interpretarse a la luz de esta institución abandonando la filosofía del sistema inquisitivo.

Palabras claves: Principio de Congruencia, Autonomía Judicial, Debido Proceso, Principio de Legalidad, Acusación, Sentencia.

Abstract

The Legislative Act No. 03 of 2002, introduced in Colombia the bases for the implementation of the accusatory criminal system which was developed by Law 906 of 2004, therefore, under penalty of violating the fundamental right to due process provided in Article 29 of the Political Constitution, its principles, such as the accusation, the impartiality of the judge, equality of arms and congruence, among others, and fundamentals must be interpreted in light of this institution, abandoning the philosophy of the inquisitorial system.

Keywords: Principle of Congruence, Judicial Autonomy, Due Process, Principle of Legality, Accusation, Judgment.

Introducción

Como lo titulara Caracol Radio (2004), “A partir de las 0 horas de esta noche, empieza a regir el nuevo sistema penal acusatorio”. Esa era la expectativa del país a finales del año 2004. Se anunciaba a la opinión pública la entrada en vigencia de “un nuevo sistema procesal penal en Colombia” (Perdomo, 2005, párr. 1), con el que se pretendía como lo sostiene Rodríguez (2015) “Instituir una clara distinción funcional entre organismos de investigación, acusación y los propiamente de juzgamiento” (p. 19).

No obstante, esa expectativa se quedó en un anhelo. Es que, sin que hubiese entrado a regir en todo el territorio nacional ese nuevo sistema, pues llevando menos de dos años de vigencia en unos pocos distritos judiciales, se promulgaron las Leyes 1098 y 1121 de 2006, que prohibieron cualquier beneficio administrativo o judicial en la llamada “justicia premial” (Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala C.P., SP8666-2017, p. 18, 2017), pilar fundamental del sistema acusatorio. Es decir, se comenzó a desvertebrar el sistema procesal penal acusatorio.

Meses después se expidieron las leyes 1142 de 2007, 1453 y 1474 de 2011, que continuaron con la misma política criminal de ampliar la lista de delitos en los cuales no proceden subrogados penales. Esas prohibiciones necesariamente impactaron e impactan negativamente en los principios y efectividad del sistema penal acusatorio. Política que continuó con la promulgación de las leyes 1761 ley que tipifica el feminicidio o ley “Rosa Elvira Cely” y 1773 conocida como ley “Natalia Ponce”.

Pero, esa política criminal encaminada a desmoronar “los principios del sistema penal acusatorio” (Hernández, 2012, p. 159) desbordó al legislador. Esta política se ha ido incrementando a través de la jurisprudencia. En efecto, la C.S.J. Sala C.P., cuando ha tenido que pronunciarse en relación con temas esenciales de la estructura propia de este sistema así lo ha sentenciado. A manera de ejemplo, se tienen los pronunciamientos emitidos con relación a la “Prohibición de [decretar] pruebas de oficio” (L. 906, art. 361, 2004). Igualmente ha sucedido en relación con los allanamientos, preacuerdos o negociaciones, en los cuales ha abandonado las bases fundamentales del proceso acusatorio interpretando sus instituciones a la luz del sistema inquisitivo.

Ello es así porque, a escasos dos años de vigencia de este sistema, pese a que el código adjetivo penal dispone que “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio” (Código Procedimiento Penal [C.P.P.], art. 361, 2004) la C.S.J. Sala C.P. (2006), en la sentencia 24468 concluyó que “por motivos de índole constitucional (...) excepcionalmente, puede decretar una prueba de oficio” (citada por Villanueva, 2006, párr. 1).

Con esta postura de la Corte se estaba autorizando al juez a inclinar la balanza de la justicia incluso antes de iniciar el debate probatorio, concretamente en la audiencia preparatoria, ya que es en ese acto procesal donde se ordena la práctica de pruebas. Con esta postura dejaba entrever la vulneración al “(...) modelo acusatorio [que] se basa en un sistema en el cual se reconocen iguales oportunidades y similares potestades a las partes en el proceso. Es lo que se conoce como igualdad de armas” (Bernal y Montealegre, 2004, p. 126). Esta interpretación fue corregida por la C.C. (2007) en la sentencia C-396/07, así:

A pesar de la aparente fuerza del argumento, la Sala no lo comparte por dos motivos: El primero, porque no se trata de avalar el abandono de la búsqueda de la verdad, se trata de acercar el proceso penal a las garantías de la democracia constitucional y en este sentido entender el concepto de verdad. El segundo, porque es evidente que el decreto oficioso de pruebas, que parte de vacíos probatorios que pretende llenar el juez, desequilibra la posición en que se encuentran las partes y la igualdad de instrumentos procesales que están diseñados en el proceso penal para garantizar la eficacia de los derechos y libertades de los intervinientes en el proceso penal (citada por Villanueva, 2007, párr. 25).

Más reciente, la C.S.J. Sala de C.P. volviendo a la interpretación sentada en el año 2005, exige que, sin que así lo disponga la ley procesal penal, que el allanado, para tener derecho a una rebaja de pena, “reintegre por lo menos el 50% del equivalente al incremento y asegure el recaudo del remanente” (Derecho Temático, 2009, párr. 7.12.1), al sostener que:

En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que

(...) la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el

recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación (C.S.J. Sala de C.P., SP14496-2017, p. 127, 2017).

Con esta interpretación de la Corte lo que hace es hacer inoperante algunas instituciones del proceso penal acusatorio al imponer de manera analógica una carga adicional a los imputados para acogerse a la “justicia premial” (C.S.J. Sala C.P., SP8666-2017, p. 18, 2017). Esto, porque exige en el allanamiento a cargos el cumplimiento de lo previsto para los preacuerdos siendo que se trata de dos instituciones jurídicas diferentes. En efecto, “El allanamiento a cargos es una decisión unilateral del procesado, ante la imputación formulada por la fiscalía” (C.S.J. Sala de C.P., 37951-2013, p. 15, 2013). Mientras que en las negociaciones “podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo” (C.P.P., art. 350, 2012).

Todo ello, lleva a recordar la crítica que en la doctrina se hicieron a escasos cuatro años de estar vigente ese nuevo sistema en materia penal a las reformas legislativas y posiciones jurisprudenciales, así:

En efecto, cuando se invocan la guarda debida a la infancia, la preservación del estado de derecho, la seguridad de la comunidad y la necesidad de controlar la increíble y desbocada perversidad de cierta clase de delincuentes, el cambio radical se produce con facilidad, y la opinión, el legislador y la judicatura, así se

esté dentro de un proceso penal acusatorio, se inclinan por diezmar la libertad del inculpado o acusado (Gómez, 2009, p. 45).

Como lo diría Gómez (2009), invocando la protección de la infancia, la seguridad de la sociedad y controlar la delincuencia, el cambio radical se produce con facilidad, y la opinión, el legislador y la judicatura, así se esté dentro de un proceso penal acusatorio para diezmar las instituciones y principios propios del sistema penal acusatorio operan fácilmente.

Y, ahora surge la incógnita de si se viola el debido proceso acusatorio con la expedición de la sentencia SP6808-2016 Radicado 43837, emanada de la C.S.J. Sala C.P. al concluir:

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 oral (C.S.J. Sala de C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016).

Precisamente lo concluido en esta sentencia es lo que enmarca esta investigación en la línea del “Derecho Penal e Implementación del Sistema Penal Acusatorio” (Universidad la Gran Colombia, s.f.). Toda vez que, la conclusión a la que se llegue de si a pesar de la solicitud de absolución en los alegatos finales del ente acusador frente al “principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio” (C.C., C-025/10, p. 30, 2010) cuando el juez condena,

es violatorio o no “al procedimiento penal colombiano (...) [implementado con] la expedición del Acto Legislativo No. 03 de 2002, y del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004” (C.S.J. Sala de C.P., 24468-2006, pp. 22-23, 2006).

Esto, porque el principio de congruencia debe entenderse no solo en relación con la “conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia” (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, p. 11, 2007) sino que, conforme lo manda la ley, “El acusado no podrá ser declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906 art. 448, 2004) por el ente acusador. Entonces, cuando se contraría este principio se debe acudir al texto mismo de la norma que lo regula como se venía interpretando en el marco de “las plurales decisiones que se destacaron (...) [que giraron] alrededor de la interpretación del artículo 448 (...) en el contexto de un modelo procesal acusatorio” (C.S.J. Sala de C.P., SP6808-2016, p. 19, 2016).

Por esa razón, la presente investigación se realizó por el interés de sentar las bases que den seguridad jurídica a las personas encausadas criminalmente y a quienes en los alegatos de conclusión el ente acusador solicita la absolución por considerar que no cumplió con su promesa de la teoría del caso y que con base en esa petición a su favor la única alternativa del juez de conocimiento es absolver.

Por tanto, además de lo anterior, este trabajo, pretende ofrecer elementos al acusado e intervinientes para demostrar que, según Seguí (2010) “la ausencia de estos requisitos [los del

principio de congruencia] nulifica el acto imputativo, permitiendo su descalificación jurisdiccional” (citado por Moreno, 2015, p. 159).

Asimismo, al realizar la indagación desde los diferentes métodos de interpretación jurídica, tiene un interés académico y que sirva como herramienta a la comunidad jurídica para incentivar la interpretación del “nuevo sistema procesal penal” (Perdomo, 2005, párr. 1) desde la óptica acusatoria, dejando de lado la filosofía del sistema inquisitivo que unificaba las funciones de acusador y juez y le imponía al juzgador la obligación de la búsqueda de la verdad, tal y como, lo pretendió el constituyente derivado cuando aprobó y promulgó la enmienda constitucional de 2002 (Acto Legislativo [A.L.] No. 03 de 2002).

Por ello, y acogiendo las conclusiones de la escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en el sentido que deberá ser la Corte Constitucional “la que debe pronunciarse porque los Magistrados de la Corte Suprema con sus innumerables salvamentos de voto, inquietudes y aclaraciones no han logrado cambiar los fallos obedientes de la Corte Suprema que se limitan ahora a seguir la doctrina constitucional” (Goebertus y Maya, (2011), p. 194).

Desde el ámbito profesional el interés surge a raíz del precedente sentado por la C.S.J. Sala C.P., en el sentido de que “Se varía entonces la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución de la Fiscalía durante las alegaciones finales, es un acto de postulación que (...) puede ser acogida o desechada por el juez del conocimiento” (citado por Fernández, 2016a, párr. 9).

Esta es una “investigación básica jurídica, porque el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica” (Daza, 2011, p. 18). El método utilizado es el cualitativo que “tiene como objetivo principal la descripción de las cualidades de un fenómeno, es decir, va más allá de la enumeración de características o factores asociados al fenómeno” (Clavijo, Guerra y Yañez, 2014, p. 29).

Por tanto, en esta investigación se analizarán “los principios orientadores del modelo de juzgamiento acusatorio con la fisonomía y características que ha recogido la Ley 906 de 2.004” (C.C., C-025/10, p. 24, 2010), y las diferentes sentencias emitidas en sede de casación y que se refirieron en concreto a la aplicación de este principio al igual como la doctrina.

La jurisprudencia especialmente analizada es aquella en la cual la Corte en “aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución (...) [entendió] tal actitud como un verdadero retiro de los cargos” (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, p. 22, 2006), porque, “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 19, 2016).

Por ende, el objetivo general de este trabajo es el de determinar si el juez, cuando condena “por delitos por los cuales no se ha solicitado condena [por el ente acusador]” (L. 906, art. 448, 2004) además de vulnerar la congruencia establecida en este artículo constituye un “Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de (...) la garantía debida a cualquiera de las partes” (L. 906, art. 181, 2004).

Para ello se hace necesario diferenciar cómo se entiende el “principio de congruencia [que] debe hacerse según el tipo de proceso, por cuanto será diferente para los [sistemas con tendencia inquisitiva y en aquellos con tendencia acusatoria]” (C.C., C-025/10, p. 21, 2010). Al igual que, establecer cuáles fueron los antecedentes que llevaron al constituyente derivado a cambiar el modelo del proceso penal en Colombia y qué principios básicos del sistema acusatorio incorporó en la legislación que desarrolló ese Acto Legislativo.

Para resolver este problema, en el Capítulo I, se determinarán los principios que sustentan los sistemas procesales penales inquisitivos y acusatorio y que los diferencian. Entre ellos, la “clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces” (C.C., C-025/10, p. 18, 2010), igualdad de armas, y que, de una manera u otra son el sustento del sistema penal acusatorio.

Esta distinción en los principios de cada sistema procesal penal permite identificar el modelo de institución política que rige en un país, pues, no en vano, tratadistas como Roxin (2000), sostienen que es el “termómetro” o “sismógrafo” de la Constitución de un Estado (citado por Llacsahuanga, 2011, p. 2).

Igualmente ha de tenerse en cuenta que en Latinoamérica y Colombia no ha sido la excepción se ha “caracterizado por una concepción legalista del derecho y por visiones

hermenéuticas de tipo formalista, aún es frecuente confundir las instituciones jurídicas con su régimen legal” (Urbano, 2013, p. 33).

Precisamente esa confusión de las instituciones jurídicas se debe a la “dificultad para remover unos esquemas mentales y unas prácticas jurídicas que si bien eran comprensibles en el contexto de un sistema procesal de tendencia inquisitiva” (Urbano, 2013, p. 19) que impiden una interpretación acorde a la “reforma introducida mediante el Acto Legislativo [03 de 2002] (...) que (...) expresa objetivamente la voluntad [del] constituyente de adoptar un “nuevo sistema” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal” (C.C., C-873/03, p. 59, 2003).

Igualmente se establecerán los antecedentes inmediatos que dieron lugar a la “reforma [de] la Constitución Política (...) sobre administración de justicia (...) cuyo único propósito fue permitir la implementación de un modelo de juzgamiento de características adversariales y estirpe anglosajona que reemplazara el anacrónico sistema inquisitivo vigente” (Fernández, 2018, párr. 4).

Aquí, además de traer el antecedente del Acto Legislativo No. 01 de 1979, que fue el primer intento de implementar el sistema acusatorio en Colombia, se abordará la estructuración de dicho sistema con la Constitución de 1991 (Constitución Política de Colombia [Const. P.], 1991), y cómo su implementación a través del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, a la postre no abandonaron el sistema inquisitivo.

Tanto es así, que la doctrina en su momento sostuvo que:

(...) se le hizo creer a la opinión pública que se trataba de una reforma estructural, original, cuando en verdad se mantenían sin modificación los fundamentos de las normas vigentes desde el Código de 1987. En esta legislación, como diría García Márquez, todo cambia de lugar, pero nada se mueve (Bernal y Montealegre, 2002, p. 19).

En efecto, aún con la expedición de la Ley 600 de 2000, casi 10 años después de promulgada la Constitución Política “siguió prevaleciendo un sistema inquisitivo, sin separación de funciones de investigación y juzgamiento y en el que permanecían invariables las formas escritas, lo que finalmente no rindió los frutos que se esperaba” (Castro, 2013, párr. 174). Ello demuestra que las bases constitucionales del sistema acusatorio previstas por el Constituyente de 1991, no fueron idóneas para tal fin.

En el capítulo II, se determinarán en concreto cómo lo que “la doctrina ha denominado mecanismos alternativos de terminación del proceso penal [en el sistema acusatorio]. Los preacuerdos y las negociaciones, el principio de oportunidad y el allanamiento [a cargos]” (Castro, 2018, párr. 2), al igual que, el llamado “principio acusatorio”, sustento de la enmienda constitucional de 2002, y desarrollados en la Ley 906, modificaron sustancialmente el procedimiento penal, y, por ende, a voces de la sentencia C-836, constituyen un cambio que:

(...) en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema,

no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado (C.C. C-836/01, pp. 34-35, 2001).

Es así que, teniendo en cuenta ese cambio en la situación política, en este capítulo se abordarán los principios de oportunidad y acusatorio, que conlleva este último el de igualdad de armas; “la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial” (C.S.J. Sala C.P, SP8666-2017, p. 20, 2017), que como se ha sostenido “No hay un buen instructor que, a la vez, sea buen juez; "uno mata al otro"(...)” (Parra, 2003, p. 30). Por cuanto, como agrega el mismo tratadista es un “...logro de nuestro momento cultural que un funcionario sea quien instruya, y otro quien juzgue” (p. 31).

Ya en el capítulo III, se comenzará a establecer cómo se vulnera la titularidad del “ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991) cuando se emite sentencia condenatoria “por delitos por los cuales no se ha solicitado condena [por el ente acusador]” (L. 906, art. 448, 2004), al igual que, la separación de funciones entre acusador y juzgador. Luego se establecerá cómo con la imposición de una condena en esa situación “desquebraja el principio acusatorio” (Bayona, Gómez, Mejía y Ospina, 2017, p. 86) por desconocimiento de la congruencia.

Después de todo se concluirá si efectivamente existe “Un desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial (...) de la garantía debida a cualquiera de las partes [acusado]” (L. 906, art. 181, 2004), cuando el juez desecha la solicitud de absolución del fiscal y condena.

1 Capítulo

Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio

Un sistema es “un conjunto de actuaciones desarrolladas por instituciones del Estado y por particulares que tienen sustento en normas sustanciales y procesales, con la finalidad de solucionar un problema concreto” (Burbano, 2011, párr. 1). Y, si la “finalidad del derecho procesal en general y del derecho procesal penal en particular, es reconocer y establecer una verdad jurídica (...) el procedimiento es el (...) conjunto de las reglas en base a las cuales la acción judicial se desarrolla” (Brichetti, 1973, p. 7). Estas reglas constituyen las garantías establecidas por el ente competente “a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia” (C.C., C-341/14, pp. 41-42, 2014).

Por eso, según Saavedra (1995) a partir de la finalización de la “Segunda Guerra Mundial el universo jurídico cambió de tal manera que las directrices del constitucionalismo y, con éstas, los sistemas normativos nacionales, se vieron ampliados y modificados a la luz de la promulgación de los tratados internacionales de derechos humanos” (citado por Daza, 2011, p. 34). Agrega este último autor que, con esos tratados se imponen como obligaciones “imperativas la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, la libertad personal, el derecho a la intimidad, a la legalidad, a la favorabilidad, defensa, presunción de inocencia” (pp. 34-35), entre otras garantías.

Por ello se afirma que en “Las actuales democracias (...) está incorporado un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, con el fin de impedir que tanto los administradores de justicia como el futuro legislador desconozcan los derechos fundamentales de las personas” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 43). Así “se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso” (C.C., C-394/94, p. 12, 1994) y su desconocimiento o violación da lugar a una causal de nulidad, ya que:

El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales (C.C., T-158/93, p. 6, 1993).

Debido a ello el principio de congruencia se encuentra entre esas garantías mínimas, por cuanto, es el que les da competencia a las autoridades judiciales. Esto porque que “sólo pueden resolver sobre lo solicitado y probado por las partes. De tal suerte que el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita)” (Moreno, 2015, p. 153). También, porque:

Se dice que no hay proceso sin pretensión y en caso de una sentencia condenatoria, ésta debe guardar concordancia, coherencia, congruencia con la pretensión. Podría decirse que este principio opera para todas las ramas del derecho procesal, con especial excepción en materia laboral. Con la congruencia se pretende salvaguardar el derecho de defensa, se pone límite a la arbitrariedad, se limita las facultades de quienes administran justicia, se erige como parámetro de racionalidad de las decisiones y marco dentro del cual ha de desarrollarse el proceso y se avizora la decisión en caso de ser condenatoria (Uribe, 2009, p. 7).

Además, “La Corte tiene dicho que en materia penal la congruencia consiste en la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia” (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, p. 11, 2007). Y, el nuevo exige que “El acusado no podrá ser declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004).

Sin embargo, el principio de congruencia no es ajeno al conjunto de garantías procesales ni al sistema político que rige en un país, pues está al mismo nivel de los principios de *in dubio pro reo*, acusatorio, del derecho a la defensa, contradicción, por ello se ha sostenido que:

(...) las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una *verdad mínima* en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, carga de la prueba para la

acusación, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio de *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Por contra, el proceso decisionista, y típicamente inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como una *verdad máxima*, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas (Ferrajoli, 2011, pp. 540-541).

Partiendo de lo anterior se tiene que “El derecho procesal penal se ocupa de los procedimientos, trámites y actuaciones para la investigación y represión judiciales del delito. El derecho penal llega a la vida por medio de los procedimientos legales como instrumento” (Fernández, 1989, p. 48). Y, que, por tener esa finalidad, deben hacerse efectivas las garantías procesales y por ende “el procedimiento para llegar a la justicia por la vía jurisdiccional ya no puede ser cualquiera” (Gandulfo, 1999, p. 417), pues conforme lo anota este autor:

La lógica del Estado de Derecho exige que se llegue a la justicia sólo de acuerdo a una determinada forma, cual es, la del respeto a la dignidad del ser humano; y está representada por una idea muy concreta: la del debido proceso (es decir, el sistema de garantías modelador de la idea de proceso), que se impone como imperativo sobre las autoridades y ciudadanos. No constituye una alternativa válida para el sistema otros tipos de procedimientos o alguna variación de aquél;

de tal manera, que una situación contraria a dicho imperativo es sancionada fuertemente por los órdenes jurídicos de los Estados de Derecho (p. 417).

En otras palabras, si “la Carta Política, al establecer definitivamente que Colombia es un Estado social y democrático de derecho” (Daza, 2011, p. 39), se tiene que:

(...) No puede tratarse de un procedimiento cualquiera, sino de un proceso de amplias investigación y controversia, con plena garantía de la defensa formal y real del acusado y absoluto respeto de la libertad intraprocesal de este, en el que se parta de la base inquebrantable e incorruptible de la imparcialidad e independencia de la jurisdicción, pues sin estas la realización del derecho objetivo no pasa de infame pantomima (Fernández, 1989, p. 48).

