

ALBERTO EFRAIN ORTIZ CORAL

ESPECIALIZACIÓN EN CASACIÓN PENAL

UNIVERSIDAD GRAN COLOMBIA

COHORTE 26-1

TRABAJO DE GRADO

“LA ABSOLUCIÓN PERENTORIA EN CABEZA DE LA FISCALÍA DIMENSIONADA COMO ACTO DE POSTULACIÓN: ¿UNA AFRENTA AL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL Y A LA NEUTRALIDAD DEL JUEZ?”

Resumen

Se estudiarán las implicaciones del viraje jurisprudencial relativamente reciente, según el cual, la pretensión de absolución perentoria que exponga la fiscalía en juicio oral - que no es otra cosa que abstenerse de deprecar un fallo condenatorio, por haber advertido en la práctica de pruebas una ostensible atipicidad de la conducta acusada – ahora equivale a una simple postulación, a fin de conocer cómo puede afectarse la neutralidad del juez con su posibilidad de rechazo de aquella e insistencia autónoma en la emisión de sentencia punitiva. Coetáneamente se identificarán los parámetros fundantes del sistema penal acusatorio susceptibles de trastocarse con ese tipo de

intervención del juzgador, en contraste con su taxativa prohibición legal para formular juicios de culpabilidad “*por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*”.

La proposición central de este trabajo orbitará en que aunque sea transitoriamente, ante la ausencia de petición de sanción penal en los alegatos conclusivos, al negar la absolucón perentoria el operador judicial se estaría atribuyendo el rol persecutor reservado para la fiscalía, desdibujando la estructura básica del proceso adversarial, sin que desde la perspectiva de la teoría jurídica analítica, el lenguaje obrante en las reglas aplicables denote una apertura tal que permita la mencionada desnaturalización, en contravía de los mandatos de debido proceso y favorabilidad que cobijan al procesado, so pretexto de aplicar la discrecionalidad judicial. Se acudirá al estudio de normas, jurisprudencia y doctrina atinente, desde un enfoque cualitativo para significar idóneamente cada uno de los conceptos relevantes al tema; podrá concluirse, acorde a la hipótesis propuesta, que los roles de los sujetos procesales no pueden ser moneda de intercambio según el arbitrio del juzgador.

Palabras clave: *Absolución perentoria; titular de la acción penal; congruencia; debido proceso; favorabilidad; atipicidad; rol del juez; discrecionalidad judicial; garantismo penal; sistema adversarial.*

Abstract

The implications of the fairly recent jurisprudential shift will be studied, according to which, the claim of peremptory acquittal that the prosecution exposes in oral proceedings - which is nothing more than refraining from requesting a conviction, for having noticed in the practice of evidence an ostensible atypicality of the accused conduct – now is equivalent to a simple application, in order to know how

the neutrality of the judge can be affected with his new possibility of rejecting it and autonomous insistence on the issuance of a punitive sentence. At the same time, the founding parameters of the accusatory penal system that are likely to be disrupted by this type of intervention by the judge will be identified, in contrast to its strict legal prohibition to make judgments of guilt "for crimes for which a conviction has not been requested."

The central proposition of this work will revolve around the fact that, even temporarily, in the absence of a request for a criminal sanction in the conclusive arguments, by denying the peremptory acquittal, the judicial officer would be attributing to himself the persecutor role reserved for the prosecution, blurring the basic structure of the adversarial process, noting that from the perspective of analytical legal theory, the language in the applicable rules does not exhibit such an opening that allows the aforementioned denaturalization, contrary to the mandates of due process and favorability that protects the accused, under the pretext of applying judicial discretion. The study of regulations, jurisprudence and pertinent doctrine will be of use, from a qualitative approach to suitably mean each of the concepts relevant to the subject; It can be concluded, according to the proposed hypothesis, that the roles of the procedural subjects cannot be exchange currency according to the discretion of the judge.

Keywords: *peremptory acquittal; holder of the criminal action; congruence; due process; favorability; atypicality; role of the judge; judicial discretion; penal guarantee; adversary system.*

Introducción

Al ser presentado el proyecto de Código de Procedimiento Penal –En adelante C.P.P.– (actual ley 906 de 2004) a consideración del Congreso de la República, de acuerdo con el cual se

implementaría la reforma constitucional, se afirmó en la exposición de motivos: *“Solamente puede calificarse como proceso acusatorio aquel en el que se encuentran perfectamente diferenciadas las funciones de los intervinientes en la actuación: un juez imparcial que a nombre del estado evalúa la responsabilidad del acusado con base en las pruebas que son presentadas a su conocimiento de manera pública, oral, concentrada, con plena confrontación y contradicción; un fiscal, que a nombre del Estado ejerce la acción penal a través de la acusación y que como titular de la pretensión punitiva, tiene la obligación de presentar en el juicio las pruebas de cargo adecuadas para desvirtuar la presunción de inocencia; y, una defensa, que en plena igualdad de condiciones con el acusador, representa los intereses del sujeto pasivo de la acción penal”*¹.

