

SISTEMA PENAL ACUSATORIO – ROLES DEL JUEZ, PARTES E INTERVINIENTES: La Constitución Política traza unos límites dentro de los cuales jueces, fiscales y demás actores del sistema pueden actuar o tomar sus decisiones. En su núcleo, esos límites no son otra cosa que las garantías y los derechos fundamentales.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD U OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL - La Constitución le confió a la Fiscalía el ejercicio de la acción penal; dicha persecución penal es un verdadero deber jurídico en cabeza de esta entidad, es una obligación, y no una facultad, por lo cual no puede dejar de ejercerla por razones de conveniencia o exceptuar el rigor de su legalidad.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD U OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL - RENUNCIA A LA ACCIÓN PENAL: La disponibilidad en el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía es excepcional, se reduce al principio de oportunidad y siempre está sujeta a decisión judicial.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD U OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL – RETIRO DE CARGOS: Celebrada la audiencia de formulación de acusación, el retiro de cargos resulta inviable, debiendo la Fiscalía llevar el proceso hasta su culminación, siendo factible y de llegarse hasta el juicio oral y darse los presupuestos para ello, solicitar la absolución, lo cual no es un retiro de cargos.

SOLICITUD DE ABSOLUCIÓN – Al ser una mera postulación, no vincula irremediablemente al juez a proferir un fallo absolutorio, pues lo único que lo ata es el resultado de la valoración probatoria.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL –JUICIO ORAL Y DEBATE PROBATORIO: Reluce ajeno a un sistema de enjuiciamiento que está gobernado por el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, que el ente acusador pueda desistir de toda la práctica persuasiva en la vista pública, porque al hacerlo está decidiendo cómo finaliza el proceso, siendo que esa atribución le fue encomendada únicamente al juez, una vez se ha llevado a cabo el debate probatorio.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE OIFICIOSIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y DERECHO DE LAS VÍCTIMAS - Los valores justicia y verdad, a la vez que son derechos subjetivos de las víctimas, corresponden a fines y funciones del Estado de las que no se puede despojar cuando no media el interés de ellas para hacerlos valer, dado que así como una dimensión individual tienen una colectiva y pública.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD U OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y DERECHO DE LAS VÍCTIMAS - La protección a las víctimas no la puede prodigar la Fiscalía a través de la renuncia a la persecución penal. Cuando acontecen situaciones en las que víctimas y testigos son amenazados con ocasión de un proceso penal, el ordenamiento jurídico prevé una gama abierta de posibilidades para que la Fiscalía –y la representación de víctimas también- puedan disponer y solicitar ante el juez su protección.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO – PAPEL DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO: Si bien es cierto que en el sistema de enjuiciamiento criminal la concepción del juez de conocimiento parte de ser el encargado de dirigir la etapa de juzgamiento y de llevar adelante el juicio penal, le corresponde hacerlo con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso; y tales deberes terminan por franquearse cuando el juez deja de lado su función de servir como guardián del respeto de los derechos fundamentales involucrados en la actuación y actúa como un mero notario de la función acusatoria en el control exclusivo de las formas.

NULIDAD DE LA ACTUACIÓN - Posibilidad de invalidar actos de la Judicatura y de la Fiscalía cuando una anomalía tiene génesis en las actividades de las partes, pero a la vez el juez ha permitido que dicha irregularidad continúe y se consolide en el proceso penal.

NULIDAD DE LA ACTUACIÓN – Procedencia de su declaratoria al vulnerarse garantías y derechos constitucionales y socavarse las bases fundantes del juzgamiento.

ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A SER PROTEGIDAS DE TODA FORMA DE VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL – Aplicación de los Instrumentos Internacionales en conjunto con la Constitución Política y el Ordenamiento Jurídico Interno.

EFFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS – Obligación del Estado y por ende de todas las autoridades de desplegar esfuerzos por utilizar las herramientas jurídicas en pro de tal objetivo.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS – ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN: El restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, es intemporal y en esa medida se puede realizar en cualquier momento de la actuación procesal.