Es así que, se ha sostenido que el debido proceso penal contiene los principios y valores “básicos que inspiran a la sociedad organizada, expresión política del tipo de modelo de Estado, del régimen político imperante, los bienes jurídicos protegidos y la forma en que se debe investigar y juzgar a los presuntos infractores de la ley” (Rodríguez, 2015, p. 103). Por ello, es que el proceso penal se identifica o guarda una estrecha relación con el modelo de institución política que rige en un país, no en vano, tratadistas sostienen que es el “termómetro” o “sismógrafo” de la Constitución de un Estado, porque:

(...) la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, es común leer en la

doctrina procesal penal, tanto europea como iberoamericana, la cita del gran procesalista alemán James Goldschmidt, quien ya desde el año 1935 señalaba que: Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución, o en las referencias a lo señalado por Roxin en su obra Derecho Procesal Penal, quien caracterizó al Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado (Llacsahuanga, 2011, p. 2).

O, mejor aún, puede decirse que de acuerdo al sistema procesal penal que rige en un país se sabrá si es autocrático o democrático, como lo sostiene Montes (2008), así:

Entiéndase por sistema de enjuiciamiento, la forma, modo o manera como un estado resuelve los conflictos interpersonales de sus gobernados, y que éste sistema refleja con mayor exactitud los contenidos democráticos o autocráticos de su constitución, existiendo una relación directamente proporcional entre un estado de derecho de corte autocrático, con los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo, y viceversa los estados más liberales y democráticos con los sistemas de enjuiciamiento acusatorios y orales (p. 10).

Precisamente conforme lo anota Naranjo (2010) una de las características de los estados autocráticos tradicionalistas o dictaduras de derecha es la de que la rama ejecutiva asume directa o indirectamente las funciones del legislador y de la jurisdicción, es decir, hay una concentración del poder en una sola persona, el gobernador de turno. Estos gobiernos se describen así:

El ejecutivo absorbe y controla las demás ramas del poder. Se produce una concentración de poderes en manos de la rama ejecutiva, ya que en la mayoría de estos regímenes el legislativo desaparece o está íntegramente sometido a la voluntad del gobierno. De hecho (sic) este actúa como legislador, bien directamente o bien a través de organismos dependientes de él. La rama judicial, por su parte, también está sometida a las presiones del ejecutivo, cuando no directamente controlada por este (Naranjo, 2010, p. 644).

Contrario *sensu* los estados liberales y democráticos, tal y como lo anota el mismo tratadista, se caracterizan por “*el principio de la separación de funciones* entre las ramas del poder público, de tal suerte que cada una pueda actuar soberanamente dentro de su órbita de competencia y no esté sujeta a las interferencias, presiones o manipulaciones de las otras” (Naranjo, 2010, p. 469).

En Colombia, de otra parte, como lo refiere Gómez (2001), en la época de la conquista fue impuesto el derecho español, el cual con todo su legado histórico “Fue un sistema selectivo, desigualitario, racista, cruel y deshumanizado”, que desde la colonia se mantuvo en la independencia hasta aproximadamente 1850 (pp. 329-330). Este sistema fue el inquisitivo, el cual, con su evolución rigió hasta que entró en vigencia la Ley 906 de 2004, dado que:

Es este el caso del país, donde la situación caótica de la justicia, el irrespeto permanente a los derechos y garantías del ciudadano y las críticas más que justas

que se han hecho a la Fiscalía General de la Nación por su poder desproporcionado, su permanente vulneración a la dignidad humana, y su falta de compromiso por investigar, recabar pruebas y fundar una acusación ante los jueces, para no hablar de otros asuntos de más amplio espectro, impusieron la revisión del sistema anterior (Fernández, 2008, p. 38).

Sin embargo, esas causas que llevaron a modificar el sistema procesal penal “con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002” (Granados, 2005, párr. 1), hoy, no han desaparecido. Esas mismas causas han llevado a la expedición de un sinnúmero de leyes sin una política criminal coherente con el nuevo sistema, coadyuvada precisamente con decisiones de la judicatura, lo que, en últimas ha contribuido a desvertebrar la enmienda constitucional.

En efecto, cuando se invocan la guarda debida a la infancia, la preservación del estado de derecho, la seguridad de la comunidad y la necesidad de controlar la increíble y desbocada perversidad de cierta clase de delincuentes, el cambio radical se produce con facilidad, y la opinión, el legislador y la judicatura, así se esté dentro de un proceso penal acusatorio, se inclinan por diezmar la libertad del inculpado o acusado (Gómez, 2009, p. 45).

Y, cuando se interpreta por la judicatura “el sistema procesal penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-1260/05, p. 105, 2005) bajo la óptica del sistema inquisitivo puede afirmarse como diría Agudelo (2013) que el proceso penal acusatorio existe sin acusación, pues, conforme lo anota refiriéndose al esquema Ferriano del delito, que:

El estudio de los aspectos jurídicos del delito fue reducido a la mínima expresión, en sus comienzos, por lo cual Arturo Rocco, resaltando la situación de crisis del derecho penal que ello desató, dijo de manera aguda que el positivismo ‘ha llegado en último análisis a *un derecho penal...sin derecho*’ (Agudelo, 2013, p. 40)

Por esta razón, cuando en un “sistema procesal penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-1260/05, p. 105, 2005) “el juez, asume el rol de fiscal” (Comando Megafón, 2011, párr. 4) desconociendo la “separación de funciones de acusador y juzgador” (Vanegas, 2013, p. 4), abandona los principios de imparcialidad e igualdad de armas. Por ende, cuando ello sucede, no puede afirmarse que se está en presencia de un proceso penal de esta índole, sino que se regresó al de tendencia inquisitiva donde el juez es quien investiga, acusa y juzga.

Partiendo de lo anterior, a continuación, se hará una reseña acerca de las características de estos sistemas procesales penales, al igual que, de lo antecedentes que en esta materia precedieron a la promulgación de una nueva Constitución en Colombia en el año 1991, de las codificaciones que se expidieron bajo su normatividad original y que sirvieron a la vez de precedentes para su reforma en el año 2002.

1.1 Sistemas procesales penales con tendencia inquisitiva

Como se anotó anteriormente, la “inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absolutista del poder, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad” (Aráuz, 2015, p. 2). Según Maier (1989), es el “procedimiento que reduce al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual pierde su consideración como sujeto de derechos y adquiere el carácter de objeto procesal” (citado por Aráuz, 2015, p. 2). Por ello, puede decirse que pertenecen a “un sistema caracterizado por la arbitrariedad, el secreto, el desconocimiento de los derechos y garantías mínimas del procesado, donde el juez adquiere poderes prácticamente ilimitados pertenecen a los sistemas inquisitivos” (Burbano, 2011, párr. 9).

De otra parte, se tiene que Iberoamérica fue colonizada “por España, estado que traía consigo esta forma de proceso inquisitivo y se encargó de difundirla por la mayoría de los territorios en América Latina, se fue forjando bajo estas mismas formas al igual que Perú, Chile, Argentina, Colombia, (...)” (Carrasco y Saucedo, 2013, párr. 6). Es decir, la tradición jurídica Latinoamericana en materia procesal penal por más de cinco siglos es la inquisitiva.

Es así que, en Colombia, rigió el “sistema inquisitivo bajo cuyos supuestos de persecución del delito se desarrolló predominantemente la administración de justicia en nuestro país durante casi un siglo” (C.S.J. Sala C.P., 26468-2007, p. 30, 2007). A su vez reconoce que los jueces y abogados se formaron bajo los principios del sistema inquisitivo. Sistema en el cual el proceso estaba a cargo del juez que investigaba, acusaba y juzgaba y decidía sobre las pruebas las cuales en la etapa del sumario eran reservadas, al concluir más adelante que “Se trató de un sistema escrito de muy lento trámite, dentro del cual el inculcado era objeto de investigación y la víctima tenía muy restringida aparición en su desarrollo” (p. 31).

Por eso, a nivel constitucional se reconoce que una de las principales características del proceso inquisitivo es “el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia” (C.C., C-591/05, p. 44, 2005), considerándose que, la contradicción por parte de la defensa opera independientemente de que el testimonio se reciba sin su presencia, ya que:

Por ello se ha dicho que también se conserva en altísimo grado la *controversia* si los sujetos procesales gozan de la *probabilidad* llana de problematizar la declaración con base en el acta de testimonio levantada con toda la legalidad, de analizarla como integrante y a la luz de todo el haz probatorio, de hacer ver al funcionario judicial el criterio de la “parte” sin cortapisa alguna y de acudir a las impugnaciones en pos de insistir en la propia opinión (C.S.J. Sala C.P, 15286-2001, p. 16, 2001).

Asimismo, se vincula al imputado mediante indagatoria, la cual, conforme a la misma Corporación, además de constituir un medio de defensa, reiterando su jurisprudencia de la “doble connotación de los descargos” concluye que: “su contenido constituye objeto de prueba, en el entendido de que (siendo consciente de sus derechos a no incriminarse, a permanecer en silencio y a no derivar de tal comportamiento indicios en su contra” (C.S.J. Sala C.P, 39220-2013, p. 52, 2013), todo lo que diga el imputado podrá ser usado en su contra. Incluso, en estos procedimientos inquisitivos, en alguna legislación, como lo anota San Martín (2003), en “Perú,

el (...) art. 127 del antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940, que sancionaba el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad” (citado por Asencio, s.f., p. 13).

Otra característica de este sistema era su reserva, tan es así que “no se aceptaba ni siquiera la presencia del abogado. Tal era el secreto, que al momento de realizarse el interrogatorio, el acusado no conocía de los cargos que se le imputaban, ni tampoco del autor de la acusación” (Ordóñez y Cano, 2003, p. 60). Esta forma de administrar justicia no fue muy lejana en el tiempo, pues a finales del Siglo XX, en Colombia, a través de los decretos 180 de 1988 y 2790 de 1990, se creó la conocida en el argot popular como “justicia sin rostro”, la que se caracterizó porque:

La justicia sin rostro establecía la reserva de identidad de fiscales, jueces, tribunales y auxiliares de la justicia, incluyendo al representante de la Procuraduría que actúa en los procesos. También creó los tristemente famosos testigos sin rostro, figura que fue utilizada para hacer temerarias acusaciones y cometer terribles arbitrariedades (Salinas, 2011, párr. 6).

Todas esas características pueden sintetizarse conforme lo expone Solórzano (2008) que es un sistema escrito y reservado; con excesivo culto al formalismo; concentración funciones; la prueba se practica en la etapa de instrucción y por ende el período probatorio en el juicio pierde sentido; se limita el derecho de defensa al no haber una verdadera contradicción; se pierde la presunción de inocencia; no hay oralidad ni en la instrucción ni en el juicio; comunicación del juez con los investigadores y se trata de un sistema de papel y papeleo.

Resumiendo lo anterior con una frase de Levene (s.f.) “cuando se mezclan las funciones, cuando se mezclan los órganos, cuando tenemos Fiscal que hace de Juez, nos encontramos frente a un sistema inquisitivo” (citado por Carrasco y Saucedo, 2013, párr. 1). Precisamente, ante esta situación responde el refrán cuya autoría es anónima de “Quien tenga al juez como su acusador, que busque a Dios como su defensor” (citado por Fernández, 2016b, párr. 1).

Por estas razones se sostiene que “en el proceso inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles” (Moreno, 2015, p. 48). En otras palabras, “Si el juez de conocimiento acusaba, es decir, si profería auto de proceder, acusaba ante sí mismo, para, una vez realizada la audiencia pública, proferir el fallo” (Bernal, s.f., p. 47), no se puede, por sustracción de materia, hablar de “congruencia (...) [entre] la acusación (...) [y la sentencia condenatoria] por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004).

Frente a este tema en la legislación con tendencia inquisitiva, la jurisprudencia penal de la Corte, dejó sentando que el principio de congruencia está delimitado por “los cargos que en forma clara y específica se le hayan formulado en la acusación, acto procesal que marca el límite fáctico y jurídico en que se desarrolla el juicio” y que por ende “su contenido personal, fáctico y jurídico no puede ser desconocido por el fallador en detrimento del procesado” (C.S.J. Sala C.P, AP2208-2018, p. 15, 2018).

Es más, como causal de casación por violación al principio de congruencia se estableció que “Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación” (L. 600, art. 207, 2000). Ello llevó a que en virtud a ese principio se sentara por la Corte que “la resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos, precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa” (C.S.J. 9857-1998, p. 12, 1998).

Bajo estos supuestos, se administró justicia en el país hasta antes de la reglamentación de la enmienda Constitucional de 2002, legislación aquella atenuada por los tratados internacionales, entre otros, el “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por Colombia (...), la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por Colombia” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2004, p. 9), normas que, según la C.C. (2001) hacen parte del “llamado bloque de constitucionalidad, concepto que hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional” citada por Daza (2011, p. 47).

1.2 Sistemas procesales penales con tendencia acusatoria

En términos generales por oposición al sistema inquisitivo los procesos penales con tendencia acusatoria, pueden describirse así:

Es fácil identificar cuando nos encontramos frente a un sistema acusatorio, simplemente volteando a ver a nuestro vecino país del norte, a casi todo país de Europa, y últimamente a Sudamérica. De una presentación hecha por el ex fiscal de la Nación de Colombia, se desprende una definición interesante, bastante completa y simple para el entendimiento de todo ciudadano, “el sistema penal acusatorio es un sistema adversarial, donde las partes (fiscalía y defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve (Carrasco y Saucedo, 2013, párr. 31).

Estas características son las que permiten deducir que este procedimiento “es el que se considera más garantista y equilibrado en la medida que están claramente diferenciadas las funciones de acusación, juzgamiento y defensa” (Solórzano, 2008, p. 51).

En otras palabras, el sistema acusatorio como principio que inspira el proceso penal se entiende en el sentido de que “el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto del proceso (hechos y personas contra las que se dirige) y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos” (Wolters Kluwer, s.f., párr. 1). Por ende, ello explica por qué le corresponde “al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal” (L. 906, art. 7, 2004) y otro sea el que juzgue de manera imparcial.

En este sistema la primera fase le corresponde a “La Fiscalía General de la Nación la cual está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación que revistan las

características de un delito” (Const. P., art. 250, 1991), por lo que debe “Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito” (C.P.P., art. 114, 2004). Por tanto, “su objetivo es establecer si el hecho investigado realmente ocurrió y se encuentra tipificado en la ley penal, y quiénes son los autores o partícipes del mismo” (C.C., C-118/08, p. 20, 2008), siendo, por ende:

La formalización de la acusación como el acto más importante de la Fiscalía, se contraerá a la expresión de los elementos materiales probatorios que pretenda hacer valer en la audiencia para que la defensa pueda tener conocimiento de los mismos y pueda prepararse para presentar los suyos en la audiencia preparatoria (El sistema acusatorio, 2004, p. 3).

En tanto, “La segunda etapa del proceso penal es la fase del juzgamiento, la cual se adelanta ante el juez de conocimiento, quien es el director del juicio” C.C., C-118/08, p. 20, 2008). En esta fase “deben enfrentarse los sujetos procesales, toda vez que los sitúa en la realización de una serie de audiencias en las que deberán confrontar sus planteamientos jurídicos, con miras a obtener un resultado favorable a sus pretensiones” (Villegas, 2008, p. 5). “Aquí, según lo sostienen algunos autores, comienza el verdadero proceso penal, con sus características de oralidad, publicidad, contradicción, concentración e inmediación, esto es, bajo la dirección permanente e inmediata del juez de conocimiento” (Vanegas, 2004, p. 176).

De otra parte, se tiene que “Con el nuevo sistema la prueba solo se produce en el juicio oral. Antes no existe prueba sino actos de investigación que deben ser presentados y

controvertidos públicamente en audiencia para que adquirieran la categoría de prueba” (Checchi And Company Consulting Colombia, s.f., p. 13). Ya que “En el sistema penal acusatorio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (Novoa, 2010, p. 248). Este principio es opuesto al sistema inquisitivo en el que el proceso era una “encuesta o investigación escrita y secreta (para su éxito), que inicia el propio inquisidor, de oficio, sin atención ni ligamen alguno a la voluntad de la víctima real” (Maier, s.f., p. 149).

Igualmente, en este sistema “El poder de disposición del proceso también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el principio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad” (C.C., C-873/03, p. 63, 2003). Significa que en los sistemas procesales acusatorios existen “salidas alternas al juicio oral como el principio de oportunidad que, al relativizar jurídicamente el principio oficioso, ofrece un gran aliciente para la eficiencia en los procesos” (Daza, 2011, p. 54).

Asimismo, “se reconocen iguales oportunidades y similares potestades a las partes en el proceso (por supuesto, dependiendo de sus pretensiones). Es lo que se conoce como *igualdad de armas*” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 204). O, como lo tiene establecido la jurisprudencia constitucional que “la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales” (C.C., C-536/08, p. 24, 2008).

Además, “En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y justicia” (L. 906, art. 5, 2004), lo que, según la C.C. (2010) conlleva “El principio de juez imparcial que implica que “(...) quien instruye no juzga y que la carga de la prueba de la responsabilidad penal del procesado se encuentra en cabeza de la fiscalía” (citada por Comisión Asesora de Política Criminal [CAPC], 2012, p. 21). Este motivo es objetivo y su inobservancia es causal para separarlo del caso porque cualquier duda razonable sobre su imparcialidad viola este principio. Por eso Couture (1947) afirma que:

(...) el juez es el centinela de nuestra libertad. Cuando todo se ha perdido, cuando todos los derechos han caído, cuando todas las libertades han sido holladas, cuando todos los derechos han sido conculcados, siempre queda la libertad mantenida por el juez. Pero el día en que el juez tenga miedo, sea pusilánime, dependa de los gobiernos, de las influencias o de sus pasiones, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo, porque ya no queda más derecho en esa pobre patria así perdida (citado por Chediak, 2014, p. 7).

Precisamente el constituyente derivado y el legislador atendiendo el principio acusatorio instituyeron “El principio de consonancia o congruencia (...) [que] comporta un aspecto que incide en la materialización de principios y derechos fundamentales como el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de contradicción” (Sarmiento, Sánchez, y Riobo, 2016, p. 5), el cual se concretó en 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” (L. 906, art. 448, 2004) e interpretado desde un principio por la Sala de C.P., así:

(...) 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 trípede acusación –petición de condena- sentencia (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, pp. 22-23, 2006).

Incluso, esa misma Corporación de manera reiterada ha sostenido que el “proceso penal reglado en la Ley 906 de 2004, está diseñado precisamente para que la acusación, como acto complejo y de parte, pueda ser objeto de variaciones hasta el alegato final en el juicio oral, en virtud del principio de progresividad” (C.S.J. Sala C.P., SP2390-2017, p. 12, 2017). Igualmente ha sostenido que:

3.2. La jurisprudencia ha decantado con suficiencia que la acusación es un acto complejo que se estructura con el escrito y la formulación que la Fiscalía hace en la audiencia respectiva. Se ha agregado que ese acto complejo puede extenderse hasta el alegato final en el juicio oral, pero este postulado es relativo, pues apunta solamente a la imputación jurídica, no a la fáctica, toda vez que esta queda fijada definitivamente en la audiencia de formulación de acusación (C.S.J. Sala C.P., 38256-2012, p. 10, 2012).

Integrando entonces estas posturas jurisprudenciales junto con las normas procesales de la congruencia (L. 906, art. 448, 2004) se concluye que solo existe acusación cuando se solicita por parte del ente acusador la emisión de una sentencia condenatoria, por tanto, cuando ello no sucede no existe acusación.

Sin embargo, la Corte, en el año 2016, varió su jurisprudencia sosteniendo que “El acusado (...) podrá ser declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004). En efecto, en esa sentencia sostuvo lo siguiente:

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 oral (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016).

Para llegar a esa conclusión, el máximo tribunal en la jurisdicción penal, trayendo a colación su decisión del 25 mayo 2016, Rad. 43837, sostuvo que “la solicitud de absolución presentada por la Fiscalía no es vinculante para el juez” (C.S.J. Sala C.P., AP8088-2017, p. 9, 2017). Igualmente concluyó que una petición en ese sentido por el ente acusador no deja de ser más que un acto de postulación como el que eleva la defensa. De esta forma la Corporación acoge lo sostenido por algunos doctrinantes en el sentido de que:

En consecuencia, la solicitud de sentencia absolutoria es un acto de postulación del ente acusador, que tiene como fundamento la valoración de los elementos probatorios que se hayan debatido en el juicio oral y que buscan suprimir parcialmente parte del trámite correspondiente. Pero en ningún caso impone la obligación de que dicho análisis e interpretación probatoria obligue al juez de conocimiento, quien puede ordenar que continúe el juicio y agotadas las etapas procesales, profiera la decisión que puede coincidir o no con el pedimento de la Fiscalía (Bernal y Montealegre, 2013, p. 855).

En fin, siendo que “Los Estados históricamente han transitado por diversos sistemas de enjuiciamiento penal, que por sus características esenciales se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo” (Avella, 2007, p. 29) y teniendo claro los principios que los rige y que los diferencian, es que se podrá establecer bajo qué óptica se está interpretando la enmienda constitucional de 2002.

1.3 Sistemas procesales con tendencia acusatoria en Colombia

“Uno de los aspectos más importantes de la constitución del 91 fue la consagración de los derechos, no sólo fundamentales (...) sino (...) Se creó la Fiscalía General de la Nación con la principal función de recolectar pruebas y acusar” (Const. P., s.f., párr. 9-10). Sin embargo, el legislador, para desarrollar este mandato, tardó casi 10 años para expedir la correspondiente ley, la 600, ley que en definitiva no dio los resultados esperados.