Estas palabras sintetizan la esencia de nuestro actual sistema de investigación y juzgamiento penal, dirigido a concretar y limitar funcionalmente el rol de cada actor, de modo que al procesado se le garantice un proceso público, oral, contradictorio y con independencia entre el funcionario que le acusa y el que le juzga, sin las facultades oficiosas, que podían llegar a ser arbitrarias, propias del anterior esquema inquisitivo.

De modo que, si en desarrollo de tal paradigma el art. 448 del C.P.P.² -atinente al principio de congruencia-, íntimamente ligado a los presupuestos de legalidad, debido proceso y favorabilidad que le asisten al implicado, estima que aquél *“no podrá ser declarado culpable por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*, en clave de la petición punitiva a cargo de la fiscalía en fase

¹ Congreso de la República. Gaceta del Congreso n° 339/03. Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 (Cámara), 229 de 2004 (Senado). “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

² **Artículo 448. Congruencia.** 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.

de alegatos prevista en el Art. 443 *ibídem*³ como requisito *sine qua non* para entrar a emitir potenciales juicios de responsabilidad penal, claramente se evidencia un mandato legal en cabeza del juez de abstenerse de imponer sanción alguna en el evento en que el único servidor facultado para impulsar la acción penal, esto es, el fiscal, según lo normado por el art. 250 constitucional⁴ decida no mantener la acusación y por el contrario demande la absolución del implicado.

En claro desafío a tal premisa, desde el año 2016 la Corte Suprema de Justicia ha erigido una línea de pensamiento, contraria a su pacífica posición precedente, en la que ahora sostiene que la absolución perentoria que argumente el fiscal, amparado en los presupuestos del art. 442 del C.P.P.⁵, ya no vincula al juzgador y puede ser desestimada por aquél, de modo que se le permite emitir una potencial condena aun cuando no medie solicitud expresa del ente acusador en tal sentido una vez finalizado el debate oral.

Para efectos de la presente investigación, se pretende desentrañar la forma en que el contexto referido podría suscitar una problemática ligada a los pilares fundacionales del sistema penal acusatorio (roles de juez y fiscal), y concretamente a la garantía de imparcialidad y neutralidad que se apareja al operador judicial en ese tipo de situaciones.

³ **Artículo 443. Turnos para alegar.** 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.

⁴ **Artículo 250.** 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 que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, **siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.** (resaltado y subrayas fuera del texto original)

⁵ **Artículo 442. Petición de absolución perentoria.** Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes.

Formulación del problema

En un enfoque de análisis de acuerdo a la taxonomía de Bloom, que permita examinar información, identificar causas y realizar inferencias soportadas, el problema a resolver se sintetiza con la siguiente interrogante:

¿En qué medida se afecta la integridad del sistema acusatorio y la neutralidad del juez, al otorgarle la posibilidad de rechazar la postulación de absolución perentoria por atipicidad manifiesta presentada por el exclusivo titular de la acción penal?

Planteamiento del objetivo general

Identificar los parámetros fundantes del sistema acusatorio adversarial susceptibles de afectarse con ese tipo de intervención del juzgador, frente la imposibilidad legal de tal operador judicial de formular juicios de culpabilidad *“por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

Planteamiento de los objetivos específicos

De lo anterior, deducir cuáles son las consecuencias concretas para la neutralidad del juez, de acuerdo a su rol preestablecido al interior del sistema penal acusatorio, con relación a la autorización de que potencialmente desestime la absolución perentoria planteada por el ente fiscal y siga adelante con la pretensión punitiva abandonada por aquél, ante la ausencia de solicitud de condena en los alegatos de conclusión.

Así mismo, observar el origen garantista, así como la claridad lingüística y validez de las reglas del ordenamiento que habilitan legítimamente a la fiscalía para abstenerse de solicitar condena en circunstancias en que luego de la práctica probatoria, la conducta acusada deriva en ostensiblemente atípica y análogamente impiden que el juzgador pueda declarar culpable a quien finalmente no le pesa una solicitud de condena por delito alguno en su contra.

Hipótesis

La teoría de la textura abierta del derecho, en lo que atañe al análisis del lenguaje utilizado por el legislador en las normas que regulan el instituto de la absolución perentoria y el principio de congruencia, no ostenta la suficiente entidad para entender que la interpretación de este último puede quedar a la total discreción del operador judicial en perjuicio de la integridad del sistema penal acusatorio; una visión en contrario resultaría incompatible con los rasgos esenciales del esquema adversarial, e implicaría una inclinación del juez por proseguir autónomamente el ejercicio de la acción penal, impropia de su rol normativamente predeterminado.