Teniendo en cuenta 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; que no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo la aplicación del principio de oportunidad; que debe formular acusación, al cumplirse los requisitos legales y realizar su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido (salvo en los delitos querellables), dado que la persecución penal está reservada para el Estado por ser su deber y su poder, se considera que el Fiscal, frente a un punible que debe perseguirse de oficio y una vez iniciado el juicio oral, alegando la negativa de la víctima y su padre a testificar por amenazas vertidas en contra de sus vidas por la continuación del proceso, no podía dimitir toda la práctica probatoria de acusación para solicitar la absolución, en tanto esto significó que retirara los cargos en una fase procesal en la que eso ya no era posible, que renunciara al ejercicio de la acción penal por fuera del contorno del principio de oportunidad y que terminara el proceso por fuera de las figuras legalmente establecidas, realizando a la postre, la labor que le fue encomendada al juez; y siendo que éste, olvidando su rol como director del proceso y que ante todo debe preservar el valor justicia y los derechos de todos los actores del sistema, incluidas las víctimas, ante una petición de absolución por razón distinta a la atipicidad ostensible de los hechos y que no se encuentra obligado a emitir una sentencia absolutoria sin contar con los sustratos necesarios que el debate probatorio le proporciona, adelantó el juicio oral sin que se cumplieran sus etapas, accediendo a lo solicitado, finalizando con una decisión atípica, sin ejercer el debido control para encausar por el camino legal la actuación, trasgrediendo con ello el debido proceso, garantía y derecho de orden público que no está sujeto a la disponibilidad de ningún sujeto procesal, y los valores, principios y funciones que irrigan la administración de justicia, se determina que es procedente declarar la nulidad de lo actuado desde lo acontecido en audiencia de juicio oral.

Así mismo, conforme la normatividad constitucional y supranacional, analizando el asunto desde el ámbito de una perspectiva diferencial de género y dando cumplimiento al deber que les asiste a los servidores públicos según su rol, de desplegar su función con absoluta responsabilidad e incluso determinando corresponsabilidad en las consecuencias derivadas del ejercicio violento contra las mujeres, y no obstante que con la decisión de declarar la nulidad de la actuación, se garantiza el derecho de la víctima a obtener una justicia material y a impedir que se acalle su voz, es necesario con el objeto de que la decisión sea completa e integral, tomar medidas excepcionales de protección y prevención para la víctima y su familia, al avizorarse que se encuentran materialmente afectadas garantías de

una mujer menor de edad y que persiste el riesgo de que se sigan vulnerando por el actuar del procesado o de otras personas interesadas en que no se sepa la verdad ni que se haga justicia.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente : Franco Solarte Portilla
Asunto : Apelación sentencia absolutoria
Delito : Acceso carnal violento
Procesado : MACC
Radicación : 520016107547201400653-01 N.I. 23572
Aprobación : Acta N° 2020- 068 (3 de julio de 2020)

San Juan de Pasto, ocho de julio de dos mil veinte

1. Vistos

Corresponde al Tribunal resolver la apelación propuesta por el Procurador 143 Judicial II Penal en contra de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, mediante la cual absolvió al señor MACC del delito de acceso carnal violento que le atribuyera la Fiscalía.

2. Resumen de los hechos jurídicamente relevantes

En la acusación que ha hecho la Fiscalía se recuenta que a mediados del mes de junio del año 2014 a eso de las 4:30 de la tarde, la menor D. M. G. O., de 15 años de edad, recibió una llamada del señor MACC, cuando ella salía de clases de la Institución Educativa ... del municipio de ... (N). Dicha persona le pidió que fuera a recoger una encomienda en el barrio "El J" que le había enviado su padre. Al llegar al lugar tal individuo con violencia la llevó a un colchón, donde le impidió gritar, la despojó de su ropa, la accedió carnalmente y al final la amenazó con matar a su progenitor si contaba lo sucedido.

3. Síntesis de la actuación cumplida

Por esos hechos, el día 28 de septiembre de 2017 en el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Pasto se celebraron las audiencias preliminares concentradas. En ellas se legalizó la aprehensión producida con orden de captura, se formuló imputación –en la que el persecutor le enrostró al indiciado el punible de acceso carnal violento- y se denegó la imposición de la medida de aseguramiento de detención carcelaria solicitada por el organismo investigador

Como el imputado no aceptó los cargos, la Fiscalía presentó escrito de acusación el 27 de diciembre de 2017. Ello trajo que el 16 de julio de 2018 se celebrara la audiencia de formulación respectiva ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto. La preparatoria se adelantó el 26 de septiembre de ese año. El juicio oral por su parte tuvo inicio el 3 de diciembre del 2019, data en la que la Fiscalía y la defensa renunciaron a la práctica probatoria y pidieron la absolución del procesado, a cuyo culmen después de un receso la Juez cognoscente dictó sentencia en el sentido implorado.