La crisis en la justicia penal que se acentuó a partir de 1991, llevó a que doce años después se reformara la Constitución Política precisamente en las bases fundamentales del sistema procesal penal, por la ineficacia de la reforma introducida en ese año, lo que llevó a que se expidiera “el Acto Legislativo No. 3 de 2002, (...) [por] el Congreso, [que] actuando como constituyente derivado, instrumentalizó su decisión de implementar (...) el nuevo sistema de procedimiento penal que adoptó, en tanto medida de política criminal del Estado colombiano” (Const. P., s.f., párr. 9).

Es así que se partirá con las normas relacionadas con las reformas en materia penal que iniciaron en 1979; luego con la promulgación del Decreto 050 de 1987. Ya a partir de 1991, con la expedición del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, que, ante su fracaso, llevaron a instituir un sistema totalmente diferente al que venía rigiendo, es decir, al inquisitivo, así:

El primer intento de instituir un sistema acusatorio en Colombia se dio con la reforma constitucional 01 de 1979. Esta enmienda dispuso que “El Ministerio Público sería ejercido por el Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación y demás funcionarios que determine la ley” (Acto Legislativo [A.L.] 01, art. 38, 1979). En tanto ordenó que “La persecución de los delitos, (...) y la acusación de los infractores ante las autoridades competentes corresponden, (...), al Fiscal General de la Nación, quien será el jefe superior de la Policía Judicial” (A.L. 01, art. 41, 1979).

Sin embargo, este Acto legislativo a pesar de las funciones asignadas al ente persecutor no sentó bases procedimentales en materia probatoria que debería seguir el legislador en su desarrollo. Además de lo anterior, por vicios de forma, ese acto era inexecutable, pues “El referido vicio de forma conduce a la conclusión inexorable de que el Acto Legislativo número uno de 1979, fruto de aquellas acumulaciones de proyectos, actualmente prohibidas, por la Carta Fundamental, es totalmente inexecutable y así debe declararlo la Corte” (C.S.J. 785-1981, p. 471, 1981).

Pasados unos años se promulgó el Decreto 050 de 1987, el cual, dispuso que “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la rama jurisdiccional del poder público” (Dec. 50, art. 18, 1987), de donde *ab initio* se advierte que es netamente inquisitivo pues deja en una misma entidad “el ejercicio de la acción penal” y el juzgamiento. Igualmente dispuso que “los jueces de instrucción investigarán y calificarán los procesos por los delitos de competencia de los jueces del circuito y superiores” (Dec. 50, art. 73, 1987), en tanto que, frente a los demás despachos judiciales dispuso que:

La administración de justicia en el ramo penal se ejerce por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de decisión penal de los tribunales superiores de distrito judicial, el tribunal superior de aduanas, los jueces superiores, los jueces de circuito, de instrucción, municipales, territoriales, de menores, penales y promiscuos y los jueces de distrito penal aduanero (Dec. 50, art. 67, 1987).

Precisamente haciendo eco a esa filosofía, señaló expresamente qué jueces tenían competencia para instruir así: “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que integran la sala penal; Los magistrados de las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial; los jueces [penales en todos sus órdenes]” (Dec. 50, art. 311, 1987). Solo marcó la diferencia con los estatutos procesales anteriores, al disponer que “En los procesos por delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores, el mérito del sumario será calificado por el juez de instrucción criminal” (Dec. 50, art. 476, 1987), pues, en relación con la Corte Suprema, los tribunales y juzgados penales municipales siguió igual, es decir, esos mismos funcionarios calificaban (acusaban cuando había lugar) y juzgaban.

Sin embargo, el que los jueces de instrucción, los que a propósito eran “postulados por la sala penal del tribunal superior correspondiente” (Dec. 50, art. 322, 1987), hacían parte de la misma Rama Judicial, y el que calificaran el mérito del sumario de competencia de los juzgados superiores y circuito, de todas formas, pertenecían, según Binder (2005) a “aquellos sistemas procesales que siguen el modelo inquisitivo encargan la investigación o desarrollo del sumario al juez de instrucción” (citado por Martínez, 2014, p. 246), es decir, hacía que el sistema allí instituido no pudiera enmarcarse en un sistema acusatorio.

Además, en desarrollo del juicio, ordenó que: “De oficio el juez podrá decretar las pruebas que considere necesarias” (Dec. 50, art. 492, 1987), lo que es coherente con los sistemas propios del sistema inquisitivo en donde el juez es quien tiene la carga de demostrar la verdad. Esta función precisamente, la de instruir, es lo que lleva al juez a demostrar su “propia teoría del caso”. Tan ello es así que, en la audiencia pública, la obligación de asistir a la misma estaba

encabezada por el defensor, el Ministerio Público – entendido como el Procurador Judicial – y el acusado si estuviere detenido, tal y como aparece ordenado en el artículo 497.

En cuanto al principio de congruencia dispuso que “En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos: (...) 2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación” (Dec. 50, art. 226, 1987). Cargos que a propósito y en lo que respecta a la congruencia, consistían en “La narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen (...) [y] La calificación jurídica provisional” (Dec. 50, art. 471, 1987).

1.4 Constitución Política de Colombia de 1991

El primer cambio que introdujo el nuevo régimen constitucional fue que “El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados” (C.C., C-1064/01, p. 32, 2001). Bajo esta concepción filosófica es conforme a la C.C. (1997) “al Estado al [que] le corresponde asegurar y concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales y adecuadas para gozar de una igual libertad” (citada por Bernal y Montealegre, 2002, p. 25).

Lo anterior lleva a concluir que el “Estado social de derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la

persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad” (C.C., C-587/92, p. 10, 1992). Por eso “la fuerza normativa de la Constitución, y en particular la observancia de los derechos constitucionales (...) [le impone el deber al Estado] de asegurar que en ninguna relación jurídica, sea entre Estado y particulares o entre éstos, se desconozcan los derechos constitucionales” (Bernal y Montealegre, 2002, p. 29).

Por ello, en el Preámbulo instituye como fin el de “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garanticen un orden político, social y justo” (Const. P., preámbulo, 1991). Igualmente dispuso que está fundado “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Const. P., art. 1, 1991) y “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Const. P., art. 2, 1991).

Asimismo, se tiene que en un “Estado social y democrático de derecho, al derecho penal le corresponde tanto la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos – la vida, integridad, libertad de acción y propiedad- sancionando su lesión” (Daza, 2011, p. 41). Y, conforme lo anota el mismo autor más adelante, los fines del proceso penal en estos regímenes además de la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y la protección de los derechos fundamentales están el amparo de los derechos de las víctimas y el restablecimiento de la paz jurídica (pp. 42-43).

Para garantizar la aplicación de estos principios como normas procesales se dispuso que “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley” (Const. P., art. 15, 1991). Igualmente, protege el derecho a la libertad, derecho que solo puede ser limitado en virtud de orden de autoridad judicial competente, y en caso de haber sido ilegal, puede invocarse la acción de *Habeas corpus* (Const. P., arts. 28-30).

También estableció que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales (...)” (Const. P., art. 29, 1991). En materia penal, sentó las bases del “(...) *principio del hecho o de la objetividad* material. De esta manera (...) el suceso acriminable (...) está constituido por (...) lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto” (Velásquez, 2010, p. 61). Al respecto la C.C. sentenció que “el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como” (C.C., C-077/06, p. 11, 2006) delito.

Igualmente, estableció que "*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*". Esto indica que la favorabilidad ha sido consagrada como un principio rector del derecho punitivo” (C.C., C-371/11, p. 33, 2011). Asimismo, que “Toda persona se presume inocente (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y asistencia de un abogado (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria” (Const. P., art. 29, 1991).

Frente al sistema procesal penal que acogió puede decirse que lo fue el sistema acusatorio, pues, ordenó que “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes” (Const. P., art. 250, 1991). Lo que se refuerza al mandar que “Aun durante los Estados de Excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el Gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento” (Const. P., art. 252, 1991).

En los artículos transitorios el Constituyente facultó al ejecutivo para desarrollar esas normas, bajo cuyas facultades se expidió el C.P.P. de 1991, el cual dispuso que “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juicio, en los términos establecidos en este Código” (C.P.P., art. 24, 1991).

Como consecuencia de ello dispuso que “Con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento. A partir de este momento, el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación” (C.P.P., art. 444, 1991). Esta norma en síntesis traslada a los jueces la obligación de establecer la verdad, dirigir el proceso, y por ende la facultad de ordenar y practicar pruebas. Su único límite lo constituye la causal de casación de “Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación” (C.P.P., art. 220, 1991).

Posteriormente se expidió el Código del 2000, el cual debía implementar el nuevo sistema. Sin embargo, esta ley, como se verá a continuación, en la práctica reprodujo las mismas disposiciones del Decreto 2700 de 1991. Se trató del acoplamiento de los artículos del Decreto 050 de 1987, codificación esta última expedida bajo la Constitución de la Nación de 1886, que era de corte de Estado de derecho, y, por tanto, sus disposiciones en materia procesal penal seguían el sistema inquisitivo.

Es así que dispuso que “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juzgamiento” (L. 600, art. 26, 2000), siendo una reproducción exacta de su norma antecesora. En relación con la competencia, ordenó que “La instrucción será realizada en forma permanente por el Fiscal General de la Nación y sus delegados” (L. 600, art. 113, 2000), y en el que “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación: 1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes” (L. 600, art. 114, 2000).

Lo anterior aunado a que “Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal” (L. 600, art. 400, 2000). Dejan, al igual que su antecesor, la titularidad de la acción penal en los jueces quienes como se dijo en su momento entran a dirigir el proceso, tienen la carga de buscar la verdad, de ordenar y practicar las pruebas, quedando asimismo limitados únicamente por el principio de congruencia que nuevamente se hace consistir como causal de casación “Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación” (L. 600, art. 207, 2000).

En relación con el “principio de permanencia de la prueba, propio del anterior sistema procesal regulado por la ley 600/2000” (Peláez y Sanabria, 2017, p. 111) se tiene que consiste en que “el recaudo de la prueba puede realizarse en las fases de instrucción o del juzgamiento, e inclusive dentro de la fase de indagación preliminar, y valorarse por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia” (C.S.J. Sala C.P., AP2399-2017, p. 24, 2017), toda vez que:

En primer lugar, ha de tomarse en consideración que el sistema regido por la Ley 600 de 2000, (...) contempla un indiscutible principio de permanencia de la prueba (...) por virtud del cual, los elementos suasorios aportados de manera legal, regular y oportuna en la investigación previa, la instrucción o el juicio, tienen plena capacidad probatoria y, por consecuencia, dado el principio de libertad probatoria que con el anterior entronca, perfectamente pueden servir para soportar una decisión de condena (C.S.J. Sala C.P., 32777-2010, p. 23, 2010).

Conforme a esta sentencia se concluye que lo pretendido por el Constituyente de 1991, no se cumplió, pues los dos códigos expedidos bajo su imperio, el de 1991 y el de 2000), mantuvieron los principios básicos del sistema procesal inquisitivo y solo le imprimieron al procedimiento penal un tinte acusatorio que básicamente consistió en cambiar la denominación del acto procesal a través del cual se calificaba el mérito del sumario de “auto de proceder” del Código de 1971 (Dec. 409, art. 480, 1971) por el de “resolución de acusación” (Dec. 50, art. 469, 1987), (Dec. 2700, art. 439, 1991) y (L. 600, art. 395, 2000).

A este código (L. 600, 2000) se le reconoce que tuvo “un avance significativo en materia de protección de la garantía del derecho a la libertad personal y de locomoción y de la presunción de inocencia” (Borrero, 2010, p. 55). Esto, porque obligaba al Fiscal a hacer un estudio de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la resolución de medida de aseguramiento y debía complementarla con “las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma” (C.C., C-774/01, p. 59, 2001), que en síntesis son:

La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria (L. 600, art. 355, 2000).

Es así que, Hernando Londoño, quien fuera miembro de la constituyente, desilusionado de su propuesta de crear un órgano acusador como una entidad independiente de los demás poderes del Estado y ajena de los políticos partidistas, pretendiendo agilizar los procesos penales, separar la acusación del juzgamiento como base del sistema acusatorio, sostuvo que “(...) *lo que vino luego fue la implantación de todo lo contrario, la de un crudo y autoritario sistema inquisitivo que nos ha deshonrado ante la historia y en la comunidad jurídica internacional*” (citado por Rodríguez, 2015, p. 147).

Así las cosas, se puede concluir que, si bien es cierto en la Constitución Política de 1991, se sentaron las bases para la implementación del sistema procesal con tendencia acusatoria, las

normas que se dictaron para desarrollar ese propósito del Constituyente, como lo fueron los códigos de 1991 y 2000, ya referenciados, no cumplieron su cometido. Pues, se trató de un “sistema inquisitivo mixto consagrado en la Ley 600 de 2000” (C.S.J. Sala C.P., STP9078-2017, p. 16, 2017). Esa crisis que se generó en la administración de justicia en la última década del siglo pasado llevó al Congreso de la República a aprobar una enmienda Constitucional en el año 2002, la cual se analizará en el acápite siguiente.

1.5 Reforma constitucional del año 2002

En el año 2002, se promulgó el Acto legislativo No. 03, el cual “adoptó varios de los rasgos propios del modelo acusatorio” (C.C., C-873/03, p. 60, 2003). Para cumplir con ese cometido dispuso que “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 (...) Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento” (Const. P., art. 250, 1991).

Es así que, la jurisprudencia constitucional refiriéndose precisamente al nuevo rol del ente acusador a partir de la expedición de la citada enmienda aclaró que era al legislador al que le correspondía precisar el alcance, entre otras, de las siguientes categorías jurídicas: “(i) *ejercicio de la acción penal*, (ii) *investigación de los hechos que revistan las características de un delito*, (iii) *persecución penal*, (iv) (...) (vi) *renuncia a la persecución penal*, (vii) *principio de oportunidad*” (C.C., C-873/03, p. 56, 2003).

Y, más adelante, para resaltar las diferencias de los dos textos constitucionales, en la misma decisión, esa Corporación aclaró que:

(d) Con posterioridad a la reforma, en el numeral 4 del artículo 250 Superior se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” – acusación que no es vinculante para el juez (C.C., C-873/03, p. 57, 2003).

En desarrollo de esta enmienda constitucional, el 31 de agosto de 2004, se promulgó la Ley 906, la cual desarrolló el Acto Legislativo No. 03 de 2002. Por tanto, en virtud a los principios que gobiernan un proceso acusatorio dispuso que “(...) corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado” (L. 906, art. 7, 2004). En el artículo siguiente reguló los derechos que le asisten al investigado, de los cuales se destacan los contemplados en el literal:

k) [a] Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los

testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate (L. 906, art. 8 ,2004).

Como principio del nuevo sistema en relación con la privación del derecho a la libertad, de manera expresa dispuso que “Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales” (L. 906, art. 295, 2004). Para enseguida establecer esos contenidos para la privación de la libertad, así “(...) cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena” (L. 906, art. 296 ,2004).

En los artículos 321 al 330, reglamentó la aplicación del “principio de oportunidad” (L. 906, 2004), el cual “es una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo supervisión de legalidad del juez de control de garantías” (C.C., C-738/08, p. 18, 2008).

A grandes rasgos, a partir del artículo 336, reglamentó el juicio, el cual inicia con “la presentación del escrito de acusación” (L. 906, 2004); la audiencia preparatoria y finaliza con la audiencia de juicio oral, en donde se practicarán las pruebas. Le impone la obligación de que “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera

circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación” (L. 906, art. 443 ,2004), luego lo harán las demás partes e intervinientes.

Es de destacar el contenido de la “congruencia” de la cual dispone expresamente 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” (L. 906, art. 448, 2004). De esta norma, se deduce que este principio está compuesto por los siguientes elementos: (1) El acusado entendido que solo la persona natural que ha sido objeto de una acusación puede ser condenada; (2) Que solo puede condenarse por “los hechos que consten en la acusación”; (3) Que a esos hechos se les haya dado una calificación jurídica, es decir, que se hayan adecuado a un tipo penal, y (4) que el ente acusador haya “solicitado condena”.

Con base en los antecedentes expuestos es que en el próximo capítulo se analizará en qué forma, tanto el legislador como la jurisprudencia penal y constitucional, emanada de las altas cortes, han entendido la reforma constitucional del año 2002, al igual que su desarrollo legal. Lo anterior permitirá tener una aproximación a cómo en la práctica se está implementado este sistema: si con base en sus principios o si por el contrario se está devuelta al sistema penal inquisitivo.

2 Capítulo

De “regreso al sistema inquisitivo”

Desde el mismo parlamento se comienzan a escuchar las voces acerca de que, conforme lo sostuvo la legisladora Valencia, se trata de “un retroceso frente al sistema acusatorio y un regreso al sistema inquisitivo” (citada por Nuevo Siglo, 2015). Esta es la percepción acerca de la legislación que se ha emitido a partir de 2004, con ocasión al desarrollo legal de la enmienda constitucional de 2002.

Por su parte, en relación con la jurisprudencia, como lo diría Bejarano “La ley ya no es la ley” (2019, párr. 4), quien en su columna del periódico *Ámbito Jurídico*, pone de presente cómo los jueces “derogan” las leyes a través de su interpretación. Considera que con esa postura se está pisando el terreno de la dictadura judicial a propósito de la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad (Ley 640, art. 35, 2001). En efecto, denuncia la admisión de una demanda sin este requisito y avalada a través de un juez constitucional. Así lo expuso:

Digo lo anterior, porque he conocido la providencia del 10 de julio del 2018 del Grupo de Jurisdicción Societaria de la Superintendencia de Sociedades (Rad. 2017 – 800 – 00352), avalada por el fallo de tutela del Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil del 15 de noviembre del 2018 (...) que, en la práctica, han arribado a

una conclusión derogatoria de la exigencia del requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho (Bejarano, 2019, párr. 6).

Precisamente, trasladando esa columna periodística al proceso penal colombiano se tiene que, con la entrada en vigencia de la enmienda a la Carta del año 2002, se implementó el nuevo sistema procesal, desarrollado por el legislador con la expedición de un código de procedimiento. Sin embargo, el legislador casi desde un comienzo comenzó a minar los principios estructurales del nuevo sistema expidiendo leyes que en sí prohíben la concesión de subrogados y beneficios administrativos y judiciales, acabando en la práctica con “las formas anticipadas de terminación del proceso” (Avella, 2007, p. 14).

A lo anterior se suman las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia penal, en las cuales, en unas, impone requisitos que no trae la ley para la aprobación de allanamientos a cargos, como lo es la sentencia 39831, en la cual exige el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 349 para otras instituciones jurídicas (L. 906, 2004). En otras, como la SP6808-2016, autoriza al juez a emitir sentencia condenatoria cuando el fiscal ha solicitado la absolución, desconociendo el mandato claro y expreso de que “El acusado no podrá ser declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004).

Esto porque, como su nombre lo indica, este sistema procesal, conforme lo entendió desde sus inicios la jurisprudencia penal, se sustenta en que “no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva es el hecho de que la acusación

no puede ser formulada por el mismo juzgador, (...) existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento” (C.S.J. Sala C.P, 26087-2007, p. 39, 2007).

Sin embargo, pese a ese entendimiento y la claridad que se tuvo frente al cambio de paradigma del proceso penal, en el sentido de que se agilizarían los procesos pues se le permitiría a las partes en especial a los imputados o acusados de participar en la solución del problema para lo cual se instituyeron “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Juzgado 7 Penal del Circuito de Manizales [J7PCM], s.n.-1992, p. 148, 1991); igualdad de armas entre acusador y defensa; la detención preventiva sería la excepción; se fortalecería la presunción de inocencia y se daría aplicación al principio acusatorio el cual lleva implícito el principio de congruencia, esa expectativa muy pronto se desvaneció.

En efecto, solo se ha necesitado la ocurrencia de hechos mediáticos, como por ejemplo, el homicidio de Rosa Elvira Cely; la agresión de la cual fue víctima Natalia Ponce de León; los homicidios y abusos sexuales de que han sido víctimas algunos menores de edad como Yuliana Samboní, Luis Santiago Pelayo de apenas 11 meses cuyo victimario fue su propio padre, entre otros tantos, que han llevado incluso a proponer reformas constitucionales para imponer penas como la prisión perpetua, la castración química, la detención preventiva como regla general, entre otras reformas, algunas de las cuales han sido aprobadas, con las que se ha logrado minar el sistema procesal penal acusatorio, socavando sus bases, y por supuesto, regresando a aquellos procedimientos que se pretendieron superar.

En fin, todo lo anterior y como lo diría el profesor Bejarano (2019), lleva a concluir que el sistema penal acusatorio implementado a través de la reforma constitucional del año 2002, reglamentado en el año 2004, con las reformas legislativas y la interpretación judicial que se le está dando por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria ya no es lo que en la enmienda constitucional se plasmó: Es decir, el sistema penal acusatorio ya no es acusatorio.

2.1 De la oportunidad

El artículo 2º, del mencionado Acto Legislativo, comienza por establecer que “La Fiscalía General de la Nación (...) No podrá, (...) renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado” (Const. P. art. 250, 1991). Norma que, en sede Constitucional, se consideró que “El poder de *disposición del proceso* también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el *principio de oportunidad*, por oposición al principio de legalidad” (C.C., 873/03, P. 66, 2003).