Marco teórico

A efectos de fundamentar la hipótesis anunciada, el presente trabajo se servirá sumariamente de algunos postulados de la teoría jurídica analítica y el positivismo racional, especialmente los desarrollados por los ilustre doctrinante H. L. A. Hart, en la medida en que permitirán denotar a través del análisis del lenguaje, que la excepcional labor discrecional del juez, como creador de

derecho en casos difíciles o ubicados en la “penumbra” legal, esto es, aquellos en los que las reglas previstas por el ordenamiento no suministran una solución al caso concreto, o bien pueden contener más de una respuesta legítimamente aplicable, no puede extrapolarse a todos los aspectos de su proceder y acabar convirtiendo el noble sueño de la caracterización objetiva del derecho a través de reglas ciertas en una pesadilla axiológica⁶ o realismo jurídico desbordado, en la que el juez puede llegar a confundirse con el legislador y transformar el trámite judicial en una suerte de permanente criptoleislación⁷, esto es, una potestad de modificación normativa, disfrazada de sentencias que apliquen a derecho.

En efecto, en su obra cumbre “El concepto de Derecho”⁸, para H. L. A. Hart es evidente que el sistema jurídico, compuesto por reglas primarias (de determinación de obligaciones) y secundarias (de *reconocimiento* para establecer la validez jurídica de normas, de *cambio* para autorizar la modificación del ordenamiento y *adjudicación* para distinguir la violación de las reglas primarias) responde en su identidad, significación y eficacia al alcance y limitaciones propias del lenguaje humano, por ello, inevitablemente concurrirán ciertos escenarios en los que el texto normativo y reglamentario adolecerá de ambigüedad o vaguedad que dificultará su idónea aplicación. Por lo anterior, esa “textura abierta del lenguaje” -extensiva al derecho-, hace necesario que el juez actúe según su criterio -o discrecionalidad- para dotar de contenido específico y esclarecedor las leyes imprecisas, llegando incluso a originar otras nuevas. Sin embargo, de cara a la supremacía de la seguridad jurídica, ello acaba siendo la irremediable excepción, más no la “regla”.

⁶ Tal y como se analiza por Hart, H. L. (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. In *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 327-352). Crítica.

⁷ Término utilizado por el profesor Martín D. Farrell en su conferencia “Dworkin y el realismo jurídico”. Extractado de <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/dworkin-y-el-realismo-juridico/+7521>

⁸ Hart, H. L. A., & Carrió, G. R. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Igualmente, para matizar el componente positivista analítico, se traerán a colación algunos planteamientos del garantismo jurídico en el sistema penal cuyo principal abanderado es el doctrinante Luigi Ferrajoli, en la medida en que la supremacía de los derechos constitucionales, como paradigma de estructuración del sistema penal acusatorio y neutralizador de la capacidad estatal -en todas sus ramas del poder público- para abusar de sus facultades en desmedro de derechos ajenos, impide realizar una interpretación que desdibuje la separación de roles inherente al actual régimen procesal punitivo, pues con ello inevitablemente se afectan las garantías del procesado, mismas que se pretendieron reivindicar con la reforma legislativa que le dio origen.

Metodología aplicada

Para resolver la pregunta problema formulada, se ha utilizado el método cualitativo, a través del estudio comparativo de normas, jurisprudencia y doctrina atinente, para significar idóneamente cada uno de los conceptos relevantes al tema.

Acercamiento a los esquemas penales vigentes de cara a las garantías procesales

El sistema penal de tendencia inquisitiva (inherente al anterior C.P.P. – Ley 600 de 2000) que se deriva de los trámites inculpatórios de raigambre medieval, se ha caracterizado históricamente (y no solo a nivel nacional) por, entre otras⁹:

⁹ González, A. M. D. (2014). El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. Cuadernos de Derecho Penal, 11, 35-87. Recuperado de http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/309/259

- i. La predominancia del secreto en el proceso, pues las actuaciones investigativas y de práctica probatoria se consideraban reservadas, denegando la publicidad y transparencia de las mismas frente al colectivo social.
- ii. El ejercicio de la acción penal (al menos de forma parcial) en manos del juez, quien además de juzgar, podía investigar y decretar oficiosamente la práctica de pruebas de acuerdo a su íntima convicción sobre el trámite, lo que denotaba una clara inclinación al prejuzgamiento.
- iii. La permanencia de la prueba, en el sentido que lo practicado en etapas preliminares podía ser fundamento de condena en fase de juzgamiento sin contradicción directa por parte de los sujetos procesales.
- iv. Culto al escriturismo como talanquera a la intermediación y contradicción al interior del trámite.

De lo anterior se deduce una palmaria desigualdad del procesado para ejercer su defensa frente a los actores y herramientas del aparato estatal destinado a investigarlo, decretar y practicar pruebas, solicitar la imposición de una condena y eventualmente emitir un fallo en su contra, situación que resulta contrapuesta a los presupuestos de dignidad humana y enfoque garantista inherentes al Estado Social de Derecho propugnado por nuestra actual Carta Política¹⁰.