4. La sentencia apelada

Después de recordar los hechos investigados, las alegaciones de los sujetos procesales en la vista pública y las estipulaciones probatorias allegadas, la primera instancia estudió los elementos del tipo penal contemplado en el artículo 205 del Código Penal. Recabó que la conducta no demanda de sujeto activo calificado; que debe haber penetración del miembro viril, de cualquier otra parte del cuerpo o de un objeto en alguna de las cavidades corporales de la víctima y que debe existir violencia en el acto.

En el análisis señaló que únicamente se encontraban comprobadas la identidad plena del acusado y la edad de la ofendida para la fecha de los hechos. Reseñó que el instructor y la defensa habían renunciado a la restante práctica demostrativa, por modo que en el asunto no había sido acreditada ni la materialidad del delito ni la responsabilidad penal del acusado. Además, advirtió que desconocía las razones por las que la víctima y su padre declinaron la posibilidad de rendir sus testimonios en el

juicio oral. Así, subrayó que no le quedaba otro camino a que proferir sentencia absolutoria en favor del procesado.

5. La sustentación del recurso

El señor agente del Ministerio Público confutó la decisión de primer grado. Para eso examinó tópicos varios como los límites en la titularidad y el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, el control judicial de la cesación de la persecución penal, los antecedentes procesales del caso objeto del juzgamiento, la vulneración de los derechos de las víctimas y la nulidad de la actuación. Culminada esa exposición deprecó se invalide lo actuado en el juicio oral celebrado el 3 de diciembre del año pasado.

Sobre la primera materia, explicó que aunque la acción penal fue confiada por el Constituyente de 1991 a la Fiscalía General de la Nación, también dispuso que su ejercicio era obligatorio. De esa suerte, contempló que cuando dicho ente tiene conocimiento de conductas constitutivas de delitos no le es dable suspenderla, interrumpirla ni renunciarla, salvo los casos de aplicación del principio de oportunidad. Relievó entonces que el ejercicio de la acción penal supone una actividad discrecional pero reglada, cosa que la sustrae de arbitrariedad, dado que está surcada por límites que le impiden desarrollarla de cualquier modo, uno de ellos la realización de la justicia material propia a un Estado Social de derecho.

En esa línea, destacó el recurrente que la acción penal encuentra precisa regulación en sus diferentes etapas: (i) si la conducta de la que tiene conocimiento la Fiscalía ostenta trascendencia para el Derecho Penal y se trata de un punible de investigación oficiosa debe adelantar las respectivas pesquisas; (ii) si producto de la información obtenida el persecutor puede inferir razonablemente que el indiciado participó en el delito debe formular imputación; (iii) si la evidencia física le permite a dicho ente afirmar con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe deberá formular acusación; y, (iv) si culminada la práctica probatoria determina que los hechos son ostensiblemente atípicos solicitará absolución perentoria, de lo contrario condena.

Empero, ilustró que existen otros eventos en los que se desenvuelve la acción penal: el principio de oportunidad, que está sometido a reglas como la taxatividad, excepcionalidad y control judicial; la suscripción de preacuerdos o el allanamiento a cargos; y la preclusión y la absolución perentoria, que si bien son promovidas por el acusador su escrutinio final le corresponde al juez de conocimiento. En punto a la absolución perentoria recabó que solamente se puede solicitar por el fiscal o defensor una vez terminada la práctica probatoria y previo a los alegatos de conclusión por atipicidad ostensible de los hechos, petición que deberá ser decidida por el juez.

Indicó que todas las formas de interrupción, suspensión o renuncia a la acción penal, bien por aplicación del principio de legalidad o de oportunidad, deben pasar por el tamiz judicial. Y acotó además que ellas son más reducidas en la medida en que el proceso penal avanza, comoquiera que por fuera de esas hipótesis no es posible que el fiscal disponga de la acción penal iniciado el juicio oral.