Entendiéndose entonces que el “el *principio de oportunidad*, (...) [es la excepción] al principio de legalidad” (C.C., 873/03, P. 66, 2003) porque en los casos “definidos por el legislador, (...) [La Fiscalía General de la Nación puede renunciar] a la persecución penal (...) en el marco de conductas que son típicas, antijurídicas y culpables” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 508).

De otra parte, el legislador al promulgar la Ley 906, en los artículos 321 al 330, reguló todo lo concerniente a la aplicación de este principio. Limitando, por política criminal, al igual que, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, su aplicación en tres párrafos, así:

Parágrafo 1°. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo (L. 906, art. 324 ,2004).

Pero, aún no había cumplido dos años de haber entrado en vigencia la Ley 906, cuando el mismo legislador expidió las Leyes 1098 y 1121 de 2006, en las cuales dispuso que en estas actuaciones los indiciados, imputados o acusados e incluso los condenados no tienen derecho a ningún beneficio administrativo o judicial, así “Cuando se trate de los delitos de homicidio o

lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes” (L. 1098, art. 199, 2006). Al igual que, “Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos” (L. 1121, art. 26, 2006).

Aquí, el legislador de 2006, como lo anota Gómez (2009), prohibió la aplicación de este principio en esos delitos en desmedro del sistema procesal penal que apenas comenzaba a regir. Para ello invocó la protección de la sociedad y la salvaguarda y “prelación de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes” (p. 45). Esto, por cuanto el tener que llevar a juicio todas las causas por estas conductas punibles implica que no se cumpla con uno de sus principales objetivos el cual era “El que a un juicio no lleguen más del 10 % de los casos; un número mayor necesariamente lo colapsa y es imposible de evacuar” (C.S.J. Sala C.P., 21954-2005, p. 73, 2005).

Es que, como lo consignó la Corporación Excelencia para la Justicia (CEJ, 2004) “con una estrategia de focalización y selectividad de la persecución criminal es otro mecanismo de fortalecimiento de la capacidad estatal de lucha contra la impunidad. Se trata, específicamente de la aplicación del principio de oportunidad” lo cual “(...) permitirá que la investigación se concentre, de modo más contundente, en (...) los delitos que causan mayor agravio o lesividad social” (pp. 31-32). Este objetivo no se logra cuando se prohíbe la terminación alternativa de procesos como regla general.

Prueba de lo anterior es lo concluido por Daza (2011), sobre la aplicación de este principio en los años 2008 y 2009, teniendo como fuente la Dirección Nacional de Fiscalías, en donde, de un total de 461.487 denuncias recibidas por el ente acusador en esos dos años sin contar la carga acumulada de los años anteriores, en solo 3.149 se aplicó dicho principio, lo cual, de por sí demuestra la inaplicación efectiva de esta herramienta.

Este autor, en sus conclusiones contrasta las cifras en relación con la aplicación de este principio en Colombia con otros países, dejando ver la ínfima utilización que se ha hecho de esta herramienta y que “genera una brecha entre la norma y la realidad” (p. 312). En efecto, así lo sostuvo:

Vale la pena contrastar estas cifras con la aplicación que reciben las salidas alternas al juicio oral en otras latitudes. Así por ejemplo en Estados Unidos, según cálculos de Bassioni, sólo va a juicio (*jury trial*) el 10% de los casos penales, mientras que el resto se soluciona por vía del *plea bargaining* o del *guilty plea*. En el sistema chileno, según estadísticas, el principio de oportunidad se aplica en un 60% de los casos que ingresan al sistema penal (Daza, 2011, pp. 311-312).

De otra parte, este principio guarda una íntima relación con las funciones de la pena de la “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” (L. 599, art. 4, 2000). En efecto, y sin entrar a analizar esas funciones pues son ajenas a este trabajo, ha de decirse que en determinados casos cuando la pena no cumple con los fines de la prevención general y particular, resulta cuestionable la imposición de ese castigo. En

estos casos, lo prudente sería aplicar el principio de oportunidad, sin embargo, ello no es posible cuando hay prohibición expresa. Al respecto así se ha pronunciado la doctrina:

Aun si se deja de lado la hipérbole contenida en la anterior consideración, la más elemental lógica parece indicar que si el sufrimiento que se causa con la pena no produce ningún resultado respecto de la prevención general de la criminalidad, resultaría cuestionable la misma razón de ser de causar tal sufrimiento. Un aspecto adicional respecto de la eficacia de la función preventiva de la pena reside en la percepción que puedan tener los coasociados sobre la legitimidad y justicia de las sanciones penales con que se amenaza a eventuales infractores de los mandatos contenidos en los tipos penales. Si tales sanciones son percibidas como excesivas, al igual que si se percibe como excedido en contenidos el catálogo de conductas punibles de las normas penales, es probable que se pierda en gran medida la eventual eficacia preventiva de las amenazas de la sanción (Restrepo, 2014, pp. 521-522).

Por todo lo anterior, Daza (2011) recomienda que del “Acto Legislativo 03 de 2002 entender que el modelo procesal adoptado es el acusatorio, y en consecuencia es este el que se debe desarrollar” (p. 323). Igualmente, afirma que se caracteriza por la “existencia de las salidas alternas al juicio oral (...) entender que para el ejercicio de la acción penal se requiere mayor discrecionalidad del fiscal en su aplicación y sin control judicial [y] se aplique en todos los procedimientos penales” (p. 324).

2.2 De los allanamientos, preacuerdos y negociaciones

El allanamiento a cargos “premia al procesado que mediante la manifestación libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asistido por un abogado defensor, acepta sin ningún condicionamiento la responsabilidad penal en el comportamiento de trascendencia social y jurídica atribuido por la Fiscalía” (Sarabia, 2013, p. 4). En estos casos, dependiendo de la audiencia en que lo haga así será la rebaja de pena. A tiempo que, los preacuerdos y negociaciones son los que tienen, entre otros fines, el de “lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso” (L. 906, art. 348, 2004) en donde éste acepta su responsabilidad penal y el acusador le concede un beneficio.

En consecuencia, esas herramientas fueron las que llevaron a pregonar que en adelante se agilizaría la administración de justicia en materia penal, pues ya todos los procesos no irían a juicio sino únicamente una mínima parte. En efecto:

En el agregado de salidas de noticias criminales en el Sistema Penal Acusatorio, las sentencias representan el 5% del total. Considerando que en el diseño previsto por el legislador de un sistema procesal penal como sistema premial se esperaba que sólo entre el 7 y el 10% de las causas llegaran a la etapa de juicio, de modo que el grueso de la demanda fuera atendido en las fases procesales previas (en virtud de la aplicación de los mecanismos de terminación anticipada del proceso,

negociaciones y preacuerdos, y del principio de oportunidad) como consecuencia de una investigación robusta y contundente que incentivara la aceptación de cargos del procesado, éste parece, a primera vista, ser un resultado positivo (Chaparro, Poveda, Benavides, Domínguez, y Díaz, 2015, p. 39).

Igualmente, CEJ (2004) sostuvo en su momento que “los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o procesado que conducen a la terminación anticipada del proceso, redundan en la celeridad procesal para la obtención de sentencias prontas” (p. 35) con lo que, según la misma Corporación se esperaba que “la mayoría, e incluso la inmensa mayoría de procesos, concluyan de esta manera” (p. 35).

Pero, solo bastaron dos años de vigencia de ese código para que el legislador, como se dijo anteriormente, expidiera las leyes 1098 y 1121 de 2006, en las cuales, en sus artículos 199 y 26, respectivamente, en los delitos allí relacionados y ya descritos, en la práctica restringiera estos “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39), al disponer que en estas actuaciones los indiciados, imputados o acusados e incluso los condenados no tienen derecho a ningún beneficio administrativo o judicial con las que prohibió cualquier beneficio en los delitos allí mencionados.

En efecto, en virtud a estas dos leyes, los imputados al allanarse o preacordar o negociar con la Fiscalía no tendrán “beneficio o subrogado judicial o administrativo” (L. 1098, art. 199, 2006). Por estas razones no existe incentivo alguno para buscar la terminación anticipada del proceso. Antes, por el contrario, con esta legislación la mejor estrategia defensiva es ir a juicio.

Es que, eventualmente podrá obtenerse la libertad por vencimiento de términos, o, dada la mora judicial, que los testigos no se presenten al juicio y así obtener una sentencia absolutoria, pues como dice el adagio popular “bien se puede atrever, quien nada tiene que perder” (Busca Palabra, s.f., párr. 15).

Sin embargo, la jurisprudencia penal, morigerando esa prohibición, por justicia y principalmente en respeto de la dignidad humana, en los delitos enlistados (L. 1121, art. 26, 2011), cuando se acude a los “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39), no es aplicable el aumento de pena previsto de manera general para todos los delitos en la Ley 890 de 2004, pues dicho aumento se instituyó precisamente para darle margen de negociabilidad al ente acusador. Así lo ha sostenido esa Corporación:

7.5. La sentencia en cita, señaló que en atención al principio de proporcionalidad, se presentaba como injusto y contrario a la dignidad humana el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 frente a los delitos del artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, cuando se ha acudido a los mecanismos procesales de justicia premial instituidos por el legislador (C.S.J. Sala C.P., SP16560-2015, p. 15, 2015).

Otras leyes que se han expedido y que atentan directamente contra los “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39), son la 1142, 1453 y 1709, de las cuales, la primera adicionó un nuevo artículo al Código sustantivo penal bajo el título de “Exclusión de beneficios y subrogados” (L. 1142, art. 32, 2007), en los siguientes términos:

La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68A el cual quedará así:

Artículo 68 A. Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores (L. 1142, art. 32, 2007).

Cuatro años después, se expidió, conforme la denominó el Ministerio del Interior y de Justicia (2011) “La llamada Ley de Seguridad Ciudadana” (p. 7), la cual, adicionó ese artículo 68A, así:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o cuando haya sido

condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional (L. 1453, art. 28, 2011).

Y, para agravar aún más este panorama de la improcedencia de subrogados penales y la concesión de algún beneficio judicial o administrativo, en la Ley 1709 de 2014, se modificó nuevamente ese artículo 68A, en el sentido de ampliar el listado de delitos en los cuales se prohíbe expresamente su otorgamiento, todo lo cual, le impide al Fiscal entrar a negociar con el imputado o acusado sobre estos aspectos.

Esto, por cuanto como lo tiene sentado el organismo de cierre de la jurisdicción penal, el juez de conocimiento, como juez constitucional que es, en los preacuerdos o negociaciones debe intervenir, es decir, no aprobarlos, cuando el fiscal, entre otros casos, acuerda otorgar beneficios cuando “no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado” (C.S.J. Sala C.P., SP16731-201, p. 27, 2017). En otras palabras, cuando el legislador por política criminal prohíbe para determinado delito la concesión de un subrogado penal o cualquier otro beneficio judicial o administrativo, el imputado o acusado no puede acceder a ellos a través de los preacuerdos o negociaciones, pues así se ha pronunciado:

Nada diferente ocurre frente a los procesos que terminan anticipadamente, en tanto el juez competente para examinar los términos de la negociación, debe verificar si están dados los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, lo que incluye aspectos como los siguientes:

(i) La existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, (...) (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos (C.S.J. Sala C.P., SP384-2019, pp. 23-24, 2019).

La Corte, ya en el 2006, presintiendo el debilitamiento paulatino de los “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39), sostuvo que desestimular “la terminación temprana de los procesos (...) podría resultar más favorable someterse al juicio oral que optar por un procedimiento de desvío, lo que podría ocasionar el colapso del sistema” (C.S.J. Sala C.P., 24817-2006, p. 33, 2006). De esta sentencia se extracta lo siguiente:

Desestimular la terminación temprana de los procesos...podría ocasionar el colapso del sistema, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales (...) es un sistema que privilegia la terminación temprana del proceso y erige en principio rector los derechos de las víctimas a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a

cargo del autor o participe del injusto -según fórmula contenida en el literal d del artículo 11 de la ley 906 de 2004 (Gómez, R., y Castro, F., 2009, p. 8).

Incluso, desde el primer año de vigencia de ese sistema, la Corte sostuvo que “el sistema se monta sobre un ideal: El que a un juicio no lleguen más del 10 % de los casos; un número mayor necesariamente lo colapsa y es imposible de evacuar” (C.S.J. Sala C.P., 21954-2005, p. 73, 2005), como argumento de autoridad hace la siguiente cita:

El Chief Justice Burger en el caso *Santonello Vs New York* señaló que “una reducción del 90 al 80 % en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Jurados, etc.), mientras que la reducción al 70 % exigiría triplicarlos (C.S.J. Sala C.P., 21954-2005, p. 73, 2005).

No en vano, la doctrina especializada en criminología, como Restrepo (2014) lo anota que la sensación de impunidad desnaturaliza el monopolio de la administración de justicia en cabeza del Estado, amenaza la institucionalidad misma de la democracia, toda vez que, la falta de respuesta en forma oportuna a los problemas sociales derivados de criminalidad ha llevado a la creación extra oficial de grupos encargados de ajusticiar a los infractores. En efecto:

Habría que adicionar a lo anterior el hecho de que con mucha frecuencia se escucha la queja de que nuestros despachos judiciales se encuentran atiborrados de procesos, hasta el extremo de hacer prácticamente imposible su funcionamiento

eficiente, lo que podría favorecer que se recurra a las “justicias no oficiales”. Un estudio realizado por el Instituto Ser en 1976 parece darles la razón a quienes así piensan (Restrepo, 2014, p. 497).

A lo anterior se suma la jurisprudencia penal a desestimular los “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39). En efecto, en el radicado 39831, retomando su postura de 2005, sentenció que “indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado” (C.S.J. SP14496-2017, p. 126, 2017). Por tanto, al ser una modalidad de acuerdo para que surta efectos el imputado deberá reintegrar el 50% del valor apropiado y asegurar el saldo (L. 906, art. 349, 2004), cuando este requisito el legislador lo previó para los preacuerdos más no para los allanamientos. Así se pronunció la Corporación:

En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que

(...) la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación (C.S.J. SP14496-2017, p. 127, 2017).

Entonces, ley y jurisprudencia paulatinamente han venido encargándose de soslayar las bases propias “del Acto Legislativo 03 de 2002 que dio origen constitucional al sistema acusatorio en materia penal” (C.S.J. SP14496-2017, p. 122, 2017). Esta realidad, lleva, precisamente, al hecho de estar en el mismo escenario que produjo en el Constituyente derivado, según el Ministro de Justicia para ese entonces, “en aras de efectivizar un sistema penal eficaz, garantista, coherente y estable” (CEJ, 2004, P. 25) a cambiar de sistema procesal penal.

Es que, esas reformas legislativas no han tenido en cuenta que al llevarse a juicio todas las causas por los delitos que ha prohibido rebajas de penas o subrogados penales en los allanamientos, preacuerdos o negociaciones, conforme lo anota Sánchez (2017) los costos tanto económicos como en recursos humanos y técnicos que ello implica que hacen casi imposible que el sistema adversarial funcione. En efecto así se ha expuesto:

Primero, realmente el sistema procesal adversarial funciona cuando no funciona, es decir, cuando el número de procesos estadísticamente es tan ínfimo que, al ser una opción tan extrema y excepcional, si las partes la asumen es porque están sumamente preparadas para un combate costoso, fuerte y leal. Y es que realizar un proceso penal no es nada fácil: el hecho de alistar todo el arsenal probatorio, legalizarlo, asegurarlo, tener a los testigos y peritos listos, preparar el escenario judicial, los funcionarios, los asistentes, las salas de audiencia, demostrar cada elemento objetivo, subjetivo o normativo del tipo penal, implica altísimos costos intelectuales, humanos, económicos y administrativos. Con razón en EE UU se

dice que el verdadero sistema procesal no se traduce en los juicios, sino en las salidas alternas de acuerdos, allanamientos o principios de oportunidad, institutos que en Colombia cada día tienen menos alcance, a partir de políticas populistas y carentes de una adecuada reflexión (Sánchez, 2017, párr. 8).

No es gratuito entonces que según la CEJ (2011) haya puesto de presente a la comunidad “la falta de eficacia y eficiencia que se atribuye al Sistema Penal Acusatorio. Tal es así, que en la presentación del *informe independiente sobre el cumplimiento de compromisos de Colombia frente a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*” y que “la investigación y sanción de delitos de corrupción no está siendo efectiva por cuenta de fallas del Sistema Penal Acusatorio, por lo que recomienda su urgente reforma” (citada por Daza, 2014, pp. 315-316). Este mismo autor al respecto concluye que:

De las reformas legislativas en materia penal y procesal penal implementadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, se evidencia que existe una tendencia al aumento punitivo y a la restricción en el acceso a beneficios por aceptación de cargos en varios delitos, lo cual desestimula la terminación anticipada de los procesos por aceptaciones unilaterales o preacordadas de cargos, generando la posibilidad de que se congestione aún más el trámite de los procesos penales (Daza, 2014, p. 347).

De otro lado, referente a la titularidad del “ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991) en tratándose de preacuerdos o negociaciones, la Corte, “ha dejado sentado que esa

actuación de la Fiscalía no está sometida a control material por parte de los jueces” (C.S.J. Sala C.P., SP2042-2019, p. 15, 2019). Por esta razón está obligado a aceptar lo acordado entre las partes, a menos claro está, que se trate de un preacuerdo manifiestamente contrario a la ley. En efecto, entre otras sentencias ha expuesto que:

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales (C.S.J. Sala C.P., SP14191-2016, p. 28, 2016).

Acá, como puede advertirse, al reconocer la Corte “que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos” (C.S.J. Sala C.P., SP14191-2016, p. 28, 2016), por tanto, está obligado a acogerlos, a menos, como lo tiene sentado esa Corporación, de que se trate de un acto que, de manera grosera, es decir, en forma flagrante quebrante las garantías fundamentales.

2.3 De la acusación en el sistema acusatorio

Por principio acusatorio se entiende “que no puede juzgarse a ninguna persona sin que exista previamente una acusación. Como consecuencia, se impide al órgano judicial juzgar hechos distintos y personas diferentes de las acusadas” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 56). Por eso, en desarrollo del mismo se ha entendido que “Este principio, además, se proyecta en varios sentidos: (i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma en perjuicio” (C.S.J. Sala C.P., 26087-2007, p. 39, 2007).

Sentidos que explica la Corte así:

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. Y, por el tercero, también en sentido lato, que la segunda instancia no puede agravar la situación del condenado cuando éste funge como apelante único (C.S.J. Sala C.P., 26087-2007, pp. 39-40, 2007).

Barrientos (s.f.) sostiene que este principio se caracteriza porque contiene una serie de limitaciones como la “imposibilidad de decretar la apertura del juicio oral sin una acusación previa, la vinculación de la sentencia a los hechos, a la calificación jurídica y a la petición punitiva reclamada por la acusación y la prohibición de la *reformatio in peius*” (párr. 1). Este mismo autor, más adelante agrega que “el derecho a la defensa y a conocer la acusación, además

de la garantía constitucional de la imparcialidad judicial, que se vería comprometida en los casos en los que la decisión judicial exceda de los pedimentos de las partes” (párr. 5). En otras palabras, según Gómez (2003) el principio acusatorio:

(...) tiene tres aristas: a) Sin acusación no hay proceso y la misma debe ser formulada por persona diferente al juez; b) no puede proferirse condena por hechos ni en relación con persona distinta a la señalada en la acusación; y, c) el juez no tiene facultades de dirección material del proceso so pena de empañar su imparcialidad (citado por Díaz, 2014, p. 50).

Entonces, cuando “se coloca al juez en la condición de co-acusador ya que se le autoriza a que exprese, con carácter vinculante, su propia teoría del caso, (...) [invade] la órbita requirente que le está asignada con exclusividad al fiscal” (C.S.J. Sala C.P., 39886-2013, p. 72, 2013). Por eso, cuando ello sucede se afirma que el “sistema penal de corte acusatorio vigente el dogma del principio acusatorio carece de estructura aplicable; muestra cómo, con extrañeza, se emplea ese postulado pese a que está concebido de cara a instituciones que, justamente, hacían parte del sistema inquisitivo derogado” (Díaz, 2014, p. 35).

Por eso es que, pese a la introducción de este nuevo sistema procesal el cual contiene en sí el principio acusatorio, diseñado en un sistema de partes, cuyo fin, entre otros, según Díaz (2014) era el de agilizar la administración de justicia en materia penal, al cual, sin embargo, se le han hecho varias modificaciones que conforme a alguna parte de la doctrina eran necesarias lo cierto es que han desquiciado el sistema (p. 36), pues:

Para dar ese paso, el Acto Legislativo 03 de 2002 –que modificó en esta materia la Constitución de 1991 en su artículo 250– introdujo al ordenamiento interno el llamado sistema penal acusatorio, que se desarrolló y acogió legislativamente a través de la promulgación de ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal. Este modelo procesal trajo consigo el principio acusatorio que, en buena medida, prevé un esquema adversativo del cual se ha ocupado la doctrina procesal en plan de señalar sus diversas características, de tal manera que la estructura del mismo se haga más inteligible.

Por supuesto, la intención era introducir un diseño que permitiera aligerar los procedimientos, pero éste si bien no ha fracasado, ha sido objeto de algunas modificaciones que a juicio de la judicatura y de algunos críticos eran necesarias para satisfacer las expectativas del país. Sin embargo, dichas transformaciones han terminado por desquiciar el esquema en cuanto a la aplicación del principio acusatorio que, pese a ser concebido de una determinada forma, se ha desnaturalizado a lo largo de la implantación del sistema (Díaz, 2014, p. 36).