Como respuesta a esas falencias, el sistema penal de tendencia acusatoria (reflejado en el actual C.P.P. – Ley 906 de 2004), previó a través del legislador cambios estructurales al trámite de

¹⁰ de Navas, C. R. A. (2013). Bases constitucionales del sistema penal con tendencia acusatoria en un Estado social de derecho. *Derecho Y Realidad*, 11(22), 151-166.

investigación y enjuiciamiento, imbuido de criterios que orbitan alrededor de la protección de derechos¹¹, mismos que han sido replicados por la jurisprudencia atinente¹², y también en otras latitudes¹³, con los siguientes rasgos:

- i. Publicidad de todas las actuaciones como garantía de transparencia y apego a la legalidad.
- ii. División absoluta de funciones entre fiscalía (investigación, acopio probatorio, acusación y práctica de pruebas) y juez (veedor de la integridad del proceso, respeto a garantías de las partes y posterior examinador de las pruebas practicadas en juicio oral), para garantizar el proporcional ejercicio de la defensa en cabeza del procesado y la imparcialidad respecto de la decisión que se adopte frente a aquél.
- iii. Principio de oralidad, inmediación, concentración y contradicción como presupuestos básicos de salvaguarda a la garantía de defensa.

En ese sentido, bajo el imperio del sistema acusatorio vigente desde el año 2005, cumpliendo su deber de sujeción a los preceptos democráticos de la Constitución Política de 1991, tanto juez como fiscal tienen asignados roles inescindibles y palmariamente independientes, cuya omisión o extralimitación desnaturalizan el esquema procesal trazado por el legislador penal y constitucional.

¹¹ Giraldo Jiménez F. (1997). Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1995. Estudios Políticos, (11), 186-191. Recuperado a partir de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/25212>

¹² Ver, entre otras, CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 43837.

¹³ Sifriano, R. S. (2019). Trascendencia del principio de publicidad procesal en el sistema penal acusatorio adversarial en México. *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, (25), 141-169.

Consideraciones acerca de los roles de juez y fiscalía en el sistema acusatorio

Aquí es muy importante el concepto “adversarial” como pilar del sistema acusatorio, en el que dos antagonistas o rivales (Estado/Fiscalía vs procesado/defensa) ostentan condiciones, armas y oportunidades igualitarias y equivalentes para disputarse una decisión a favor de cada una de sus teorías del caso¹⁴ por parte de un tercero (operador judicial), quien debe ser ajeno a sus actividades e intereses¹⁵.

De acuerdo a lo antedicho, el juez se obliga a observar deberes de imparcialidad (decidir cuando le corresponda sin favoritismos), objetividad (juzgar de acuerdo a las pruebas y no a su parecer personal) y neutralidad (no tomar la iniciativa injustificada de actuar en favor ni en contra de una parte)¹⁶, so pena de violentar los principios y garantías de los actores en el proceso, y frente a ello, su obligación de separarse de la labor acusatoria cobra especial relevancia¹⁷.

En consonancia, el representante de la Fiscalía General de la Nación se erige como exclusivo director del ejercicio de la acción penal¹⁸, desde lo expuesto por el citado artículo 250 constitucional¹⁹, para ejercer la actividad investigativa, imputar, acusar y solicitar condena en los

¹⁴ Koppen, P. J. V., & Penrod, S. D. (2003). Adversarial or inquisitorial. In Adversarial versus Inquisitorial Justice (pp. 1-4). Springer, Boston, MA.

¹⁵ Ver salvamento de voto, CSJ, SP, 08 Jul. 2009, Rad. 31063. “*En esa secuencia, uno de los pilares en los que se sustentó el adecuado funcionamiento del sistema, lo fue el reconocimiento de la subordinación del juez al principio acusatorio, nemo iudex sine actore, en el entendido de que no puede haber trámite sin acusación, es decir, esta no puede ser formulada por el juzgador “en tanto hay separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento”.*”

¹⁶ Vargas, C. P. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Revista de IUDEX, (2).

¹⁷ Ferrajoli, L. (1995). Derecho Y Razón. Madrid: Editorial Trotta, S.A.,Pg. 564-567.

¹⁸ Ver CSJ AP, 29 jul. 2010, rad. 28912.

¹⁹ Ver Constitución Política, “**ARTICULO 250.** 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 que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando

alegatos conclusivos, *siempre y cuando se trate de conductas que revistan la característica de delitos*, quedando en potestad del juez decidir lo pertinente frente lo manifestado.

Del principio de congruencia y legalidad

La congruencia, como estándar conexo al principio constitucional de legalidad²⁰, que exige la “*observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”, se materializa en el art. 448 del actual C.P.P., al evitar que un sujeto procesal sea condenado por delitos por los cuales no se ha solicitado la imposición de sanción de parte de quien ejerce la acción penal (exclusivamente ente acusador – Fiscalía). Tiene ciertas excepciones (condena por delitos distintos a los definidos en acusación²¹), pero todas supeditadas a la aplicación del principio de favorabilidad.

De la favorabilidad

El principio de favorabilidad²², también derivado del de legalidad previsto en el estatuto penal sustantivo²³ e íntimamente ligado al aforismo *no reformatio in pejus*, garantiza que al procesado

medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.” (...) (subrayas y negrilla fuera del texto original)

²⁰ Ver *ibídem*, “**ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.**” (subrayas y negrilla fuera del texto original)

²¹ Ver CSJ, SP, 22 feb. 2017, rad. 43041.