Respecto del tercer tema, rememoró el señor Procurador la forma cómo se surtieron las etapas procesales, con ahínco en lo sucedido en la audiencia preparatoria, sobre el decreto de pruebas, y lo acontecido en el juicio oral, cuando la Fiscalía deprecó la absolución del acusado. Trajo a recuerdo específicamente que el instructor renunció a la práctica demostrativa en razón a que sus testigos principales (la víctima y su padre) se negaran a declarar, lo que fue coadyuvado por la representación de víctimas. Al igual, puntualizó que como agente del Ministerio Público se opuso a ese devenir, toda vez que la Fiscalía contaba con otras posibilidades suasorias que fueron admitidas por la Judicatura, como los testimonios del psicólogo forense de Medicina Legal y de la psicóloga del centro de salud que atendió a la menor, además de la declaración de la afectada, que podía ingresar como prueba de referencia y el testimonio de su madre, sin descartar el procedimiento para hacer comparecer a los testigos que rehuyeran.

Por cuenta de eso, amonestó que la Fiscalía sí contaba con amplias posibilidades para demostrar la acusación. Asimismo, reprobó que renunciara a la práctica de pruebas y pidiera la absolución perentoria, porque esa figura solamente es viable después de culminado el debate probatorio y antes de los alegatos finales y por una palmaria atipicidad de los hechos. Resaltó que ninguna de esas dos condiciones se satisfizo, puesto que la petición de absolución obedeció a la referida renuncia, que se elevó antes de la práctica de pruebas. Concluyó entonces en ese acápite que la Fiscalía terminó anticipadamente el proceso bajo una modalidad no prevista en la ley.

En el capítulo de vulneración a los derechos de las víctimas, mencionó que conforme la denuncia y las entrevistas de la ofendida rendidas el 30 de julio de 2015 y el 8 de marzo de 2017, aquella habría sido amenazada por el procesado con causar la muerte de su padre si lo delataba. Refirió que eso mismo fue objeto de los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de acusación y que en un receso en el juicio oral por parte de la Fiscalía y la representación de víctimas le fue confirmada tal situación. Adujo que esa circunstancia imponía en el acusador la obligación de garantizar la seguridad de la ofendida, sus familiares y testigos mediante la aplicación del protocolo adoptado en la Resolución 01-1006 del 27 de marzo de 2016, en pro de velar además para que el acceso a la justicia de la víctima se viera materializado y se evitara la impunidad.

En el último aparte de su argumentación, concluyó que estaba articulada la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal por una abierta violación al debido proceso. Dicha hipótesis la derivó de que la Fiscalía diera por terminada de manera anticipada la acción penal mediante la petición de absolución a contrapelo de lo dispuesto en el artículo 442 de esa obra, esto es, antes de fulminada la etapa probatoria y por razones distintas a la atipicidad de los hechos. Igualmente, volcó como transgresor de dicha prerrogativa fundamental que el persecutor no brindara a la víctima ni a su padre la protección que les es meritoria y que dejara de practicar todas las pruebas fundamento de su teoría del caso. Por último, arguyó que los principios que informan el instituto de la nulidad procesal estaban satisfechos.

6. Argumentos de los no recurrentes

La representación de víctimas se mostró en contra de los argumentos del apelante. Primero, enunció que el padre de la víctima le manifestó que no era su deseo ni el de su hija comparecer al juicio oral como tampoco que el proceso continuara, entre otras cosas por el desplazamiento de su lugar de residencia a Pasto y por el temor a su seguridad, siendo así que firmaron un manuscrito haciendo esa declaración. Adveró que DMG, ahora mayor de edad, fue enfática en no querer tener intervención alguna en la actuación en aras de salvaguardar su tranquilidad y la de su hija de dos años de edad y de su compañero sentimental. De ese modo, dijo no estar de acuerdo con la petición del recurrente, porque aunque el ejercicio de la acción penal es obligatorio debía

sopesarse en el caso concreto que ello ponía en riesgo la vida de la víctima, cuya voluntad debía ser además respetada. Por eso propendió para que su representada no fuera re victimizada.

Para apoyar este último diserto, apuntó que la situación de orden público de P... es grave, dado que conforme el sistema de alertas tempranas de la Defensoría militan allí organizaciones criminales lideradas por alias “El Cucaracho” y “El Muelas,” que tienen injerencia en el corregimiento de S... al que pertenece la vereda ... donde vive la víctima. Señaló que allí se desata un escenario de riesgo de vulneración a los derechos fundamentales de la población civil con el aumento principalmente de homicidios y de delitos como desplazamiento forzado, extorsiones, siembra de minas antipersona, etc., pese a los esfuerzos que han hecho las autoridades.