De ahí que la importancia de este principio radica no solo en la distribución funcional necesaria para “la administración de justicia penal, sino también en que la misma distribución de funciones implica una garantía que limita el poder de persecución penal estatal al no autorizar que el juez se comporte como investigador o el fiscal como juzgador” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 56). Por eso como igualmente lo resaltan estos autores que ello “significa que debe

establecerse una distribución de competencias que permita mantener la imparcialidad del juzgador” (p. 56).

2.4 De la congruencia en el sistema acusatorio

El órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria penal frente al principio de congruencia en el anterior sistema dejó sentado que se fundamenta en la parte “fáctica (que dice relación con los hechos o comportamiento atribuido a la persona), personal (referida a la identidad entre la persona acusada y la condenada) y jurídica (atinente a la denominación típica (...) dentro de la norma penal que lo regula)” (C.S.J. Sala C.P., SP1848-2014, p. 14, 2014). Lo que no sucede en el nuevo sistema porque:

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 aún (sic) mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, p. 23, 2006).

Sobre la importancia y trascendencia de este principio esa alta Corporación de tiempo atrás y trayendo a colación la sentencia 20134 de 2014, tiene sentado que:

La concordancia entre sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia

anticipada...), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí (C.S.J. Sala C.P., 32063-2011, p. 11, 2011).

Asimismo, esa Corporación ha sostenido que en ese principio “solo es absoluta la congruencia personal y fáctica, en tanto que la jurídica es relativa, puesto que el juez puede absolver o condenar de manera atenuada o por una conducta distinta a la imputada siempre que no agrave la situación del encartado” (C.S.J. Sala C.P., SP029-2019 -2019, p. 20, 2019).

Consignando más adelante en la misma decisión que “Lo expuesto pone de presente que el reproche penal del juez plural desbordó el marco fáctico delimitado por la Fiscalía (...) lo que lesiona el principio de congruencia y trasgrede el derecho de defensa” (p. 23).

En cambio, en vigencia “del Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), en el cual, y hasta antes de 2016, la misma Corporación reconociendo la diferencia no solo del sistema allí implementado sino del mandato expreso de la congruencia en el sentido de 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” (L. 906, art. 448, 2004), tenía sentenciado que ese principio no solo

estaba sujeto a lo personal, fáctico y jurídico, sino que se complementaba con la solicitud de condena por parte del ente acusador. En efecto, ello se consigna en las siguientes decisiones, así:

(...) 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”, por lo que en tal hipótesis al juez de conocimiento no le queda otro camino que el de emitir un fallo absolutorio (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 11-12, 2016).

Incluso, atendiendo los principios introducidos con el “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que implementó en] Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), del cual la Corporación determinó que el principio de congruencia está referido a los aspectos fáctico, personal y jurídico y también a los argumentos y citas específicas de la normatividad en los alegatos. Igualmente, sostiene que el incumplimiento de esta obligación de los “delegados fiscales implica desatender de manera grave una carga procesal (...) [que deja] a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo” (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, p. 32, 2007). En efecto, frente a ello así lo consignó:

La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que (...) Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la

acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral) (...) de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal (...).

El incumplimiento de tal obligación por parte de los delegados fiscales implica desatender de manera grave una carga procesal, y, en virtud de las reglas propias del garantismo penal, dejar a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo, pues en lugar de condenar por todos los delitos y con todas las agravantes, éstos se verán obligados a proferir la sentencia en los precarios términos en los que aparezca elevada la acusación. Esto es así porque el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (*nemo iudex sine actore*), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su existencia y ulterior desarrollo del proceso (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, pp. 31-32, 2007).

También en la decisión emitida en el 2016, radicado No. 43837, la Corte, trayendo a colación la línea jurisprudencial hasta entonces trazada en relación con la congruencia en el marco “del Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), sostuvo que:

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”, por lo que en tal hipótesis al juez de conocimiento no le queda otro camino que el de emitir un fallo absolutorio (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 11-12, 2016).

Igualmente, la Corte (2006), recordó el radicado 15843, del cual resaltó que:

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 (citada por C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 12, 2016).

También trajo a colación la sentencia 28961, de la cual resaltó:

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 (citada por C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 14, 2016).

De la decisión del Radicado 28912 de 2010, en la cual la Corte dejó claro cuáles eran las diferencias de este principio en los sistemas de las Leyes 600 y 906, consignó que:

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”
(citada por C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 15, 2016).

También recordó una decisión de septiembre 11 de 2013, sin indicar el radicado, de la cual destacó:

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 (...)

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 (citada por C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 17, 2016).

Incluso, sostiene que:

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” 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 (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 15, 2016).

Igualmente, en esa decisión concluyó que “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 19, 2016).

A pesar de lo anterior, la Corte, contrariando su línea jurisprudencial concluye que:

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 oral (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016).

Refiriéndose a este tema Bernal y Montealegre (2013) sostienen que el juez emitirá su decisión que “puede coincidir o no con el pedimento de la Fiscalía” (p. 855). Sin embargo, a tal

conclusión llegan estos doctrinantes al analizar la decisión que debe tomar el juez al momento de que alguna parte solicite la absolución perentoria, lo cual, como lo manda la norma procede “cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación” (L. 906, art. 442, 2004), pues, en caso de no reunirse este condicionamiento, necesariamente las partes deben alegar.

De esta postura de la Corte, en el sentido 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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016), se concluye que es contraria al mandato expreso de 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” (L. 906, art. 448, 2004), es lo que lleva a concluir que hoy en día “La ley ya no es la ley” (Bejarano, 2019, párr. 1).

Se llega a la anterior conclusión porque la Corporación le está otorgando, por vía jurisprudencial, a los jueces, la titularidad del “ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991), con lo que asumen el rol de acusadores. “Sin embargo, dichas transformaciones han terminado por desquiciar el esquema en cuanto a la aplicación del principio acusatorio que, pese a ser concebido de una determinada forma, se ha desnaturalizado a lo largo de la implantación del sistema” (Díaz, 2014, p. 36). Es decir, enviste a los jueces de todas las facultades propias del sistema inquisitivo, pues, con esta interpretación, no existe ninguna diferencia entre estos dos sistemas procesales en tal sentido.

En otras palabras, con esta postura se regresó al sistema que intentó abolir el Acto Legislativo No. 03 de 2002: el que rigió por más de cinco siglos: El sistema procesal penal inquisitivo.

2.5 Solicitud absolución por el ente acusador

En la sentencia emitida en el radicado 43837 del 25 de mayo de 2016, emanada del órgano de cierre en la jurisdicción penal ordinaria como la clasifica López (2013) “Sentencia hito. Sentencia modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)” (p. 163), da un giro de 180° en la interpretación y aplicación “del Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria (C.C., C-025/10, p. 18, 2010), al sentenciar 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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016), por lo que la sentencia absolutoria podrá ser apelada por las partes o los intervinientes al tratarse de una decisión judicial.

A esta conclusión llegó la Corporación, luego de hacer el análisis de su línea jurisprudencial en la cual encontró que “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 19, 2016). Es decir, que la aplicación de esta norma venía siendo acorde al “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025/10, p. 18, 2010). Y, no podría

ser de otra forma porque precisamente ese fue el sistema introducido con la enmienda constitucional del año 2002.

Sin embargo, la Corte consideró que pese a que el “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025/10, p. 18, 2010), éste, presenta algunas características que lo diferencian de los demás, “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 45, 2016).

Además, que, todos los “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39), como lo son el de oportunidad, preclusión, absolución perentoria y preacuerdos, tienen control judicial. Igualmente, que absolver solo porque el fiscal lo solicite sin valoración de las pruebas “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 46, 2016).

También porque la garantía de recurrir las decisiones que pongan fin al proceso “hace parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 46, 2016). Otro aspecto es que se vulneraría la competencia del juez de segunda instancia la que se limitaría por factores ajenos a la

impugnación. Asimismo, que “ni el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, ni ninguna otra norma regula la figura de retiro de cargos o de la acusación” (p. 47).

Las razones de la tesis interpretativa expuesta por la Corte para cambiar su jurisprudencia, la misma Sala las resume así:

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

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

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

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

e) La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal; hace parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una

auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó.

f) El principio de la doble instancia, componente esencial del debido proceso, se desnaturalizaría si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como ocurriría, por ejemplo, si aquella se circunscribiera a la verificación de la voluntad de la Fiscalía o por otras razones de una pretendida coherencia sistemática.

g) Ni el artículo 448 ni ninguna otra norma de la Ley 906 de 2004 concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Esta tampoco puede inferirse o entenderse implícita en el estatuto procesal porque una interpretación así violaría la regla constitucional de la irrenunciabilidad de la persecución penal.

h) No debe confundirse la facultad –limitada como se vio- que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.

i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 45-48, 2016)

De esta sentencia puede concluirse que:

Conforme a la decisión mayoritaria, para que el juez desatienda la petición de absolución que el Fiscal formule en las alegaciones, se debe desconocer que éste en el momento en que presenta dicha solicitud es el titular de la acción penal. Y, en ese lapso quién la ejerce? (sic), según el criterio adoptado por la Sala, así se niegue, lo cierto es que en ese lapso tal facultad la ejerce el juez, quien es el que decide condenar y desarrollar la teoría del caso que con esa orientación se negó presentar y desarrollar el Fiscal (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 58, 2016).

Lo anterior y guardadas las proporciones equivale a lo previsto en la legislación anterior en el sentido que “Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal” (L. 600, art. 400, 2000). Sin embargo, con esta postura se cercena el mandato de que “El acusado no podrá ser declarado culpable (...) por delitos por

los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004). En otras palabras, con esta sentencia se “borró” de la ley 906 la parte transcrita del artículo 448.

Igualmente, se concluye que el principio de congruencia vuelve a ser el mismo que se previó en las leyes anteriores al 2004. Es decir, a la triple arista: “fáctica (que dice relación con los hechos o comportamiento atribuido a la persona), personal (referida a la identidad entre la persona acusada y la condenada) y jurídica (atinente a la denominación típica...)” (C.S.J. Sala C.P., SP1848-2014, p. 14, 2014).

Entre los argumentos que se expusieron por los Magistrados que salvaron voto, se tienen los siguientes:

1. Principio de legalidad. El artículo 448 (...) Esta regla desarrolla el principio de legalidad que debe regir el debido proceso del sistema acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 para Colombia. La interpretación acogida en la decisión mayoritaria no se ajusta a la garantía fundamental que representa el texto transcrito.
2. No se puede leer sí donde solamente se admite el no o viceversa. Conforme al principio de legalidad citado, no se puede condenar por “delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, el no es mensaje claro, inequívoco, perentorio y por ende es el único alcance que admite la interpretación de la norma (...)

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

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

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

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

6. El juez no puede asumir la función acusadora que le corresponde a la Fiscalía. El sistema acusatorio lo caracteriza la titularidad de la acción penal en el fiscal y la imparcialidad del juez (...)

7. El entendimiento de las alegaciones del fiscal como un acto de postulación, cercera el acto complejo de la acusación, del que las excluye la decisión mayoritaria de la Sala, no obstante que el artículo 443 del C de P.P., las tiene como parte de la acusación (...)

8. El juez es el director del proceso, juzga pero no acusa (...)

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

10. Una cosa es la absolución perentoria y otra la petición de absolución (...)

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

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

13. No es de la naturaleza del sistema acusatorio la oficiosidad que le otorga la Sala mayoritaria el Juez para apartarse de la pretensión del titular de la acción penal, es una tesis propia de la Ley 600 de 2000 o de los sistemas inquisitivos que no tiene cabida en la Ley 906 de 2004.

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

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

16. Ante la petición absolutoria de la Fiscalía no se puede pretermitir las alegaciones de las demás partes e intervinientes (...)

17. El Acto Legislativo 03 de 2002 le impuso a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal (...)

18. No rige un sistema adversarial neto, pero no es ese argumento válido para cambiar el sentido del artículo 448 del C de P.P. (...)

19. La congruencia no solamente se predica de sus elementos subjetivo, fáctico y jurídico, también la integran las actuaciones procesales ejecutadas en la imputación (fáctica), acusación (fáctica y jurídica), teoría del caso, alegaciones y sentencia (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 54-69, 2016)

Los magistrados Acuña, Barceló y Salazar, por su parte, en el salvamento de voto conjunto, argumentan que:

(...) el cambio de paradigma consustancial a la reforma procesal penal en pos de la adopción explícita del principio acusatorio (...) [y que] uno de los pilares en los que se sustentó el adecuado funcionamiento del sistema, lo fue el reconocimiento de la subordinación del juez al principio acusatorio (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 70-71, 2016).

Frente “al papel del juez en el sistema penal acusatorio, se venía señalando que con el advenimiento de la reforma procesal quedó despojado del rol de investigador oficioso” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 75, 2016). Que, además la función del juez, no es la de obtener la verdad. Asimismo, sostienen que la fiscalía tan solo cuando ha terminado la práctica de las pruebas, al alegar, culmina la acusación, por cuanto:

Ahora bien, solo una vez practicados los medios de convicción necesarios que permitan establecer la existencia del delito y la responsabilidad del acusado podrá aquella, en su rol de parte, pedir la adopción de sentencia condenatoria o absolutoria, categoría jurídica cuya construcción es de su exclusivo resorte y si se dice que únicamente al fenecer la etapa probatoria del juicio estará en condiciones de dilucidarla, en forma definitiva, lo es al ser factible que cumplida esa etapa los medios de conocimiento arrojen un resultado diferente al que ab initio concibió, de modo tal que *“la determinación de una sanción penal no puede fundarse solo en los hechos jurídicamente relevantes imputados en la acusación, sino principalmente en la solicitud de condena que haga el ente persecutor en el alegato de cierre, valga decir, después del debate probatorio del juicio, pues solo en ese momento es que la partes pueden conocer a ciencia cierta [...] lo acontecido y ello es lo que permite discernir cuál es el derecho aplicable. Esta realidad es lo que le da sentido a lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004(…)”* (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 79, 2016).

Agregan además que:

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

caso de la Fiscalía, desconociendo la autonomía y misión de esa institución y bien podría decirse que esa percepción auspiciaría una especie de máxima de la experiencia referida a que el juez, razona mejor que el fiscal (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 80, 2016).

Frente al control judicial aducen:

En nuestro concepto, también es erróneo inferir que el control judicial a la actuación de la Fiscalía al aplicar el principio de oportunidad, solicitar la preclusión, o en los eventos de terminación anticipada del proceso, da lugar a predicar que su petición de absolución en el alegato conclusivo se encuentra sujeta a ese examen, por vía de *analogía juris* (...) (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 81, 2016).

Además, exponen que:

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

jurídico prevé, de configurarse alguna de las causales legales, la posibilidad de acudir a la acción de revisión (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 83, 2016).

Referente a las víctimas sostienen que igual que el Ministerio Público por no ser parte en el proceso sino intervinientes no están legitimados para recurrir la sentencia absolutoria cuando el Fiscal ha solicitado en sus alegatos de conclusión la absolución, pues, en relación con las primeras deben hacer causa común con la Fiscalía (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 88-90, 2016), decisión en la cual agrega que:

Por último, no basta, en nuestra opinión, con la mención abstracta de que “razones de una pretendida coherencia sistemática” son insuficientes para concluir que la petición absolutoria realizada durante el alegato de cierre por la Fiscalía es vinculante, puesto que más allá de una propuesta dogmática, conceptual o académica, el objeto de la previsión normativa del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, además de desarrollar el principio acusatorio, es garantizar la imparcialidad del juez como componente esencial del sistema, lo cual no es asunto de menor calado, ya que la nueva postura mayoritaria apareja incertidumbres que resultan de mayor relevancia confrontadas con aquellas que la propiciaron (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 90-91, 2016).

En otras palabras, los magistrados disidentes ponen de presente cómo con la nueva postura de la sala mayoritaria y con la cual se desconoce el mandato claro y expreso de 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” (L. 906, art. 448, 2004), se vulnera el principio acusatorio, se rompe la imparcialidad del juez como componente esencial de este sistema penal acusatorio.

3 Capítulo

Régimen procesal penal colombiano “¿Inquisitivo o acusatorio?”

A raíz del fallo de 2016, emitido dentro del radicado 43837, que sentó el criterio de 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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016), Fernández (2016a) se pregunta si se está frente a un sistema ¿Inquisitivo o acusatorio? (párr. 1), para, luego de hacer un análisis de la misma, interrogar si: “¿Reaparece la ignominiosa figura del inquisidor? ¿Expira el sistema acusatorio? (párr. 10).

Es que, no es la primera vez que la Corte, apartándose incluso del tenor literal de la norma, so pretexto de evitar efectos contrarios a la Constitución, desconoce los principios fundamentales “del Acto Legislativo 03 de 2002, [que] (...) introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025/10, p. 18, 2010). En efecto, en tratándose de pruebas “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio” (L. 906, art. 361, 2004). Sin embargo, esa Corporación, en el año 2006, sostuvo que:

4.4 Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables (C.S.J. Sala C.P., 24468-2006, p. 40, 2006).

Esta interpretación propia del sistema inquisitivo fue corregida en acción de constitucionalidad dirigida contra esa norma, en la cual se sentenció “que la prohibición acusada no se aplica en el ejercicio de las funciones propias del juez de control de garantías, sino únicamente ante el juez de conocimiento y, en estos términos, la norma acusada se ajusta a la Constitución” (C.C., C-396/07, p. 41, 2007), pues de esa forma se garantiza la igualdad de armas. Frente a la sentencia emitida dentro del radicado 43837, desde la doctrina, se tiene que:

Conceder franquicias a jueces y Tribunales para que profieran sentencias condenatorias no obstante el retiro de la acusación por parte del representante de la Fiscalía, implica un palmario retroceso en la vocación acusatoria del modelo y una ostensible reversión en los objetivos buscados con la reforma constitucional del año 2002. Tan exorbitantes facultades contravienen la voluntad del legislador, la reiterada doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional (Fernández, 2016a, p. 10).

En fin, puede afirmarse junto con Fernández (2016a) que con estas posturas jurisprudenciales se están revirtiendo los objetivos pretendidos con la enmienda constitucional del año 2002.

3.1 Titularidad de la acción penal

A nivel constitucional se instituyó que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 2002). En tanto que a nivel legal se dispone que “El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible” (L. 906, art. 66, 2004).

Al respecto se tiene que no existe “una disposición de la Ley 906 de 2004, ni concepto de la doctrina o jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema o de la Corte Constitucional que no reconozca al Fiscal como titular de la acción penal” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 57, 2016), ni la Constitución ni las leyes expedidas con base en la enmienda constitucional de 2002, trasladan esa titularidad a los jueces de conocimiento.

Esa precisamente es la diferencia sustancial entre los dos sistemas: el inquisitivo y el acusatorio. Es así que en el primero “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juzgamiento” (L. 600, art. 26, 2000). Norma que encuentra complemento

con la orden de que “Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal” (L. 600, art. 400, 2000). Igualmente, así lo tiene sentado la jurisprudencia:

No ha de olvidarse que si bien –en todo caso- el titular de la acción penal es el Estado, en vigencia tanto del Decreto 2700/91 (art. 24) como de la Ley 600/00 (art. 26) era a la Fiscalía en la etapa de investigación y a los jueces en la de la causa, a quienes competía el impulso o el ejercicio de la misma, a diferencia de lo previsto en la ley 906/04 (art. 66) que le atribuye exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación la carga del impulso de la acción penal (C.S.J. Sala C.P., 28124-2008, p. 16, 2008).

Por eso en el sistema inquisitivo, una vez el juez competente adquiere el conocimiento de la causa, en búsqueda de la verdad, no solo puede sino debe ordenar la práctica de pruebas que corroboren su tesis (L. 600, art. 401, 2000). Para la validez de la audiencia pública, conforme al artículo 408 *ibídem*, es obligatoria la presencia del fiscal al igual que la del defensor y de la persona privada de la libertad más no se le obliga al ente acusador a alegar de conclusión y mucho menos como parte del principio de congruencia se regula que debe solicitar la condena como sí se le exige en la Ley 906 de 2004. En efecto:

Aunque en el proceso penal regulado por la Ley 600, artículo 404, el fiscal puede solicitar en la audiencia pública de juzgamiento la variación de la calificación

jurídica provisional de la conducta punible, e inclusive la absolución, el juzgador sólo debe observar la acusación y la variación respetando la congruencia, pero no necesariamente debe atender la petición de absolución (C.S.J. Sala C.P., 27413-2008, p. 18, 2008).

Contrario a esos códigos precedentes, en la legislación actual se ordena que “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación” (L. 906, art. 443 ,2004). Ello, significa que el representante del ente acusador debe sopesar la prueba practicada en el juicio y argumentar cómo se demuestra la ocurrencia de la conducta, y cómo, dicho comportamiento encuadra dentro de un tipo penal, cómo vulnera el bien jurídicamente tutelado, al igual que, cómo se demuestra la culpabilidad y responsabilidad del acusado, y ahí sí, en concordancia con el artículo 448, solicitar la condena.

Entonces, si como lo sostiene la C.S.J., Sala C.P., SP6808 (2016) cuando el Fiscal alega de conclusión se trata de un simple alegato de parte, se concluye que deja de ser el titular del “ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991). Ante ello, la pregunta que surge, como la plantea el Magistrado disidente, Fernández, es: ¿Quién la ejerce en ese momento? Esto, porque “así se niegue, lo cierto es que en ese lapso tal facultad la ejerce el juez, quien es el que decide condenar y desarrollar la teoría del caso que con esa orientación se negó presentar y desarrollar el Fiscal” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 58, 2016). Además, porque:

No sobra repetir que en las alegaciones no se pierde la titularidad de la acción penal, por el contrario, se ejerce y es la oportunidad en la que se concreta de manera definitiva, por eso no pueden ser consideradas como un mero alegato. Y, como esa calidad no la ostentan la defensa y los intervinientes, las alegaciones de éstos son meros actos de postulación (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 61-62, 2016).