²² Refirió Corte Constitucional en Sentencia C-371 de 2011, de conformidad con el artículo 29 Superior “*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”. “*La favorabilidad en materia penal constituye un mandato de orden superior que corresponde a un principio rector del derecho punitivo y un derecho fundamental de aplicación inmediata, de conformidad con el artículo 85 de la Carta*”.

²³ Ver Ley 599 de 2000, “**ARTÍCULO 6. Legalidad.** *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.*

no se le condenará por situaciones y delitos no correlacionados con la acusación sostenida por la Fiscalía²⁴, ni se le aplicará en perjuicio una interpretación más restrictiva de la norma.

De la absolución perentoria y su relación con el principio de congruencia

A su turno, la absolución perentoria reglada en el art. 442 del C.P.P.²⁵ indica, como lo refirieron a su turno múltiples pronunciamientos jurisprudenciales²⁶ que al constatarse por parte de la fiscalía (que es el actor procesal que interesa para el objeto de este estudio) posterior a la práctica probatoria en juicio oral, que los hechos fundantes de la acusación se advertían ahora ostensiblemente atípicos -es decir, que ya no se enmarcaban en una descripción prevista en el código de las penas-, podría solicitar la emisión de un fallo absolutorio en favor del procesado, pues resulta diáfano que acorde a los lineamientos de su misión constitucional prevista en el mencionado Art. 250, no está obligada a ejercer la acción penal (o lo que es lo mismo, sostener una acusación) por conductas que ya no revistan la característica de delitos.

Así mismo, en clave de la taxatividad lingüística con la que fue consagrado el principio de congruencia, el juez no se encuentra habilitado para emitir sino la consecuente emisión de fallo absolutorio, pues no podría oficiosamente atribuirse la potestad acusatoria del fiscal, al tratarse de un sistema adversarial de partes.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.”

²⁴ Ver CSJ, SP, 14 may. 2014, rad. 42763.

²⁵ Ver Ley 599 de 2000, “**ARTÍCULO 442.** *Petición de absolución perentoria. Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes.*”

²⁶ Ver CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 13 mar. 2008, rad. 27413; CSJ SP, 22 may. 2008, rad. 28124; CSJ SP, 27 oct. 2008, rad. 26099; CSJ SP, 03 jun. 2009, rad. 28649; CSJ SP7591-2015, CSJ SP8033-2015, CSJ SP9961-2015.

Posiciones jurisprudenciales frente a la absolución perentoria

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ha sentado precedente²⁷ en cuanto a que la labor del ente acusador debe ser razonable, reflexiva y coherente con el respeto a las garantías de los sujetos procesales, así como con la lealtad procesal; de ahí que diversos pronunciamientos²⁸ iniciales sostuvieron que una consecuencia directa de la absolución perentoria impulsada por la fiscalía, era el decaimiento de la acusación y un tácito retiro de cargos, situación del todo lógica, si se toma en cuenta que no resulta procedente, ni coherente con las garantías fundamentales, sostener una persecución estatal a toda costa, con ánimo vindicativo, si tras ejercitarse la práctica de la prueba, a juicio del exclusivo titular de la acción penal, desaparecen los presupuestos de tipicidad necesarios para categorizar la conducta investigada como delito, y de contera, se extinguen los presupuestos de obligatoriedad previstos en la Constitución para continuar con su labor acusatoria.

No obstante, el criterio jurisprudencial imperante a partir de la sentencia SP6808-2016, Rad. 43837 de 2017 y otras sucedáneas sostiene que absolución perentoria es una simple postulación, porque de acuerdo al criterio del alto tribunal no existe justificación normativa para que la fiscalía abandone el impulso de la acción penal (desistimiento o retiro de la acusación), se comprometerían los derechos de las víctimas y al igual que con la preclusión, una eventual excepción a ello debe ser sometida a control jurisdiccional.

²⁷ Ver CSJ, SP, 23 abr. 2008, rad. 29118: “Porque, si bien, dentro de la sistemática acusatoria, a la Fiscalía se le otorga la función instrumental, propia de ella, de acusar, no puede significarse que esa tarea represente un fin en sí mismo, o mejor, gobierne la teleología de qué es lo debido realizar por el fiscal en cada caso concreto.”

²⁸ Ver sentencias CSJ, SP, 13 jul. 2006, rad. 15843; CSJ, SP, 27 oct. 2008, rad. 26099, CSJ, AP, 11 sep. 2013, rad. 43837.

Inferencias a partir de los hallazgos

Así las cosas, por medio de una interpretación jurídica novedosa, nuestro órgano de cierre en materia penal actualmente permite, así sea de forma involuntaria, que el juez, al ser capaz de negar la postulación de absolucón perentoria presentada por la fiscalía, se arrogue una potestad persecutora propia de aquella, para suplir la ausencia de petición de condena de parte del sujeto procesal naturalmente destinado para ello y así emitir eventual sentencia punible.