El Fiscal 52 Seccional CAIVAS acotó que aunque la solución propuesta por el Ministerio Público deviene razonable, consultado el contexto en el que se desenvuelve la vida de la ofendida en realidad no lo es. Ilustró que la razón de que la Fiscalía procediera de la manera amonestada por el recurrente estribó en que la menor y su padre habían sido amenazados de muerte, y por ello su actuación no podía ser tachada de arbitraria. Describió que inclusive antes de iniciarse el juicio oral la víctima y su abogada lo abordaron para manifestarle que de ser condenado CC, se cerniría un alto riesgo en contra de la vida de aquella, y que por ello no declararía en la vista pública para evitar que el procesado fuera sentenciado. Por eso, esgrimió que se vio compelido a proceder de la forma como lo hizo en cumplimiento del mandato constitucional de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes.

Alertó, de otro lado, que acudir al programa de protección a testigos no era una opción viable, porque requiere de la voluntad a someterse al mismo por parte de la víctima, y porque significa un gran cambio en su vida, pues supone que deba domiciliarse en otro lugar del país con una identidad diferente, esto es, desarraigarse de su medio habitual. Alegó que tal cosa traducía que la ofendida fuera re victimizada cuando el Estado colombiano es incapaz de brindarle una protección, inclusive meramente temporal en su propio domicilio. Para no crear soluciones de escritorio, pidió que se recordara que el municipio donde reside está golpeado por la violencia, por lo que los temores de la ofendida de ser atropellada en sus derechos son fundados. Adveró entonces que no era razonable asumir un riesgo como ese, cuyas consecuencias serían soportadas exclusivamente por aquella.

En otras materias, decantó que los testimonios del perito forense y la psicóloga clínica no pasaban de ser de referencia en cuanto a la versión rendida por la víctima y únicamente directos respecto de las observaciones que hicieran a su comportamiento. Replicó que en ese panorama sus dichos no van a permitir que se estructure una sentencia condenatoria, de ahí que no tuviera remedio distinto a renunciar a la práctica probatoria.

Por último, insistió que fue menester que se privilegiara el derecho a la vida de la víctima sobre las demás prerrogativas -como el acceso a la administración de justicia- que están en juego y a los que la lesionada renunció voluntariamente siendo mayor de edad. Elucidó que declarar la nulidad de lo actuado la pondría nuevamente en la incertidumbre que genera en su vida la posibilidad de una sentencia condenatoria en contra del acusado. Por eso solicitó que se deniegue tal pedimento.

7. Consideraciones de la Sala

Está verificada la competencia del Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004 para conocer la tensión en esta oportunidad planteada, misma que invita a resolver el siguiente cuestionamiento:

¿Debe declararse la nulidad de lo actuado desde lo acontecido en audiencia de juicio oral, cuando el ente acusador renunció a la práctica probatoria –y como consecuencia así lo hizo también la defensa- como respuesta a la negativa de la víctima y su padre a testificar en la vista pública frente a las amenazas vertidas en contra de sus vidas por la continuación del proceso, en trámite que desembocara en la absolución del encartado?

Dicho problema jurídico supone que la Sala deba abordar los siguientes temas: (i) el Sistema Penal Acusatorio colombiano, (ii) el principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, (iii) las posibilidades de renuncia a la acción penal, (iv) el retiro de cargos, (v) los derechos fundamentales de las víctimas de delitos, (vi) el papel del juez de conocimiento, (vii) la posibilidad de invalidar actos de la Judicatura y de la Fiscalía, (viii) una perspectiva de género en el asunto, y, (ix) la posibilidad de adoptar medidas de protección.

7.1. El Sistema Penal Acusatorio en Colombia

El sistema penal introducido con el Acto Legislativo 03 de 2002 es de tendencia acusatoria, pero no es acusatorio puro. Aunque sus autores quisieron instaurar un “*nuevo sistema*” de investigación, acusación y juzgamiento, adoptaron uno que a la vez que hunde sus raíces en el principio acusatorio, mantiene algunas características del sistema mixto o de corte inquisitivo que imperaba para la época. De hecho, si se consulta la exposición de motivos¹ de dicha norma superior, el constituyente derivado fue explícito en indicar que su pretensión era modificar la estructura del procesamiento criminal para acoger uno de *tendencia* acusatoria; lo que lo consolidó con la articulación de unas determinadas figuras que dicen tal mixtura. Dicha especie de amalgama, si así se permite la expresión, ha conllevado inclusive a que el esquema de enjuiciamiento penal sea *muy colombiano* y que no pueda adscribirse a los modelos continental europeo y menos al anglosajón que siguen la naturaleza acusatoria.