Así las cosas, al asumir el juez la titularidad de la acción penal y condenar desarrollando una teoría del caso que ni presentó ni desarrolló el fiscal, conforme se consignó en el salvamento de voto citado, no existe ninguna diferencia entre el juez del sistema inquisitivo y el que ideó y diseñó el Constituyente de 2002, y desarrollado en la Ley 906 de 2004. Es decir, con esta sentencia se regresó al sistema inquisitivo, pues en estas condiciones es factible afirmar que “el Fiscal en una fase del proceso tiene la calidad de titular de la acción penal, en las alegaciones pierde esa condición y vuelve a recobrarla con el proferimiento del sentido del fallo” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 59, 2016), lo cual no tiene sentido ni fundamento legal.

Esta interpretación no se acompasa con el “Acto Legislativo 03 de 2002, [que] (...) introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025/10, p. 18, 2010), pues, esa postura es acorde al sistema inquisitivo. Además, porque “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (Const. P., art. 121, 1991). Y, se reitera, ni la Constitución ni la ley a partir de la enmienda constitucional citada les asigna a los jueces la titularidad del “ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991).

Eso llevó a los magistrados disidentes Acuña, Barceló y Salazar, a concluir que de acuerdo con la nueva postura se está ante “un retroceso que abarca prácticamente todo el interregno en el que se perfilaron los parámetros conceptuales en comento y con los que se buscaba lograr cierta coherencia con los rasgos esenciales del sistema acusatorio” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 76, 2016). Retroceso que no es otro que el de: Volver al sistema inquisitivo.

Es que, de otra parte, la interpretación dada en la sentencia C.S.J., Sala C.P., SP6808 (2016), ha abierto las puertas para legitimar como titulares del ejercicio de la acción penal a los intervinientes: en concreto en dicha sentencia a la víctima. Lo que significa que, la Corte al “convertir a la víctima en titular de la acción penal, daría al traste con todo el esfuerzo por borrar los rastros de venganza en el sistema penal moderno” (Daza, 2011, p. 321).

Y más reciente le dio esa titularidad al Agente del Ministerio Público como recurrente único. En efecto, en reciente pronunciamiento sostuvo que la “nueva lectura a la intervención del Ministerio Público, es aplicable a asuntos como el presente, pues, con independencia de que la Fiscalía –titular de la acción penal- interponga recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, aquel está facultado para hacerlo” (C.S.J. Sala C.P., AP438-2019, p. 10, 2019).

3.2 Separación de funciones de acusador y juzgador

“*Quien tenga al juez como su acusador, que busque a Dios como su defensor.* Anónimo” (Fernández, 2016b, párr. 1). Precisamente esa separación de funciones la describe Parra (2003) como que “no hay un buen instructor que a la vez sea buen juez: el uno mata al otro” (citado por Angulo, 2011, párr. 250). Al respecto la C.C. tiene sentado que “El nuevo proceso penal introducido en nuestra legislación con el Acto Legislativo número 3 de 2002, presenta, entre otras, dos características que ahora resultan relevantes” (C.C., C-118/08, p. 19, 2008), así:

La primera, se resume como la prohibición al juez para proceder de oficio (“*ne procedat iudex ex officio*”), pues la iniciación del proceso penal solamente procede a solicitud de la Fiscalía General de la Nación. De esta forma, se sigue el proceso penal, previo el ejercicio de la acción penal frente al demandado. Entonces, a pesar de que el Estado controla la persecución y el juzgamiento, el proceso penal no se abre *ex officio* por el juez, sino por solicitud del ente investigador y acusador. Así, el ejercicio de la acción penal y, por ende, la responsabilidad por la oficiosidad del proceso penal corresponde a la Fiscalía General de la Nación, pues la esencia de este proceso reside en el imperativo de realizar una imputación y una acusación previa. La segunda de las características se concreta en el aforismo según el cual “quién acusa no juzga”, en tanto que se considera necesario rodear al juez de garantías de imparcialidad para resolver la acusación penal (C.C., C-118/08, p. 19, 2008).

Esas características de la separación de funciones es lo que en la jurisprudencia penal en un esquema adversarial tiene sentando que “al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica” (C.S.J. Sala C.P., SP486-2018, p. 10, 2018) porque de permitirse que realice un control material “la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular teoría del caso (...) [afectando] la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que juzgar el asunto” (C.S.J. Sala C.P., SP486-2018, p. 10, 2018).

Precisamente esta característica del sistema acusatorio se desconoce cuando el juez so pretexto de ser el director del proceso y “no un mero árbitro” asume de oficio el problema jurídico y se aparta de la solicitud de absolución del Fiscal. Esto porque al juez se le “está autorizado, conforme a la decisión de la mayoría de la Sala, a condenar por lo que al juez le parezca que esté probado, hipótesis que abarca situaciones de delitos por los que no se ha reclamado condena, aún no incluidos en la acusación” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 64, 2016).

Es que, “en materia penal, la Corte ha entendido (tras la vigencia de la Ley 906 de 2004) que la separación de las funciones de investigación y juzgamiento es un desarrollo del principio de imparcialidad” (C.C., C-450/15, p. 45, 2015), al sentar que:

La imparcialidad representa, pues, el principio más depurado de la independencia y la autonomía judiciales o de quien, conforme la Constitución y la ley, le ha sido

reconocido un poder de juzgar a otros individuos, pues no sólo lo hace independiente frente a los poderes públicos, sino también, frente a sí mismo”

Como resultado de ello, la garantía de imparcialidad se encamina a evitar que el juzgador sea “juez y parte”, así como que sea “juez de la propia causa” (C.C., C-450/15, p. 38, 2015).

Por ello los Magistrados disidentes Acuña, Barceló y Salazar, en su salvamento de voto consignaron que:

(...) el objeto de la previsión normativa del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, además de desarrollar el principio acusatorio, es garantizar la imparcialidad del juez como componente esencial del sistema, lo cual no es asunto de menor calado, ya que la nueva postura mayoritaria apareja incertidumbres que resultan de mayor relevancia confrontadas con aquellas que la propiciaron. Por ejemplo, si la Fiscalía solicita absolución, estaría a cargo de los jueces infirmar la presunción de inocencia de vislumbrar estos funcionarios procedente la condena? Si en el delegado de la Fiscalía radica solo un poder de postulación, en aquel evento, le corresponde a los jueces asumir esa carga persuasiva? Cuál sería la diferencia, en ese escenario, entre el rol de la Fiscalía y de la judicatura (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 90-91, 2016).

Por eso, en esa separación de funciones o roles del acusador y juez fue ampliamente discutida en el Congreso, ya que, en el sistema a desarrollar con base en la enmienda de 2002,

era, “el toque distintivo más importante, por tanto se ubica la carga de la imputación y de la prueba en cabeza de la Fiscalía como parte del principio acusatorio, concepto que no estuvo ausente en la configuración de nuestro modelo adversarial” (C.S.J. Sala C.P., 39886-2013, p. 12, 2013). Ya que, conforme a la Gaceta del Congreso (2002) aquella Corporación:

La responsabilidad de ambos organismos también varía: el primero no responderá por el control de los jueces según el origen de su nacimiento, sino antes bien, por la eficiencia y efectividad de la aplicación de la ley penal (persecución penal); los jueces, en cambio, no serán responsables, como hasta ahora, como inquisidores, comprometidos a hallar la verdad para aplicar la ley, sino, tan solamente, por su función de custodiar el respeto debido a los derechos y garantías individuales y por la aplicación de la ley al caso sometido a su decisión (citada por C.S.J. Sala C.P., 39886-2013, p. 13, 2013).

Siendo entonces la separación de funciones además de un asunto de competencias: Fiscalía como ente acusador y el juzgador como tercero imparcial, es igualmente una garantía al “debido proceso” (Const. P., art. 29, 1991), que resulta vulnerado cuando el juez decide condenar pese a que el Fiscal ha solicitado absolución. Esto porque la “función requirente, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar –a su manera- el contenido de la acusación” (C.S.J. Sala C.P., 39886-2013, pp. 13-14, 2013). Por tanto, esa decisión, la sentencia condenatoria, está afectada por la “causal de nulidad [por] (...) violación (...) del debido proceso en aspectos sustanciales” (L. 906, art. 457, 2004).

Por ello, con el cambio de postura de la Corte, en el sentido 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 desecheda por el juez de conocimiento” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016), constituye un retroceso al sistema inquisitivo.

3.3 De la solicitud de absolución del Fiscal como parte del principio de congruencia

El legislador dispuso 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” (L. 906, art. 448, 2004). Del análisis de esta norma se tiene que está sometida a la triple arista: “fáctica (que dice relación con los hechos o comportamiento atribuido a la persona), personal (referida a la identidad entre la persona acusada y la condenada) y jurídica (atinente a la denominación típica...)” (C.S.J. Sala C.P., SP1848-2014, p. 14, 2014).

Concretamente frente al contenido de esta norma la Corte ha sostenido que “en aplicación de la ley 906/04 (...) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia” (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, p. 23, 2006). Por tanto, con que falte alguno de los dos primeros requisitos la sentencia necesariamente debe ser absolutoria. Es que, no puede concebirse un proceso en un sistema acusatorio sin acusación. La acusación a la vez debe contener un aspecto personal, otro fáctico y jurídico, y lógicamente debe culminar en este

sistema con una solicitud de condena pues así lo manda expresamente la norma (L. 906, art. 448, 2004).

Por eso, si el acusador en los alegatos concluye que no cumplió con su teoría del caso, al solicitar la absolución, no tiene pretensión alguna. Ello, de paso, lleva a concluir que no hay controversia con la defensa, y, por tanto, el juez nada tiene que dirimir. De otra parte, al no haber acusación la persona sentada en el banquillo de los acusados de nada tiene que defenderse, contrariando de esta forma la esencia del sistema acusatorio.

Es que, no puede afirmarse que la exigencia de que “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos (...) por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004), es una norma aislada, conforme lo argumenta en la sentencia de la C.S.J., Sala C.P., SP6808-2016, por cuanto como lo reconoce la C.C. “es preciso tener en cuenta, que el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo” (C.C., C-591/05, p. 43, 2005).

Fuera de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la intervención del fiscal en los alegatos de conclusión no es una actuación arbitraria, sin control o irresponsable: No. El fiscal, como cualquier otro servidor público tiene “controles endógenos (principio de legalidad, concatenado con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004) y exógenos (acciones disciplinaria y penal) que delimitan ese pronunciamiento” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 83, 2016). Incluso la misma Corporación frente a este aspecto de tiempo atrás tiene sentado que:

Esto significa, entre otros efectos, que la responsabilidad del funcionario por sus actuaciones, deviene judicial y administrativa (vale decir, puede cometer el delito de prevaricato y verse sometido a investigación disciplinaria), en contraposición a los Estados Unidos, donde la responsabilidad del fiscal por su comportamiento procesal, en principio, es meramente administrativa (C.S.J. Sala C.P., 28961-2008, p. 23, 2008).

Igualmente, así lo clarificó el Magistrado Fernández en su salvamento de voto:

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

La acusación o petición de condena es un acto de parte a cargo del titular de la acción penal, es una pretensión y no una decisión judicial. Por ello es que la petición de absolución que se deriva del artículo 448 del C de P.P. no tiene ni admite control, este texto legal es el soporte de ese acto, que es a su vez una excepción a la regla que el Fiscal en materia de disposición de la acción penal solamente tiene facultades de postulación (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 67, 2016).

Es cierto que, de otra parte, el sistema implementado en Colombia presenta características particulares como se afirma en la sentencia C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016. Sin embargo, en este caso, no puede interpretarse que “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 45, 2016). Es que, precisamente, dentro de estas características particulares instituidas por el legislador, le impuso la obligación al ente acusador, por ser de su exclusiva competencia, de solicitar condena, como requisito esencial de la acusación (L. 906, art. 448, 2004).

Por ello, la Corte, en su sentencia hito, luego de hacer el análisis de su línea jurisprudencial, encontró que “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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 19, 2016) lo cual, no podría ser de otra forma porque así lo instituyó el “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria (C.C., C-025/10, p. 18, 2010).

De lo anterior se tiene que al solicitar la fiscalía absolución en sus alegatos conclusivos no es que esté retirando los cargos ni renunciando “a la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991) como se concluye en esa sentencia. Lo que hace la Fiscalía con esa solicitud es: No acusar. Por tanto, el juez, en este sistema acusatorio, de oficio no puede hacerlo e impartir una condena. Una interpretación diferente no es acorde al sistema que derogó el Acto Legislativo No. 03 de 2002: El inquisitivo.

Entonces, si el ente acusador no acusa, el hecho de que varios “mecanismos de terminación anticipada del proceso” (Chaparro, et al. 2005, p. 39), como lo son, entre otros, la preclusión y los preacuerdos, estén sujetos al control judicial, ello, de por sí, no justifica que “El acusado (...) [sea] declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004) en contra del mandato expreso de esta norma.

Es así que, en la justicia restaurativa, en aquellos delitos que requieran querrela, cuando es exitosa la conciliación, el fiscal ordenará el archivo. En efecto, en estas conductas punibles “el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias” (L. 906, art. 522, 2004). O, conforme al mismo artículo cuando el querellante no asista a la diligencia de conciliación la considerará desistida e igualmente ordenará el archivo. Si ello es así, en el sentido que algunas formas de terminación anticipada del proceso requieren control judicial y otras no, cada una de esas formas servirían para sustentar las tesis igualmente contrarias (L. 906, 2004).

Esto, porque, unos, apoyados en la primera exigencia, como lo hizo la Corte, concluyen que la petición absolutoria del ente acusador no obliga al juez porque sus peticiones requieren control judicial. Otros, apoyados en que no todas las formas de terminación anticipada del proceso requieren control judicial, los llevaría a concluir que por no haberse solicitado condena por el Fiscal ahí terminaría la actuación.

Además, el hecho de que haya mecanismos anticipados de terminación del proceso penal, como los dos casos ya mencionados de la justicia restaurativa (L. 906, art. 521, 2004), valga recordarlos, cuando en aquellos delitos querellables prospera la conciliación o cuando se da el desistimiento tácito, el fiscal ordena el archivo, el cual no tiene control judicial, ello, de por sí hace surgir la falacia en que incurre la Corte cuando sustenta su tesis de que “Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal (...) deben someterse a la decisión de los jueces” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 46, 2016).

También la Corte como soporte de esa decisión trae a colación que “La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias (...) hace parte esencial de los derechos los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación.” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 46, 2016). Sin embargo, esa postura es contraria al “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025/10, p. 18, 2010), toda vez que “en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación” (C.C., C-209/07, p. 116, 2007).

Por estas razones se concluye que la víctima en el juicio oral no tiene la calidad de parte. Y, ello es así, porque en el sistema acusatorio dos son las partes: una que acusa, representada por la “Fiscalía General de la Nación” (Const. P., art. 250, 1991), y otra que se defiende, “el acusado” (L. 906, art. 126, 2004). Los demás, son intervinientes como el “Ministerio Público” (L. 906, art. 109, 2004) y “la víctima” (L. 906, art. 132, 2004). Y, en concreto, la víctima como

ya se dijo, en el juicio no está facultada para presentar su propia teoría del caso, por tanto, deberá actuar a través del fiscal.

Por eso los disidentes Acuña, Barceló y Salazar, transcribiendo esta sentencia de la C.C., al analizarla concluyen que “(...) participación pero estas no son incondicionales, categóricas ni omnímodas, pues han de ejercerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales del sistema consagrado en la Ley 906 de 2004, según lo anotó la Corte Constitucional” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 89, 2016), además porque:

Así las cosas, a nuestro modo de ver, es palmario que dentro de la lógica esencial del sistema penal acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, la petición absolutoria de la Fiscalía supedita al Juez a actuar en consonancia, de manera tal que la víctima ni ningún otro interviniente cuenta, en principio, con legitimidad o interés para impugnar la providencia que materialice aquel pedimento (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 88, 2016).

Igualmente, la Corte refiriéndose a la víctima sostiene que debe actuar de manera mancomunada con el ente acusador. Y, cuando se presenta conflicto entre ellos, dicho conflicto debe ser solucionado entre esas dos partes, es decir, entre la Fiscalía y la víctima. En efecto, reiterando esa postura sostuvo que:

La Corte no desconoce que la intervención de la Fiscalía de modo exclusivo en el debate probatorio oral, como titular de la acción penal y dueña de la acusación,

puede generar conflictos con la posición de la víctima, pero estos deben ser solucionados por esos dos sujetos procesales con apego a los lineamientos constitucionales y legales que imponen al ente acusador la carga de velar por las garantías del perjudicado con el delito y por el restablecimiento de los derechos que le fueron vulnerados (C.S.J. Sala C.P., 38256-2012, pp. 20-21, 2012).

Frente a la segunda instancia debe decirse que la misma no se encuentra limitada a argumentos diferentes a los del recurso por cuanto en las partes no existe interés jurídico en recurrir la sentencia, por cuanto, la Fiscalía al haber solicitado sentencia absolutoria y ésta debiéndose emitir en ese sentido carecería de cualquier interés de recurrir dicha decisión. Es que, por decirlo de alguna forma, está acorde a su interés. Igualmente, y con mayor razón, la defensa carece de cualquier interés en recurrir la sentencia que lo absuelve. Los demás intervinientes, por no ser parte, no están legitimados a recurrir pues no tienen su propia teoría del caso.

Además, no resulta exótico o extraño que al solicitar la Fiscalía la absolución en la práctica termine el proceso, por cuanto, esa forma de actuación está autorizada por el propio legislador cuando la Fiscalía o defensa, una vez terminada la etapa probatoria del juicio, solicita la absolución perentoria, en donde ni siquiera se da traslado a las demás partes para que se manifiesten al respecto, y el juez entre a resolver (L. 906, art. 442, 2004), luego de terminada la práctica de pruebas.

3.4 Violación al principio de congruencia

Sentado como está que “La congruencia es un principio estructural del procedimiento penal, ya sea que el procedimiento tenga una estructura inquisitiva o que, por el contrario, se haya edificado sobre las bases de un sistema acusatorio” (C.C., T-1067/12, p, 12, 2012), su desconocimiento, es decir, cuando la sentencia condenatoria no es congruente, está afectada por la “causal de nulidad [por] (...) violación (...) del debido proceso en aspectos sustanciales” (L. 906, art. 457, 2004).

Entonces, si en Colombia a nivel constitucional se implementó el sistema penal acusatorio, el legislador, al desarrollar dicho “procedimiento penal (...) [lo hizo] (...) sobre las bases de un sistema acusatorio” (C.C., T-1067/12, p, 12, 2012). Siendo la estructura básica del proceso ordinario, la siguiente:

Inicia con la audiencia de imputación; sigue con la presentación del escrito y audiencia de acusación; continua con la audiencia preparatoria; luego viene la audiencia de juicio oral que en síntesis comprende la presentación de los alegatos de apertura, práctica de pruebas, alegatos de conclusión, sentido del fallo, traslado para individualizar pena cuando es condenatorio y culmina con la sentencia.

En ese procedimiento la jurisprudencia ha identificado y declarado que la acusación va desde la presentación del respectivo escrito hasta los alegatos finales del juicio oral cuando el Fiscal solicita condena. En efecto, entre otras sentencias, así lo ha consignado:

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 (C.S.J. Sala C.P., 38256-2012, pp. 22-23, 2012).

Entonces, si “El acusado no (...) [puede] ser declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004), en virtud a la congruencia exigida en esta norma y siendo la congruencia parte de la “estructura conceptual del proceso penal, que se da con la definición progresiva y vinculante de su objeto. (...) es el acto (...) definidor del mismo en sus ámbitos personal, material y jurídico, y aparece contenido en la acusación” (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, p. 23, 2007), la solicitud de condena se constituye entonces en el núcleo central de este sistema cuya vulneración afecta “el debido proceso”, por cuanto:

De acuerdo con lo expuesto se puede señalar sin lugar a equívocos que el principio de congruencia aparece en el ordenamiento jurídico colombiano como una barrera en contra de la arbitrariedad y límite a las facultades que se otorgan a los administradores de justicia cuando deben resolver un asunto penal; irradia su efectividad al impedir que una persona pueda ser acusada por unos hechos y

delitos, y termine condenada por hechos o delitos diferentes (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, p. 27, 2007).

Por eso, si en “La Fiscalía General de la Nación (...) [radica] el ejercicio de la acción penal” (L. 906, art. 113, 2004), estando entre sus funciones la de acusar (Const. P., art. 250, 1991), y la acusación solo se completa cuando en los alegatos finales el ente acusador “ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004), cualquier interpretación contraria a este principio constituye una “violación directa de la Constitución”, como la C.C. lo tiene sentado ante situaciones similares. En efecto, así lo sostuvo:

En esa medida, es evidente para esta Sala de Revisión que el Juzgado 6° Administrativo de Oralidad de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima debieron dar efectividad al principio de favorabilidad en este caso concreto y, en consecuencia, justificar su decisión en la tesis que avala la..., so pena de incurrir en violación directa de la Constitución (C.C., T-024/18, p. 25, 2018).

Entonces, si “el principio de congruencia adquiere una connotación especial en un sistema penal acusatorio (...) *constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos (...) es adversarial*” (C.C., C-025/10, p. 31, 2010), de su aplicación se evita la arbitrariedad judicial, pues, como lo instituyó el legislador, la “violación (...) del debido proceso en aspectos sustanciales” (L. 906, art. 457, 2004), es causal de nulidad. Sin embargo, excepcionalmente debe decretarse la nulidad, ya que,

dependiendo la instancia, la solución no es la invalidación del proceso sino la absolución del procesado.