La posición jurisprudencial imperante, que autoriza indirectamente la invasión del espectro funcional reservado para la fiscalía por parte del juzgador, riñe con los roles normativamente preestablecidos por el legislador penal para cada actor el interior del proceso penal enmarcado en el sistema adversarial y acusatorio, poniendo en riesgo cierto los presupuestos de independencia de funciones persecutoras y de juzgamiento, pilares del vigente esquema de tendencia garantista.

No solo ello, sino que además de trastocarse los fundamentos dogmáticos del sistema penal acusatorio, a nivel personal se violenta la neutralidad del juez, puesto que bajo ningún motivo, aquél podría, ni debería, tomar partido por impulsar el ejercicio de la acción penal a cargo de la fiscalía, y precisamente ello es lo que haría en caso de denegar la proposición de absolucón perentoria, pues en ausencia de petición punitiva a cargo del ente acusador que no considera plausible solicitar condena por concurrir, a su criterio, atipicidad ostensible de la conducta, el operador judicial, con su opinión en contrario, no pudiendo obligar a un alegato en sentido punitivo de parte de la fiscalía, acabaría tomando las riendas de esa acusación y solicitándose a sí mismo

una sanción penal contra el procesado, pretensión propia que consecuentemente también valoraría al momento de emitir sentencia.

Los fundamentos de la perspectiva jurisprudencial mayoritaria no consultan con una visión teleológica del inciso 1° del artículo 250 de la Carta Constitucional, en tanto este precepto únicamente obliga al ente acusador a ejercer la acción penal, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible subsunción de la conducta en un tipo penal²⁹. En consecuencia, no se trataría de un retiro de cargos arbitrario, si no de la aplicación de una consecuencia jurídica conteste con un escenario en el que normativamente se impide continuar con la labor misional de la fiscalía, como lo es cuando concurre la atipicidad de la conducta, acorde a la aplicación del derecho material de la que el juez debe ser el máximo garante³⁰.

Así mismo, tal situación no es asimilable a una condena por delitos distintos a por los que se ha solicitado la imposición de una sanción penal (también autorizada por la jurisprudencia), porque en ese evento siempre prima el principio de favorabilidad en cabeza del procesado, en cambio, frente a la hipótesis actual, ante la ausencia de formal de petición de condena por parte del ente acusador se reforman los roles y funciones de las partes procesales en perjuicio del sujeto pasivo de la acción punitiva.

²⁹ Ver CSJ, SP, 14 jun. 2017, rad. 49467: *“Las obligaciones de la Fiscalía para con las víctimas del injusto no se extienden a mantener la acusación por encima de cualquier circunstancia, pues en todo caso su labor en la persecución del delito está condicionada a que “medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*.

³⁰ Carvajal, D. M. R. (2007). A propósito de la justicia material (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material). *Opinión Jurídica*, 6(12), 165-185. También al respecto ver sentencia T-618 de 2013. Cfr. Sentencia T-429 de 1994.

Tampoco resulta análoga a la postulación de preclusión, por cuanto aquella no presume una práctica probatoria y su eventual denegación no comporta una consecuencia punitiva o desfavorable para el procesado, únicamente la continuación de la actividad investigativa de la fiscalía, única titular de la acción penal.

Ni siquiera se avizora como justificante la eventual transgresión al derecho de las víctimas, ya que precisamente ha sido el propio ordenamiento jurídico el encargado de delimitar la capacidad de aquellas para ejercitar sus derechos al interior del trámite (sin que ello signifique que el proceder de la fiscalía se encuentre atado a sus pretensiones³¹), incluyendo la posibilidad efectiva impugnar el fallo resultante de la aplicación de la absolució³² -sea o no perentoria- o de solicitar por vía de tutela la nulidad de su aceptación por parte del juez en caso de que la misma se halle carente de la debida motivación, sin que para ello sea necesario usurpar la voluntad del legislador ni violentar las garantías del procesado a través del sendero ahora propuesto por la Corte Suprema.

Oposición a la absolució perentoria como postulación

Las críticas a dicha tesis vigente han sido recurrentes a través de salvamentos de voto ínsitos en cada uno de los fallos de la Sala de Casación Penal que tocan el tema³³, lo que indica la ausencia de una posición pacífica al interior de la misma Corporación y la preocupación de sus miembros

³¹ Ver CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 43837. “Así, para las víctimas, el principio de la tutela judicial efectiva tendría que ajustarse a ese marco teórico, toda vez que en esa lógica sus pretensiones se conjugan en causa común con la Fiscalía sin que esto conlleve a que el proceder del ente estatal se encuentre subordinado a sus directrices, conforme lo ha aclarado la jurisprudencia, entre otros, al señalar que no tienen un poder de veto sobre los preacuerdos sin perjuicio que deban tenerse en cuenta sus inquietudes (Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010, CSJ SP 13939-2014)”.

³² Ver sentencia C-047 de 2006.

³³ Ver CSJ, SP, 25 may. 2016, rad. 43837; CSJ, SP, 03 ago. 2016, rad. 41905, entre otras.

por la inseguridad jurídica y atentado contra las bases del sistema, así como para las garantías del acusado que su aplicación pueda conllevar.