La nota acusatoria del sistema se deriva del principio de su mismo nombre, que es su premisa más básica. Al tenor de dicho axioma se propende por la separación clara de las funciones de investigación-acusación y juzgamiento, que en los sistemas mixtos estaban concentradas en una sola entidad estatal². Valga anotar que esa exigencia no se agota únicamente con la escisión del procedimiento en una fase investigativa y otra de juzgamiento, porque aún dicha división se encuentra presente en los sistemas inquisitivos. Va más allá, pues la iniciación y fijación del objeto del proceso debe corresponder a una autoridad, en nuestro caso la Fiscalía, cuya función es dar impulso procesal a efectos de obtener una manifestación en derecho sobre la responsabilidad penal del acusado por parte de un juez de la República.

De allí dimana otro de los componentes esenciales de dicho principio: el que refiere que no existe proceso sin acusación, o lo que es lo mismo, que si no existe acusador no hay juez (*nemo iudex sine actore*). Se fija así una estructura básica del proceso penal al señalarse que no es posible una declaratoria de responsabilidad penal si previamente no se ha contado con una concreción personal, fáctica y jurídica que la pueda generar. Sin embargo, como aún en los sistemas con preeminencia inquisitiva puede existir una

¹ Gaceta del Congreso 240/2002.

² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal, Ediciones Nueva Jurídica, 2016, págs. 63-65.

acusación previa a la sentencia, ese mandato debe optimizarse con el primero: que en ningún caso las funciones de investigación y acusación concurren con las de juzgamiento en una sola instancia. Además, de él procede un principio adicional: el de *congruencia*. Otros indican que también estriba allí el *principio de no reforma en peor*³.

El modelo acusatorio, además, tiene asiento en el *principio de igualdad de armas* o de defensa en condiciones de igualdad relativa con respecto a la acusación. Este tiene por objeto garantizar que acusador y acusado tengan a su alcance posibilidades reales y ciertas para ejercer sus derechos, y herramientas necesarias para hacer respetar su intereses⁴, o igualdad de oportunidades para recoger evidencias con potestades similares. De allí puede considerarse que reside también el derecho de defensa.

Finalmente, algunos autores sitúan como otro de los baremos del sistema acusatorio el *principio de un juez integral*. Ello es consecuencia lógica de los dos presupuestos precedentes. En presencia de un órgano estatal encargado de la investigación y la acusación y un ámbito procesal de oposición legítima a la pretensión acusadora, deviene inevitable la concurrencia de un tercero personificado en el juez, que es el encargado de controlar las interferencias en los derechos fundamentales y asegurar el respeto de los distintos contenidos del derecho a un proceso con todas las garantías, sin que pueda promover el interés de una de las partes⁵.

Pero como ya se advirtió, la concreción del modelo de enjuiciamiento en Colombia a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 insertó características o elementos que no se identifican con un sistema acusatorio puro, si es que en ese estado existen, cosa que lo hace muy particular. Veamos de cuáles se trata.

Sin el ánimo de escrutar la diversidad de las posiciones de la dogmática, que no vienen al caso, lo cierto es que en oposición al carácter adversativo que se le atribuye a los diseños acusatorios (en el que se supone que hay una suerte de contienda entre dos partes ante un juez imparcial), en el nuestro aparecen otros participantes: la víctima y el Ministerio Público. Tales intervinientes tienen verdaderas facultades procesales como hacer postulaciones probatorias, interponer recursos, injerir en todas las audiencias, etc., claro, eso sí, con las limitaciones legales. El Ministerio Público actúa como garante

³ BERNAL CUELLAR Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, El proceso penal: fundamentos constitucionales y teoría general, Universidad Externado de Colombia, Sexta edición, 2013, 197.

⁴ CSJ SP, 23 abril 2008, rad. 29.118.

⁵ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal, Ediciones Nueva Jurídica, 2016, 68-70.

de los derechos fundamentales y como representante de la sociedad, mientras que las víctimas lo hacen en el marco del ejercicio de sus derechos a conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia y lograr una reparación integral. Figuras como esas en el sistema acusatorio norteamericano⁶, por ejemplo, no tendrían cabida, ya que supondrían quebrar la relación de partes en la que se maneja.