En efecto, la nulidad se da cuando el acusado es condenado “por hechos que no consten en la acusación” (L. 906, art. 448, 2004), o no se encuentran debidamente imputados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Esto es cuando en la imputación y acusación no se hace una relación “clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible” (L. 906, art. 288, 2004). Por eso, cuando ello no sucede en alguna de esas dos audiencias, por la afectación que se produce en el derecho de defensa del acusado, la solución es la nulidad incluso desde la primera de ellas, conforme lo declaró la Corte, toda vez que:

La Corte debe precisar que la amplia relación de todo el trasegar procesal y, particularmente, de los hechos que fundaron las diligencias y fallos, obedece a la necesidad de verificar cómo esa indeterminación y confusión en que incurrió la Fiscalía al momento de formular la imputación, irradió sus efectos hasta los hitos finales del procedimiento en lo ordinario, con lo cual se ofrece una prueba irrefutable del daño material que el yerro inicial comportó (C.S.J. SP16913-2016, p. 29, 2016).

De lo anterior se tiene que cuando la incongruencia de la sentencia con la imputación radica en la indeterminación de los hechos imputados en la primera audiencia donde se le informa a la persona que lo están investigando, la única solución posible es “la nulidad de la

actuación a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación” (C.S.J. SP16913-2016, p. 36, 2016).

No sucede lo mismo cuando no se han imputado “circunstancias de menor punibilidad” (L. 599, art. 55 ,2000) o “circunstancias de mayor punibilidad” (L. 599, art. 58 ,2000), y estas se demuestran en el juicio oral, pues la solución en cada caso es diferente.

En efecto, cuando las primeras no se han imputado y pese a su demostración no pueden reconocerse en el fallo, pues:

Conforme con lo anterior, si la Sala (...) agregó circunstancias de mayor punibilidad no imputadas expresamente a (...), para ubicar la sanción en los cuartos medios de movilidad, vulneró con ello el principio de congruencia, como garantía del debido proceso, y en tal virtud para remediar esa irregularidad, la Sala procederá a una nueva tasación punitiva que excluya las circunstancias deducidas de forma irregular (C.S.J. Sala C.P., SP17775-2017, p. 16, 2017).

Como puede verse la solución en este caso es diferente a cuando en la imputación y acusación no se hace una relación “clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible” (L. 906, art. 288, 2004) como se señaló anteriormente, toda vez que en lugar de decretarse la nulidad lo que se hace es una nueva tasación de la pena y no reconocer las circunstancias de mayor punibilidad.

Esta solución, la de rehacer la dosificación de la pena es la misma cuando el juez encuentra probadas “circunstancias de menor punibilidad” (L. 599, art. 55, 2000) no imputadas o cuando los hechos se tipifiquen en un delito de menor entidad. Así se ha pronunciado la Corte frente a este tema:

(...) la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación (C.S.J. Sala C.P., SP5513-2018, p. 37, 2018).

Frente a “modificar completamente la denominación jurídica de los hechos” (C.S.J. Sala C.P., SP5513-2018, p. 36, 2018) o el reconocimiento de una causal de menor punibilidad, la Corte, luego de recordar su línea jurisprudencial sobre este tema, reiteró que:

En ese orden, de acuerdo con la anterior cita, como la tesis imperante en la jurisprudencia de la Sala acoge el principio de congruencia flexible, en contraposición con el concepto estricto de la misma, no constituye irregularidad alguna con capacidad de afectar las garantías de las partes, en particular aquellas

que cobijan al acusado, que oficiosamente el juzgador degrade la conducta punible a favor de este último, siempre que, según quedó visto, respete el núcleo de la imputación fáctica, puesto que en tal evento ninguna limitación al derecho de contradicción se materializa, habida cuenta que es frente a los hechos jurídicamente relevantes que el procesado ejerce su defensa en orden a controvertirlos, bien a través de la aducción y práctica de pruebas, ora mediante razonamientos jurídicos, o de ambos (C.S.J. Sala C.P., AP5771-2016, p. 28, 2016).

Al no constituir “ningún vicio de garantía” (C.S.J. Sala C.P., AP5771-2016, p. 29, 2016) cuando se emite condena por un delito de menor entidad, queda pendiente entonces determinar ¿cuál es la solución cuando el juez condena a pesar de que la Fiscalía en sus alegatos conclusivos ha solicitado la absolución? Para ello, lo primero que debe tenerse en cuenta es bajo qué sistema procesal penal se presenta esa situación. Esto, porque dependiendo de si se trata de un sistema inquisitivo o de un sistema acusatorio la solución es diferente, por cuanto:

Como se consignó anteriormente, en aquellos procesos inquisitivos como es el previsto en el código de 2000, como los que le precedieron en Colombia, una vez ejecutoriada la resolución de acusación el titular de “La acción penal corresponde (...) [a] los jueces competentes durante la etapa del juzgamiento” (L. 600, art. 26, 2000). Esto, porque el Fiscal a partir de esa ejecutoria de la acusación pasa a ser un sujeto procesal más cuya única obligación es estar presente en el juicio oral. Esta calidad de sujeto procesal es precisamente lo que hace que

sus solicitudes no dejan de ser más que una petición al igual que las de los otros sujetos procesales.

Sin embargo, actualmente no existe “una disposición de la Ley 906 de 2004, ni concepto de la doctrina o jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema o de la Corte Constitucional que no reconozca al Fiscal como titular de la acción penal” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 57, 2016). En otras palabras, el juez de conocimiento no adquiere en momento alguno esa titularidad. Tan ello es así, 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” (L. 906, art. 448, 2004).

Como consecuencia de lo anterior para preservar el debido proceso, el juez de conocimiento solo adquiere competencia para emitir una sentencia condenatoria cuando el ente acusador de manera expresa eleva una solicitud en tal sentido y además encuentra que en el juicio oral se allegaron pruebas que desvirtúan la presunción de inocencia.

Por estos motivos cuando el juez emite sentencia condenatoria “por delitos por los cuales no se ha solicitado condena [por la Fiscalía]” (L. 906, art. 448, 2004) constituye una “violación (...) del debido proceso en aspectos sustanciales” (L. 906, 457, 2004), por falta de competencia derivada de la ausencia de acusación.

En estos casos, si se están resolviendo los recursos de apelación o casación, la solución en su orden es, la de revocar o anular el fallo recurrido y absolver al acusado. Así lo establecía la

línea jurisprudencial que mantuvo desde los inicios del sistema procesal penal acusatorio hasta mayo de 2016:

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”, 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 (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 11-12, 2016).

Entonces, si de acuerdo a esa línea jurisprudencial cuando el fiscal solicita absolución en sus alegatos finales “equivale a un retiro de los cargos, por lo que en tal hipótesis al juez de conocimiento no le queda otro camino que el de emitir un fallo absolutorio” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, pp. 11-12, 2016), y el juez *a quo* en esas condiciones condena le corresponde a la segunda instancia al resolver el recurso de apelación revocar esa sentencia y absolver al acusado.

Esto, claro está si se entiende que el “Acto Legislativo 03 de 2002 (...) el modelo procesal adoptado es el acusatorio, y en consecuencia es este el que se debe desarrollar” (Daza, 2011, p. 323), al igual que sus leyes reglamentarias, entre otras, la 906, 1142, y 1453, tal y como lo había hecho la propia Corte, como cuando concluyó que “en las plurales decisiones que se

destacaron giró alrededor de la interpretación del artículo 448 (...) en el contexto de un modelo procesal acusatorio” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 19, 2016).

Por eso, al salvar voto a la sentencia SP6808-2016, el Magistrado Fernández expuso que:

No es de la naturaleza del sistema acusatorio la oficiosidad que le otorga la Sala mayoritaria el Juez para apartarse de la pretensión del titular de la acción penal, es una tesis propia de la Ley 600 de 2000 o de los sistemas inquisitivos que no tiene cabida en la Ley 906 de 2004 (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 66, 2016).

Esta sentencia igualmente contraviene la garantía judicial de índole esencial que ampara al acusado, como lo es su derecho a la defensa, tal y como en su oportunidad lo sostuviera el máximo tribunal en sede constitucional, así:

Ahora bien, en materia procesal penal, el principio de congruencia adquiere una mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado (C.C., C-025/10, p. 15, 2010).

Pero, al cambiar esa postura, lo que puede concluirse es que, para la máxima Corporación en la jurisdicción penal ordinaria no existe “diferencia en las consecuencias que produce una

petición absolutoria del órgano acusador, entre el régimen procesal actual y los anteriores” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 12, 2016). Por estas razones la congruencia se está interpretando bajo los postulados del sistema inquisitivo. Por ello, no es gratuito que la doctrina se pregunte si con este precedente “¿Reaparece la ignominiosa figura del inquisidor? ¿Expira el sistema acusatorio?” (Fernández, 2016a, párr. 11).

3.5 Conclusiones y Recomendaciones

La hipótesis de la tesis de investigación fue que el precedente sentado por la C.S.J. Sala C.P., en la sentencia SP6808-2016 emitida el 25 de mayo de 2016, dentro del radicado 43837, al concluir 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” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016), cuando la “desecha”, es decir, cuando el juez emite sentencia condenatoria, constituye “una infracción directa de la Constitución” (C.C., T-024/18, p. 25, 2018) que viola sus artículos 29 y 250, que a este nivel regulan como sistema procesal penal el acusatorio.

Esto, porque el “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010). Esa enmienda dispuso que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991), sin establecer excepción alguna.

Precisamente esa violación al debido proceso la plasmó el Magistrado Fernández, al apartarse de la mayoría, al consignar que “así se niegue, lo cierto es que en ese lapso tal facultad la ejerce el juez, quien es el que decide condenar y desarrollar la teoría del caso que con esa orientación se negó presentar y desarrollar el Fiscal” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 58, 2016), violación que consiste en que el juez asume “funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (Const. P., art. 121, 1991).

Esto, porque si es al Fiscal al que le corresponde acusar “ante el juez de conocimiento” (Const. P., art. 4, 1991) cuando el juzgador lo sustituye al imponer su propia teoría del caso y declara al “acusado (...) culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004), el juez usurpa las funciones del ente acusador. Además, porque si “la acusación no es solamente presupuesto, sino límite de la sentencia” (C.S.J. Sala C.P., SP1079-2018, p. 22, 2018), se viola el mandato de que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente” (Const. P., art. 29, 1991).

Entonces, si el “principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio” (C.C., C-025/10, p. 30, 2010) exige que “El acusado no podrá ser declarado culpable por (...) delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004), ello hace parte de las formas propias de este juicio, por tanto, cuando se solicita la absolución, el juez no adquiere competencia para condenar.

Por ello, se resalta, en este sistema procesal penal “no puede juzgarse a ninguna persona sin que exista previamente una acusación” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 56). Al no existir ésta

porque el pedido de absolución por parte del ente acusador “equivale al retiro de la acusación y que, por su naturaleza y origen, no tiene control por parte del funcionario judicial de conocimiento” (C.S.J. Sala C.P., 40988-2013, p. 6, 2013), se concluye entonces que ante la solicitud de absolución el juez no es competente para emitir un fallo condenatorio.

Además, de otra parte, debe tenerse en cuenta que “La congruencia es un principio estructural del procedimiento penal, ya sea que el procedimiento tenga una estructura inquisitiva o que, por el contrario, se haya edificado sobre las bases de un sistema acusatorio” (C.C., T-1067/12, p. 12, 2012). Por tanto, si a través del “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) en Colombia [se incorporó] un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), ese principio, el de congruencia, descansa sobre la filosofía de este sistema, que se soporta sobre el “trípode acusación –petición de condena- sentencia” (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, p. 23, 2006). Por estas razones, igualmente resulta flagrante su violación cuando se desconoce el tenor literal de la ley, en el sentido de que “El acusado no podrá ser declarado culpable (...) por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004).

Es que, con ese precedente sentado en el radicado 43837, por vía jurisprudencial se deroga la ley, ya que, como lo consigna un magistrado disidente “No se puede leer sí donde solamente se admite el no o viceversa (...) [y] con la decisión mayoritaria de la Sala se incorpora al texto legal la premisa que excluye, prohíbe o elimina el artículo 448 ejusdem” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 55, 2016).

Para llegar a esas conclusiones, en el primer capítulo – Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio-, se precisó que “Los Estados históricamente han transitado por diversos sistemas de enjuiciamiento penal, que por sus características esenciales se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo” (Avella, 2007, p. 29). Se tienen entonces que, cada uno de ellos contiene los principios y valores “básicos que inspiran a la sociedad organizada, expresión política del tipo de modelo de Estado, del régimen político imperante, los bienes jurídicos protegidos y la forma en que se debe investigar y juzgar a los presuntos infractores de la ley” (Rodríguez, 2015, p. 103).

Igualmente se precisó que pertenecen a “un sistema caracterizado por la arbitrariedad, el secreto, el desconocimiento de los derechos y garantías mínimas del procesado, donde el juez adquiere poderes prácticamente ilimitados pertenecen a los sistemas inquisitivos” (Burbano, 2011, párr. 12). Que, Iberoamérica fue colonizada por España, “estado que traía consigo esta forma de proceso inquisitivo y se encargó de difundirla por la mayoría de los territorios en América Latina, se fue forjando bajo estas mismas formas al igual que Perú, Chile, Argentina, Colombia, Venezuela, México etcétera” (Carrasco y Saucedo, 2013, párr. 9).

Esa tradición jurídica, la inquisitiva, que heredó Colombia de la madre patria y la cual rigió desde la época de la colonia y “derogada” con la enmienda constitucional de 2002, frente al principio de congruencia en lo que respecta a la solicitud de condena, se concluye que no existió. Y no existió porque el titular del ejercicio de la acción penal era el mismo juez que emitía la sentencia. Por esta razón, la postura de los sujetos procesales era indiferente hasta el punto que podían en el juicio oral todos guardar silencio pues no existía norma alguna que los obligara a

presentar alegatos de conclusión. Su obligación era la de algunos estar presentes en dicha audiencia.

Contrario a ese sistema, con el “Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), el cual, “es el que se considera más garantista y equilibrado en la medida que están claramente diferenciadas las funciones de acusación, juzgamiento y defensa” (Solórzano, 2008, p. 51). Y, precisamente para su reglamentación, como era de esperarse, el legislador delimitó las funciones de acusación y juzgamiento. Esa delimitación quedó claramente definida al disponer 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” (L. 906, art. 448, 2004).

Del capítulo segundo se concluye cómo, primero el legislador y luego la jurisprudencia, se encargaron de minar las bases del “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010). Es que, no pasaron dos años de estar vigente el código de procedimiento penal cuando se expidieron las leyes 1098 y 1121 de 2006, que prohibieron la aplicación de cualquier beneficio o subrogado en los delitos allí contemplados lo que en la práctica llevó a desterrar los allanamientos y preacuerdos, métodos alternos de terminación anticipada del proceso penal.

Esta misma política criminal se siguió extendiendo con la promulgación de las leyes 1142, 1453, 1474, 1773 y 1761, esta última en el 2015, que han ampliado la gama de delitos en la que se prohíben subrogados penales y que impiden la suscripción de preacuerdos otorgándolos

como beneficios. A todo lo anterior se suman las sentencias de la C.S.J. Sala C.P., que le otorgan al juez funciones propias del sistema inquisitivo, como lo fue la 24468 de 2006, que le permitía ordenar pruebas de oficio y actualmente la emitida en el radicado 43837 de 2016, que lo autoriza condenar así la Fiscalía solicite absolución, ambas, contra expresa prohibición de la Ley 906 de 2004.

Todo ello, es lo que ha llevado a la doctrina especializada a concluir que en el “Sistema penal acusatorio. Un paso adelante, dos para atrás” (Sánchez, 2019, párr. 1).

Del tercer capítulo se concluye que la “titularidad del ejercicio de la acción penal” (Const. P., art. 250, 1991) se la dio el Acto Legislativo No. 03 de 2002, al ente acusador, es decir, a la “Fiscalía General de la Nación” (L. 906, art. 66, 2004). Incluso, Fernández, al apartarse de la sala mayoritaria anota que “No hay una disposición de la Ley 906 (...), ni concepto de la doctrina o jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema o de la Corte Constitucional que no reconozca al Fiscal como titular de la acción penal” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 57, 2016).

Esta competencia, la del “ejercicio de la acción penal”, es precisamente la gran diferencia sustancial entre los dos sistemas. En efecto, en el sistema inquisitivo radica en el juez de conocimiento, él acusa y él juzga. En el acusatorio el fiscal acusa y el juez juzga. Por tanto, en el sistema acusatorio el juez no podrá tampoco asumir el rol del acusador, por cuanto, esas dos funciones se excluyen entre sí. El sistema acusatorio las separa y las hace incompatibles. Al ser incompatibles esas funciones se tiene entonces que cuando el juez asume ese ejercicio así sea

momentáneamente se convierte en un juez inquisitivo y asume el papel de acusador: viola de esta forma el debido proceso acusatorio.

Por eso, atendiendo lo decidido por la Corte en la sentencia SP6808-2016, en el sentido de que la solicitud del ente acusador durante los alegatos 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” (C.S.J. Sala de C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016), le está otorgando por esta vía, de la jurisprudencia, la competencia de la titularidad de la acción penal al juez a partir del inicio de los alegatos hasta la emisión del sentido del fallo, “así se niegue” por la Corporación, conforme lo sostuvo el magistrado disidente.

Aunado a lo anterior, se concluye también que cuando el juez condena pese a que el ente acusador solicitó la absolución, viola de manera flagrante el principio de congruencia en el sistema acusatorio que está debidamente regulado así “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos (...) por los cuales no se ha solicitado condena” (L. 906, art. 448, 2004). Es que, incluso de una interpretación literal de esa norma “No se puede leer sí donde solamente se admite el no o viceversa [y] con la decisión mayoritaria de la Sala se incorpora al texto legal la premisa que excluye, prohíbe o elimina el artículo 448 ejusdem” (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 55, 2016).

En efecto, la jurisprudencia penal antes de 2016, entendió que “en aplicación de la ley 906/04 (...) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena– sentencia” (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, p. 23, 2006). De donde se deduce que si no hay

petición de condena no hay congruencia si se dicta sentencia condenatoria. Ello de por sí demuestra la violación al debido proceso. Esto, porque la misma Corporación “tiene establecido que el principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso, por cuanto asegura que el procesado en caso de ser condenado lo sea por los mismos cargos de la acusación” (C.S.J. Sala C.P., SP073-2018, p, 17, 2018).

En fin, como conclusión se tiene que a pesar del sistema introducido en Colombia con el Acto Legislativo No. 03 de 2002, no ha habido una política criminal que se acompañe con el sistema penal acusatorio. Antes, por el contrario, pareciera que el legislador y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, apegados a la larga tradición jurídica del sistema inquisitivo, les impide la “adaptación o interiorización social y cultural de las instituciones propias del proceso penal acusatorio, situación la cual puede afectar el desempeño del modelo acusatorio” (Daza, 2014, p. 460).

Ello explica el por qué el órgano de cierre en la jurisdicción penal en la sentencia 43837 concluye que en desarrollo del proceso acusatorio la solicitud de absolución del ente acusador durante los alegatos 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” (C.S.J. Sala de C.P., SP6808-2016, p. 44, 2016) en el sentido de que está interpretando el principio de congruencia en el sistema acusatorio a la luz de los principios que rigen el sistema inquisitivo. Es que, no de otra forma puede explicarse que la Corte concluya que ese principio en los dos sistemas es exactamente igual: De que no existe acusador.

Por último, se hacen las siguientes recomendaciones:

Por todo lo anterior se recomienda que conforme a la filosofía que inspiró el “Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria” (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), se atienda lo siguiente:

Entender, interpretar y aplicar esa enmienda constitucional como las leyes que lo han desarrollado y las que lo lleguen a hacer, que se enmarca en un modelo procesal penal acusatorio.

Como consecuencia de ello, las leyes y jurisprudencia que se emitan en virtud a su modificación o interpretación, deben estar acordes a ese sistema procesal penal.

Igualmente, en virtud de este sistema acusatorio tener como norte que “el titular del ejercicio de la acción penal” siempre está en cabeza del ente acusador, es decir, la “Fiscalía General de la Nación” (Const. P., art. 250, 1991).

Con base en lo anterior tener presente que si “La congruencia es un principio estructural del procedimiento penal” (C.C., T-1067/12, p. 12, 2012), como columna vertebral del sistema acusatorio es el que concreta la separación de funciones de acusador-juzgador, igualmente, es “una barrera en contra de la arbitrariedad y límite a las facultades que se otorgan a los administradores de justicia” (C.S.J. Sala C.P., 26309-2007, p. 27, 2007) evitando de esta forma la arbitrariedad judicial.

Que el principio de congruencia regulado en Colombia (L. 906, art. 448, 2004), se soporta en “el tríode acusación –petición de condena- sentencia” (C.S.J. Sala C.P., 15843-2006, p. 23, 2006).

Esto porque una interpretación del principio de congruencia como la dada en el radicado 43837 del 25 de mayo de 2016 (C.S.J. Sala C.P., SP6808-2016, p. 1, 2016), por no acompañarse al “Acto Legislativo 03 de 2002, (...) [que] introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria (C.C., C-025-2010, p. 18, 2010), constituye una manifiesta contradicción de la Constitución Política, concretamente de sus artículos 29 y 250.

Lista de Referencia o Bibliografía

Acto Legislativo 03/02, diciembre 19, 2002. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.]. 45040. 25/06/2018. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_03_2002.html

Agudelo, N. (2013). *Curso de derecho penal esquemas del delito*. Medellín, Colombia: Ediciones Nuevo Foro.