Precisamente, dichos disentimientos apuntan a serias falencias lógicas y de fondo en la decisión que admite entender la absolución perentoria pretendida por la fiscalía como un simple acto de postulación, en los siguientes términos y que consultan con los hallazgos del presente artículo:

En primer lugar, una de las críticas se centra en la contradicción lógico-jurídica inherente a la posición sentada por la mayoría de integrantes de la Sala de decisión, que ha permitido el eventual rechazo de la absolución perentoria como mero acto de postulación y a la vez, de forma indirecta ha suplantado la potestad de configuración normativa en materia de política criminal exclusiva del legislador:

“ (...) 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. (...) Ahora, con la el nuevo criterio jurisprudencial adoptado por votación mayoritaria se desatiende la motivación que sustentó la aprobación de la congruencia en el Congreso, contrariándose el querer del legislador.

De igual forma, preocupa a una parte de la Sala de Casación Penal la posible usurpación del rol procesal inherente a la fiscalía por parte del juez, al asumir este último la conducción de la acción penal ante la ausencia de pretensión punitiva en fase de alegatos conclusivos:

(...) 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.”³⁴

Incluso, es bastante dicente que ese importante sector del órgano de cierre en materia penal se pronuncie de forma tan vocal en contra la creciente tendencia de control material por parte del juzgador, quien so pretexto de defender su percepción particular de justicia, acabe destruyendo los mismos cimientos del sistema procesal en que debe desenvolverse, toda vez que para evitarlo sus limitaciones de intervención se encuentran ya preestablecidas en las distintas fases de la actuación (imputación, acusación, audiencia preparatoria) y no existe razón para que ello sea diferente en sede de juicio oral:

“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

³⁴ Salvamento de voto, Magistrado Eugenio Fernández Carlier, CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 43837.

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

Finalmente, los propios magistrados arriban a la deducción, en similar sentido a lo que se ha propuesto a lo largo de este trabajo, que la línea de pensamiento impulsada por el sector mayoritario del alto tribunal implica un evidente retroceso en la salvaguarda de las garantías alcanzadas con el actual sistema de corte adversarial, en beneficio de un accionar inquisitivo, en el que prima la obtención de condena, aún por iniciativa del operador judicial, por encima de los derechos del procesado:

(...) Por ende, es inconcuso que pese al esfuerzo institucional en depurar la consolidación del sistema acusatorio, la visión dada a este asunto, en nuestro concepto, se ofrece rezagada

y anclada en la visión propia de modelos de investigación y juzgamiento inquisitivos. Lo anterior, porque al subrogar el juez el rol del Fiscal, de mediar petición absolutoria elevada por aquel, se pervierten y deforman los pilares esenciales de un sistema acusatorio aun cuando sea modulado, con tendencia a ese raigambre o “a la colombiana”, como se le quiera llamar, pues si se avala que quien acusa y juzga sea la misma persona, indubitadamente, se mantiene un ideario inquisitivo con todo lo que eso implica, quedando así lo acusatorio apenas en el plano formal, por cuenta de la existencia de este arquetipo mixto.”³⁵

Por otra parte, los discernimientos previamente vertidos encuentran una coincidencia trascendente con la teoría jurídica analítica, al apuntar a la existencia de un lenguaje inequívoco en la máxima prevista en el art. 448 -tantas veces citado- que impide avizorar una vaguedad o imprecisión en su mandato (regla primaria) que permita, bajo el manto de la discrecionalidad judicial, entender que en ciertas ocasiones (como cuando se niega la petición de absolución perentoria), el operador judicial se encuentra habilitado para declarar culpable al acusado por delitos sobre los que NO se haya solicitado condena. Pretender que ello sea así, tal y como lo afirma la tesis jurisprudencial vigente, equivale no solo a desconocer la taxatividad y voluntad del legislador cuando estatuyó el principio de congruencia, sino también a invadir la función legislativa (dotando de contenido diverso una norma que ya es lo suficientemente clara) y violentar el principio de legalidad al no observar esta forma propia del trámite penal adversarial, conculcando con ello la garantía de debido proceso y favorabilidad que le asiste al sujeto pasivo del accionar del Estado.

³⁵ Salvamento de voto, Magistrados José Luis Barceló Camacho, José Francisco Acuña Vizcaya y Luis Guillermo Salazar Otero, CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 43837.

En esencia, el contenido de las normas primarias y secundarias obrantes en el C.P.P., y que hacen eco de los pilares filosóficos del proyecto de reforma constitucional que le dio origen a dicho compendio, específicamente en lo atinente a los roles, atribuciones y limitaciones independientes, tanto de la fiscalía como del juez de conocimiento en las distintas fases del trámite, de cara a solicitar y emitir, respectivamente, una declaración de culpabilidad por determinado delito, reportan su validez de una regla de reconocimiento consuetudinariamente refrendada, y así mismo, ofrecen una taxatividad lingüística que hace improcedente e igualmente desaconsejable acudir a la noción de “*textura abierta del Derecho*” para discernir si existe una indeterminación normativa que le ofrezca la posibilidad al operador judicial para escapar, mediante su discrecionalidad, de la coraza funcional asignada por sistema en el que se mueve, e invadir potestades reservadas para otros actores del proceso, so pretexto de “crear derecho”.