Hay otras características distintivas de nuestro esquema que lo separan de los otros. La Fiscalía continúa adscrita a la Rama Judicial y ejerce algunas funciones de ese orden; sus delegados conservan alguna autonomía respecto del Fiscal General de la Nación; el rol del juez no es el de un mero árbitro que define una contienda entre dos partes, de hecho con la constitucionalización del Derecho Penal le concierne propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes; y, se mantiene una concepción fuerte del principio de legalidad, *ergo*, la disponibilidad de la acción penal es verdaderamente excepcional y siempre está sujeta a decisión judicial.⁷ Estos dos últimos temas, por ser del interés de la alzada se tratarán con holgura más adelante.

Valga entonces ese introito para refrendar la premisa que fue formulada al principio: que nuestro sistema de enjuiciamiento, aunque se balancea hacia lo acusatorio, no lo es en todos sus elementos. Ese es un pacífico criterio que la Corte Constitucional⁸ y la Corte Suprema de Justicia⁹ vienen defendiendo. Es por eso que es importante tenerlo en mente, porque de allí se desprenden notables consecuencias que, más allá de las discusiones teóricas, impactan en las figuras procesales mismas. En términos generales, sobre tales implicaciones, habrá de decirse que es equivocado enfrentar los problemas jurídicos que en un determinado asunto arriban con fundamento en los caracteres y naturaleza de otros sistemas acusatorios -como el norteamericano o el continental europeo-. Si bien pueden servir de apoyo para la comprensión del nuevo sistema procesal penal, no como notas definitorias de cómo debiera operar. Veamos lo siguiente:

“Conforme a lo anterior, las características propias del sistema procesal colombiano permiten colegir que la interpretación de las normas que lo reglamentan en orden a la resolución de problemas jurídicos concretos, no puede remitirse sin más a la que resulte más coherente con la teoría general del modelo acusatorio o con derechos procedimentales foráneos (legislado o jurisprudencial) que, como el norteamericano, sean afines al principio acusatorio. Aunque, indiscutiblemente, esos ámbitos teóricos

⁶ C-591 de 2005.

⁷ CSJ SP, 25 mayo 2016, rad. 43.837.

⁸ C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-592 de 2005.

⁹ CSJ SP, 29 jul. 2008, rad. 28.961.

y normativos brindan valiosos elementos conceptuales que permiten la mejor comprensión de nuestro sistema, la solución a las controversias que suscite debe responder, en primerísimo lugar, a las peculiaridades de aquél.”¹⁰

7.2. El principio de legalidad de la acción penal

Así entonces, para cumplir con los derroteros propuestos, uno de los elementos que están en la estructura del modelo acusatorio nacional es el principio de legalidad. Tradicionalmente se ha concebido que se agota con el imperativo de que la investigación y el juzgamiento deben hacerse conforme la ley penal vigente al momento de los hechos –o prohibición de irretroactividad- y por las autoridades naturalmente constituidas para esos fines. Empero, otra de sus facetas es la que apunta al desarrollo de la acción penal. En ese ámbito, la doctrina y la jurisprudencia también lo han denominado *principio de obligatoriedad*.

Desde la mencionada arista, que tiene elevación a norma fundamental en el artículo 250 Superior, se consagra 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 que lleguen a su conocimiento*”. Siendo así, “*no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad (...)*”.

Refulge así que la acción penal, entendida en términos generales como la actividad que es desarrollada ante el conocimiento de una *notitia criminis* para obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional en búsqueda de la aplicación de la ley penal y de la realización de sus fines, la Constitución se la confió a la Fiscalía. Dicha persecución penal es un verdadero deber jurídico en cabeza de esa entidad, es una obligación, y no una facultad. De tal modo, cuando hay mérito para iniciar una investigación o formular acusación, porque se cumplen los requisitos legales para ello, inexcusablemente así deberá hacerlo, sin perjuicio de la salvedad propuesta en la norma. De hecho, en su formulación más clásica el *principio de legalidad* busca la imposición de una sanción ante la infracción de la ley, pues esa es la finalidad más notoria de que se deba perseguir todo delito (aunque, huelga decirlo, no a toda costa y a cualquier precio).

¹⁰ CSJ SP, 25 mayo 2016, rad. 43.837.