Angulo, D. (2011). La duración excesiva del juicio, ¿un problema común en latinoamérica? (trabajo de grado, Universidad de Salamanca). Recuperado de <https://docplayer.es/63700767-Universidad-de-salamanca-facultad-de-derecho-departamento-de-derecho-publico-general-tesis-doctoral.html>

Aráuz, M. (2015). Revista de derecho. El nuevo código procesal penal: *del proceso inquisitivo al proceso acusatorio*. Recuperado de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4250/nic-proceso-inqui.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Asencio, J. (s.f.). *El derecho al silencio del imputado*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43781.pdf>

Avella, P. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio*. Bogotá, Colombia: Recuperado de

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>.

Barrientos, J. (s.f.). Práctico proceso penal – Principios y garantías del proceso. *Principio*

acusatorio en el proceso penal. Recuperado de <https://practico-penal.es/vid/principio-acusatorio-proceso-penal-391380618>

Bayona, D., Gómez, A., Mejía M., y Ospina V. (2017). Acta sociológica. *Diagnóstico del*

sistema penal acusatorio en Colombia. 86. Recuperado de

<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0186602817300257?token=E6F13BBD2ED66CFB1CC76CEA8285F59F614362E4E381EA05FB15EDFEF20C04F40F0BEADECEF119F0BEEB34C6DBE6C566>

Bejarano, R. (5 de Marzo de 2019). La ley ya no es la ley. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/procesal-y-disciplinario/la-ley-ya-no-es-la-ley>

Bernal, G. (s.f.). Revista IUSTA. Las reformas procesales penal en Colombia. Recuperado de

<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/2987/2854>

Bernal, J., y Montealegre, E. (2002). *El proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad

Externado de Colombia.

Bernal, J., y Montealegre, E. (2004). *El proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, J., y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Borrero, F. (2010). *Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia*. Recuperado de <https://docplayer.es/93781560-Tratamiento-de-la-detencion-preventiva-como-medida-de-aseguramiento-en-colombia-treatment-of-preventive-detention-as-a-security-measure-in-colombia.html>

Brichetti, G. (1973). *La evidencia en el derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Burbano, E. (2011). 10 definiciones y características. Recuperado de <http://burbanotamayoabogados.blogspot.com/2011/10/definiciones-y-caracteristicas.html>

Burbano, J. (s.f.). Expediente D-9566. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/pdf/oicc/intervenciones/2013/D-9566.pdf>

Buscapalabra. (s.f.). Recuperado de <https://www.buscapalabra.com/refranes-y-dichos.html?tema=perder>

Caracol.com.co. (31 de Diciembre de 2004). Judicial. A partir de las 0 horas de esta noche, empieza a regir el nuevo sistema penal acusatorio. Recuperado de https://caracol.com.co/radio/2004/12/29/judicial/1104343200_137308.html

Carrasco, J., y Saucedo, A. (2013). Estudios jurídicos. *El sistema inquisitivo y el sistema acusatorio*. Recuperado de <http://estudios-juridicos.blogspot.com/2013/08/el-sistema-inquisitivo-y-el-sistema.html>

Castro, J. (2018.). Opinión. *Mecanismos de terminación del proceso penal*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-jose-castro-munoz-530496/mecanismos-de-terminacion-del-proceso-penal-2722034>.

Castro, R. (2013). *Docplayer*. Recuperado de <https://docplayer.es/amp/38950015-Juez-penal-del-circuito-de-medellin-colombia-magister-en-derecho-penal-universidad-eafit-medellin-colombia-contacto.html>

Chaparro, L., Poveda, X., Benavides, V., Domínguez, M., y Díaz, C., (2015). Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia. Recuperado de <https://www.cej.org.co/index.php/publicaciones-categoria/73-justicia-penal/254-balance-diez-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia-2004-2014-analisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento>

Checchi And Company Consulting Colombia. (s.f.). *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Recuperado de [http://litigacionoral.com/wp-](http://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf)

[content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf](http://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf)

Chediak, J., (2014). Poder judicial 2014-2020. Recuperado de

<http://cub.com.uy/images/pdf/poder-judicial-2014-2020.pdf>

Clavijo, D., Guerra, D., y Yañez, D. (2014). Método, metodología y

técnicas de la investigación aplicada al derecho. Recuperado de

http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf

Código Penal, Códigos de Procedimiento Penal [C.P., C.P.P.], (2011) 6va ed. Colombia.

Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Código Penal y de Procedimiento Penal [C.P. y C.P.P.], (2011). 29va ed. Leyer. Colombia.

Comando Megafón (26 abril de 2011). Victor Martinez: de víctima a victimario, el operativo

"tapadera" [Mensaje en un blog]. Recuperado de

<http://comandomegafon.blogspot.com/2011/04/victor-martinez-de-victima-victimario.html>

Comisión Asesora de Política Criminal [CAPC], (2012). *Diagnóstico y propuesta de*

lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Recuperado de

https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 33va ed.

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.ht

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (s.f.). Colombia. Recuperado de

<http://www.constitucioncolombia.com/historia.php>

Corporación Excelencia en la Justicia [CEJ]. (2004). *Nuevo código de procedimiento penal*.

Bogotá, Colombia: Legis S.A.

Corte Constitucional [C.C.], abril 26, 1993, M.P: V. Naranjo. Sentencia T-158/93. Colombia.

17/08/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-158-93.htm>

Corte Constitucional [C.C.], agosto 9, 2001, M.P: R. Escobar. Sentencia C-836/01. Colombia.

11/09/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional [C.C.], diciembre 5, 2005, M.P: C. Vargas. Sentencia C-1260/05.

Colombia. 10/09/2018. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm>

Corte Constitucional [C.C.], diciembre 6, 2012, M.P: A. Estrada. Sentencia T-1067/12.

Colombia. 02/01/2019. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-1067-12.htm>

Corte Constitucional [C.C.], enero 27, 2010, M.P: H. Sierra. Sentencia C-025/10. Colombia.

15/10/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-025-10.htm>

Corte Constitucional [C.C.], febrero 2, 2006, M.P: j. Araújo. Sentencia C-077/06. Colombia.

08/03/19. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-077-06.htm>

Corte Constitucional [C.C.], febrero 5, 2018, M.P: G. Ortiz. Sentencia T-024/18. Colombia.

02/01/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-024-18.htm>

Corte Constitucional [C.C.], febrero 13, 2008), M.P: M. Monroy. Sentencia C-118/08. Colombia.

Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-118-08.htm>

Corte Constitucional [C.C.], julio 16, 2015, M.P: J. Pretelt. Sentencia C-450/15. Colombia.

03/03/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-450-15.htm>

Corte Constitucional [C.C.], julio 23, 2008, M.P: M. Monroy. Sentencia C-738/08. Colombia.

14/09/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-738-08.htm>

Corte Constitucional [C.C.], julio 25, 2001, M.P: R. Escobar. Sentencia C-774/01. Colombia.

15/08/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

Corte Constitucional [C.C.], junio 4, 2014, M.P: M. González. Sentencia C-341/14. Colombia.

11/11/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

Corte Constitucional [C.C.], junio 9, 2005, M.P: C. Vargas. Sentencia C-591/05. Colombia.

12/12/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>

Corte Constitucional [C.C.], marzo 21, 2007, M.P: M. Cepeda. Sentencia C-209/07. Colombia.

15/02/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-209-07.htm>

Corte Constitucional [C.C.], mayo 11, 2011, M.P: L. Vargas. Sentencia C-371/11. Colombia.

04/03/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-371-11.htm>

Corte Constitucional [C.C.], mayo 23, 2007, M.P: M. Monroy. Sentencia C-396/07. Colombia.

15/02/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>

Corte Constitucional [C.C.], mayo 28, 2008, M.P: J. Araújo. Sentencia C-536/08. Colombia.

12/29/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-536-08.htm>

Corte Constitucional [C.C.], noviembre 12, 1992, M.P: C. Angarita. Sentencia C-587/92.

Colombia. 12/10/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-587-92.htm>

Corte Constitucional [C.C.], octubre 10, 2001, M.P: M.P: M. Cepeda y J. Córdoba. Sentencia C-

1064/01. Colombia. 28/11/2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm>

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 8, 1994, M.P: A. Barrera. Sentencia C-394/94.

Colombia. 15/08/2018. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-394-94.htm>

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 30, 2003, M.P: M. Cepeda. Sentencia C-873/03.

Colombia. 15/09/2018. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-873-03.htm>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, abril 11, 2018. M.P: L. Salazar,

Sentencia SP1079-2018. Colombia. 18/11/2018. Recuperado de

https://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_c87333f9e7264e0788febc59b9c703d6

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, abril 18, 2017. M.P: J. Acuña,

Sentencia AP2399-2017. Colombia. 15/12/2018. Recuperado de

[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2017/AP2399-2017\(48965\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2017/AP2399-2017(48965).doc)

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, abril 25, 2007. M.P: Y. Ramírez,

Sentencia 26309-2007. Colombia. 15/01/2019. Recuperado de

<http://consultaJurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, agosto 23, 2005. M.P: J. Quintero, Sentencia 21954-2005. Colombia. 18/01/2019. Recuperado de http://www.cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=368&Itemid=24

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, agosto 24, 2011. M.P: J. Barceló, Sentencia 32063-2011. Colombia. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, agosto 31, 2016. M.P: F. Castro, Sentencia AP5771-2016. Colombia. 15/01/2019. Recuperado de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/RECURSOS/CASACION/CASACION%20OFICIOSA/AP5771-2016\(47563\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/RECURSOS/CASACION/CASACION%20OFICIOSA/AP5771-2016(47563).doc)

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, diciembre 02, 2015. M.P: E. Patiño, Sentencia SP16560-2015. Colombia. 18/12/2018. Recuperado de [http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/sent-sp-165602015\(43751\)-15.pdf](http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/sent-sp-165602015(43751)-15.pdf)

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, diciembre 04, 2013. M.P: E. Patiño, Sentencia 39220-2013. Colombia. 15/10/2018. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, diciembre 11, 2018. M.P: L. Salazar,
Sentencia SP5513-2018. Colombia. 22/01/2019. Recuperado de

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, enero 23, 2019. M.P: E. Patiño,
Sentencia SP029-2019 -2019. Colombia. 23/02/2019. Recuperado de

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, enero 31, 2018. M.P: P. Salazar,
Sentencia SP073-2018. Colombia. 06/08/2018. Recuperado de

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, febrero 13, 2019. M.P. J. Barceló,
Sentencia AP438-2019. Colombia. 30/03/2019. Recuperado de

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, febrero 13, 2019. M.P: P. Salazar,
Sentencia SP384-2019. Colombia. 15/03/2019. Recuperado de

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, febrero 19, 2014. M.P: G. Malo,
Sentencia SP1848-2014. Colombia. 20/10/2018. Recuperado de

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, febrero 22, 2017. M.P: E. Patiño,
Sentencia SP2390-2017. Colombia. 21/12/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, febrero 28, 2007. M.P: M. Pulido,
Sentencia 26087-2007. 12/01/2019. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, febrero 28, 2018. M.P: L. Hernández,
Sentencia SP486-2018. Colombia. 01/08/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, julio 13, 2006. M.P: A. Gómez,
Sentencia 15843-2006. 15/11/2018. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, julio 27, 2007. M.P: A. Gómez,
Sentencia 26468-2007. Colombia. 12/10/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, julio 27, 1998. M.P: J. Córdoba,
Sentencia 9857-1998. Colombia. 11/10/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, junio 05, 2019. M.P: P. Salazar,
Sentencia SP2042-2019. Colombia. 10/06/2019. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, junio 14, 2017. M.P: P. Salazar,
Sentencia SP8666-2017. Colombia. 20/12/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, junio 22, 2006. M.P: A. Pérez,
Sentencia 24817-2006. 11/11/2018. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, junio 22, 2017. M.P: G. Malo,
Sentencia STP9078-2017. Colombia. 15/01/2019. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, junio 30, 2010. M.P: S. Espinosa,
Sentencia 32777-2010. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, marzo 13, 2008. M.P: A. Ibañez,
Sentencia 27413-2008. Colombia. 15/10/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, marzo 21, 2012. M.P: J. Barceló,
Sentencia 38256-2012. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, marzo 30, 2006. M.P: E. Lombana,
Sentencia 24468-2006. Colombia. 18/11/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, mayo 22, 2008. M.P: J. Zapata,
Sentencia 28124-2008. Colombia. 15/10/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, mayo 25, 2016. M.P:, G. Malo,
Sentencia SP6808-2016. Colombia. 26/06/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, mayo 30, 2018. M.P: P. Salazar, Sentencia AP2208-2018. Colombia. 11/12/2018. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala.Plena, noviembre 3, 1981. M.P: F. Uribe, Sentencia 785-1981. Colombia. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4563/3840>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, noviembre 23, 2016. M.P: G. Malo, Sentencia SP16913-2016. Colombia. 15/09/2018. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, noviembre 29, 2017. M.P: P. Salazar, Sentencia AP8088-2017. Colombia. 03/12/2018. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, octubre 02, 2001. M.P: A. Pinzón, Sentencia 15286-2001. Colombia. 10/11/2018. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, octubre 05, 2016. M.P: J. Acuña, Sentencia SP14191-2016. Colombia. 20/02/2019. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, octubre 16, 2013. M.P: J. Bustos,
Sentencia 39886-2013. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, octubre 25, 2017. M.P: L. Salazar,
Sentencia SP17775-2017. Colombia. 22/11/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. [C.S.J.], Sala Casación Penal, septiembre 11, 2013. M.P: J. Barceló,
Sentencia 40988-2013. Colombia. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, septiembre 27, 2017. M.P: E. Patiño,
Sentencia SP16731-2017. Colombia. 01/02/2019. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] Sala de Casación Penal, septiembre 27, 2017. M.P: J. Acuña,
Sentencia SP14496-2017. Colombia. 15/12/2018. Recuperado de
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Daza, A. (2011). *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia.

Daza, A. (2014). *Principales reformas procesales penales en América Latina: Argentina, Colombia y Puerto Rico*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia.

Dec. 50 / 87, enero 13, 1987. Presidencia de la República. (Colombia). 20/12/2018. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1700897>

Dec. 409 / 71, marzo 27, 1971. Presidencia de la República. (Colombia). 20/12/2018. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_0409_1971.htm

Dec. 2700 / 1991, noviembre 30, 1991. Presidencia de la República. (Colombia). 20/12/2018. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>

Derecho Temático. (06 de mayo de 2009). Básicos para la aceptación de cargos y la realización de preacuerdos o negociaciones. [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://uniderechobga.blogspot.com/search?q=ART%C3%8DCULO+349>

Díaz, A. (2014). El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. *Análisis en torno a su aplicación*. Recuperado de

https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/309

Fernández, J. (1989). *Derecho penal fundamental*. Bogotá, Colombia: Temis.

Fernández, W. (15 de septiembre de 2016b). El juez de control de garantías. *Ámbito Jurídico*.

Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/el-juez-de-control-de-garantias>

Fernández, W. (2008). *Procedimiento penal acusatorio y oral*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional.

Fernández, W. (2016a). Sistema penal: ¿inquisitivo o acusatorio? reflexiones en torno a una decisión inesperada. *Ámbito jurídico*. Recuperado de

https://www.acj.org.co/images/descargas/trabajos_academicos/Sistema-penal-Inquisitivo-o-Acusatorio.pdf

Fernández, W. (2018). La propuesta de reforma a la Justicia: ¿modificar para no cambiar?.

Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de

<https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/la-propuesta-de-reforma-a-la-justicia-modificar-para-no-cambiar/>

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Fiscalía General de la Nación [FGN]. (2004). *El sistema acusatorio en Colombia*. Recuperado de https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/col_intro_fund4_es.pdf

Gandulfo, E. (1999). *Principios del derecho procesal penal en el nuevo procedimiento chileno*. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/448/419>

Goebertus, J., y Maya, M. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

Gómez, G. (2009). *De la libertad y medidas de aseguramiento*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Gómez, J. (2001). *Tratado de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Gómez, R., y Castro, F. (2009). *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Preacuerdos%20y%20negociaciones.pdf>

Granados, J. (2005). *Antecedentes y estructura del proyecto de código de procedimiento penal*.

Revista Javeriana. Recuperado de

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14698>

Hernández, N. (2012). De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de

enjuiciamiento penal colombiano. (Trabajo de grado, Universidad Libre). Recuperado de

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/download/1848/1379/>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. *Estudio sobre violencia contra los niños*.

Recuperado de

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/StudyViolenceChildren/Responses/Colombia.pdf>

Juzgado 7 Penal del Circuito de Manizales [J7PCM], Penal Circuito, octubre 30, 1992. J.P. C.

López, Auto s.n.-1992. Colombia. 21/07/2019. Recuperado de

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3952/3222/>

Ley 599/00, julio 24, 2000. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.].

44097. (Colombia). 28/07/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Ley 600/00, julio 24, 2000. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.].

44097. (Colombia). 30/06/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

Ley 640/01, enero 24, 2001. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.].

44303. (Colombia). 18/05/2019. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html

Ley 906/04, agosto 31, 2004. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.].

45658. (Colombia). 05/04/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Ley 1098/06, noviembre 8, 2006. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial

[D.O.]. 46446. (Colombia). 15/12/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Ley 1121/11, diciembre 29, 2006. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial

[D.O.]. 46497. 01/12/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html

Ley 1142/07, junio 28, 2007. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.].

46673. 14/12/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1142_2007.html

Ley 1453/11, junio 24, 2011. Secretaría Senado de la República. [S.S.R.]. Diario Oficial [D.O.].

48110. 11/12/2018. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html

López, D. (2013). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia. Legis S.A.

Maier, J. (s.f.). Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. *Los proyectos*

para la reforma del sistema penal. Recuperado de

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2551862.pdf>

Martínez, J. (2014). *La esquizofrenia del juez instructor*. Recuperado de

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/la-esquizofrenia-del-juez-instructor.pdf>

Ministerio del Interior y de Justicia, (2011). *Ley de seguridad ciudadana*. Recuperado de

<http://observatorioirsb.org/web/wp-content/uploads/2015/11/ley-de-seguridad-ciudadana.pdf>

Montes, A. (2008). Sistema de enjuiciamiento inquisitivo y mixto. Recuperado el 4 de Junio de

2018, de <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20456/Capitulo1.pdf>

Moreno, L. (2015). *La casación penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Naranjo, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Novoa, A. (2010). *Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y acto prueba sistemas mixto inquisitivo y mixto acusatorio*. Medellín, Colombia: Díké.

Nuevo Siglo. (9 de septiembre 2015). No habrá excarcelación masiva: Minjusticia. *El Nuevo Siglo*. Recuperado de <https://elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2015-no-habra-excarcelacion-masiva-minjusticia>

Ordóñez, M. y Cano, D. (2003). *La resistencia del sistema penal inquisitivo perspectiva histórico jurídica*. (Trabajo de grado, Universidad Javeriana). Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS36.pdf>

Parra, J. (2003). *Revistas.udem.edu.co*. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/rt/printerFriendly/1344/1346>

Peláez, J., y Sanabria, R. (2017). *Configuración de la prueba pericial en el proceso penal colombiano*. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n39/v20n39a08.pdf>

Perdomo, J. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*. Recuperado de <https://ideas.repec.org/b/ext/derech/300.html>

Restrepo, J. (2014). *Criminología un enfoque humanístico*. 4va Ed. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Rodríguez, O. (2015). *Presunción de inocencia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Salinas, J. (28 de septiembre de 2011). *La macabra historia de la justicia sin rostro en Colombia*. Recuperado de <https://www.aporrea.org/internacionales/a130921.html>

Sánchez, A. (2017). Señores jueces, ¡dejen de cuidar a los fiscales como a niños chiquitos!. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/senores-jueces-dejen-de-cuidar-los-fiscales-como-ninos-chiquitos>

Sánchez, A. (2019). Sistema penal acusatorio. Un paso adelante, dos para atrás. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/sistema-penal-acusatorio-un-paso-adelante-dos-para-atras>

Sarabia, J. (8 de marzo de 2013). El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4863659.pdf>

Sarmiento, A., Sánchez, E., y Riobo, J. (2016). El principio de congruencia en el procedimiento penal colombiano: su alcance y limitaciones aplicadas a la audiencia de formulación de la imputación. Recuperado de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/171>

Solórzano, C. (2008). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Uribe, S. (2009). *La congruencia error en la calificación jurídica y variación de la calificación jurídica*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Vanegas, D. (2004). *El sistema acusatorio*. Medellín, Colombia: Dike.

Vanegas, P., (2013). El principio de congruencia. (Trabajo de grado, Universidad EAFIT Escuela de Derecho). Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1287/VanegasVilla_PiedadLucia_2013.pdf

Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Villanueva, G. (20 de septiembre de 2006). Sentencias sala penal C.S.J. [Mensaje en un blog].

Recuperado de <http://gavillan1.blogspot.com/2006/09/>

Villanueva, G. (24 de julio de 2007). Sentencias sala penal C.S.J. [Mensaje en un blog].

Recuperado de <http://gavillan1.blogspot.com/2007/07/>

Villegas, A., (2008). *El juicio oral en el proceso penal acusatorio*. Recuperado de

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/ElJuicioenelProcesoPenal.pdf>

Wolters Kluwer. (s.f.). *Principio acusatorio*. Recuperado de

[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AEAMtMSbF1jTAAAUNjc0MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoAkwIzUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AEAMtMSbF1jTAAAUNjc0MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoAkwIzUAAAA=WKE)