CONCLUSIONES

Conforme a lo advertido, la tesis jurisprudencial imperante nos devuelve al sistema inquisitivo, al permitir que el juez asuma el ejercicio de la acción penal en lugar de la fiscalía, cuando rechaza la absolución perentoria argumentada por aquella y e insiste en emitir un fallo de potencial condena, aun cuando el ente correspondiente no la ha solicitado según lo exige el art. 448 referente a la congruencia.

Se abre la posibilidad a que con ello, el juez de conocimiento genere valoraciones propias del ente persecutor. No puede concebirse al operador judicial como un custodio de los juicios de tipicidad

previos a solicitarse condena, tanto es así que nada obstaría para que a su modo de ver, influya en la construcción de imputaciones o escritos de acusación.

Tal circunstancia sin lugar a dudas quebranta la separación de roles propia del sistema penal acusatorio, y trasgrede así mismo la neutralidad del juez, al objetivamente autorizar que, en ausencia de la fiscalía, él mismo se incline por solicitar la condena cuyo análisis le corresponderá sopesar posteriormente en la sentencia.

Antes propender por el respeto y garantía de los derechos del procesado, la tesis jurisprudencial vigente privilegia la justicia formal por encima de la material y fomenta la inseguridad jurídica, ante la razonable dubitación de los operadores judiciales de menor categoría respecto a abrogarse la potestad de impulsar una acción penal o ser susceptibles de incurrir en prevaricato por desconocimiento del precedente judicial.

No resulta procedente brindar el apoyo a una serie pseudovalores (satisfacción a toda costa del ejercicio de la acción penal, permanencia de la acusación, lectura exegética y descontextualizada del precepto 250 CN) por encima de la integridad del proceso penal, cuando el costo es desdibujar los roles y funciones propios de cada actor del trámite y desconocer principios fundantes (legalidad, debido proceso, favorabilidad, congruencia) en desmedro de las garantías del procesado.

Aunque la solución real a esta problemática se antoja lejana, pues la modificación de fondo al sentido de la norma se encuentra a cargo únicamente del legislador penal, es evidente que

concurrer los presupuestos argumentativos suficientes para apartarse legítimamente del precedente sentado a partir de 2016 por la Corte Suprema de Justicia en eventuales decisiones ligadas a absoluciones perentorias impulsadas por la Fiscalía.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de 1991.
- Ley 599 de 2000.
- Ley 600 de 2000.
- Ley 906 de 2004.
- Corte Constitucional, providencias C-047 de 2006; C-371 de 2011; T-618 de 2013; T-429 de 1994.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias CSJ, SP, 13 jul. 2006, rad. 15843; CSJ, SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ, SP, 13 mar. 2008, rad. 27413; CSJ, SP, 23 abr. 2008, rad. 29118; CSJ, SP, 22 may. 2008, rad. 28124; CSJ, SP, 27 oct. 2008, rad. 26099; CSJ, SP, 03 jun. 2009, rad. 28649; CSJ, SP, 08 jul. 2009, Rad. 31063; CSJ AP, 29 jul. 2010, rad. 28912; CSJ, AP, 11 sep. 2013, rad. 43837; CSJ, SP, 14 may. 2014, rad. 42763; CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 43837; CSJ, SP, 03 ago. 2016, rad. 41905; CSJ, SP, 22 feb. 2017, rad. 43041; CSJ, SP, 14 jun. 2017, rad. 49467; CSJ SP7591-2015, CSJ SP8033-2015, CSJ SP9961-2015.

- Congreso de la República. Gaceta del Congreso n° 339/03. Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 (Cámara), 229 de 2004 (Senado). “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.
- Carvajal, D. M. R. (2007). A propósito de la justicia material (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material). *Opinión Jurídica*, 6(12), 165-185.
- Díaz, A. M. (2014). El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. *Cuadernos de Derecho Penal*, 11, 35-87. Recuperado de http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/309/259.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho Y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.,Pg. 564-567.
- Giraldo Jiménez F. (1997). Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1995. *Estudios Políticos*, (11), 186-191. Recuperado a partir de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/25212>.
- Hart, H. L. A., & Carrió, G. R. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. In *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 327-352). Crítica.
- Koppen, P. J. V., & Penrod, S. D. (2003). Adversarial or inquisitorial. In *Adversarial versus Inquisitorial Justice* (pp. 1-4). Springer, Boston, MA.
- de Navas, C. R. A. (2013). Bases constitucionales del sistema penal con tendencia acusatoria en un Estado social de derecho. *Derecho Y Realidad*, 11(22), 151-166.

- Sifriano, R. S. (2019). Trascendencia del principio de publicidad procesal en el sistema penal acusatorio adversarial en México. *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, (25), 141-169.
- Vargas, C. P. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *Revista de IUDEX*, (2).