Para comprender en mejor medida la dimensión de un mandato como ese, es necesario acudir a los lugares comunes de la doctrina. Veamos:

“El principio de legalidad, como baluarte del Estado constitucional de derecho, tienen claras implicaciones en el campo procesal, como aquellas referidas a que la Fiscalía, en cuanto órgano que instruye el proceso, está obligada a adelantar la investigación de hechos que indiquen la comisión de un delito deber de persecución penal y, además, a promover la acusación cuando estén dados los requisitos legales establecidos para ello.

(...)

El artículo 250 C.N. señala la obligatoriedad de la acción penal como el principio de general aplicación. Esto quiere decir que el mandato constitucional exhorta a la Fiscalía General de la Nación a investigar y promover la acusación en todos los casos que conste la comisión de una conducta punible”.¹¹

De ahí que, se repite, frente a un comportamiento tipificado como punible es obligación de la Fiscalía investigarlo. Pero no solamente eso: cuando esté establecida la comisión de un delito e identificado su autor, o determinados los presupuestos de causa probable, debe en principio acusar para perseguir una sanción. Correlato forzoso de eso es la prohibición general de que la Fiscalía interrumpa, suspenda y sobre todo renuncie a la acción penal, que es un imperativo que también aparece consagrado de forma explícita en el texto constitucional, sin perjuicio de la aplicación del *principio de oportunidad*, como se verá.

Pero antes, la configuración del *principio de legalidad* supone también que en nuestro sistema estén desterrados sus opuestos: los *principios de discrecionalidad y de disponibilidad* de la acción penal. Quizá esas sean características naturales a los sistemas acusatorios más puros, no de aquellos que conservan elementos de los que tienen tendencia mixta, que con frecuencia justamente están ligados al *principio de legalidad*. La razón parece obvia: si el ejercicio de la acción penal resulta obligatorio cuando se está en presencia de un hecho punible, no puede la Fiscalía optar por no perseguirlo por razones de conveniencia o exceptuar el rigor de la legalidad de la acción penal. Aunque en la solución de los casos concretos el persecutor cuenta con un ámbito para determinar de qué manera lo direcciona o encausa, lo cierto es que está seriamente delimitado por lo que le dictan las hipótesis legales.

¹¹ BERNAL CUELLAR Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, El proceso penal: fundamentos constitucionales y teoría general, Universidad Externado de Colombia, Sexta edición, 2013, págs. 494 y 511.

Ahora, en el medio de esas dicotomías (obligatoriedad-disponibilidad, legalidad-discrecionalidad), en el diseño constitucional aparece el *principio de oportunidad*. Bajo su égida sí le resulta viable a la Fiscalía interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal, pero solamente como salvedad a la regla general que es la obligatoriedad. Esa salvedad desde los orígenes del texto legislativo reformador y en la interpretación judicial ha sido entendida como excepcionalidad. Significa ello que el *principio de oportunidad* opera únicamente por vía de excepción a la legalidad. Tal carácter deriva del hecho de que el legislador haya previsto las causales taxativas (que además no deben ser ambiguas o equívocas) y las condiciones en que procede, que esté delimitado por la política criminal del Estado y sujeto a control judicial. Y como tales presupuestos están previamente definidos en la ley, dicha oportunidad es reglada, tan es así que algunos sectores coinciden en afirmar que la oportunidad no es excluyente o contraria a la legalidad, sino que es su complemento¹². La Corte Constitucional va en esa línea al decir que:

“En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo.”¹³

Para nuestro estudio conviene comprender que el *principio de oportunidad* opera en aquellos casos en los que se está en presencia de una verdadera conducta punible con todos sus elementos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, nexo causal), que por ello de entrada merecería el reproche penal. No obstante, por razones que pudiéramos catalogar como de conveniencia, según la política criminal estatal, no se hace aconsejable el adelantamiento de la acción penal. Esto es, aun cuando existe mérito para acusar¹⁴ y dicha acusación tiene probabilidad de éxito, se alzan particulares circunstancias en un caso determinado que hacen que la persecución penal no sea necesaria ni proporcional. Se trata por ejemplo de eventos en los que la afectación a los bienes jurídicos tutelados no es significativa, la realización del procedimiento implica graves riesgos para el Estado, la persecución penal comporta problemas sociales más significativos, etc. Para eso están previstas 17 hipótesis en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

¹² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La oportunidad como principio complementario del proceso penal, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2006.

¹³ C-673 de 2005.

¹⁴ C-873 de 2003.

Que el *principio de oportunidad* opere respecto de conductas típicas, antijurídicas y culpables lo distingue y separa de otras figuras, que más vale son derivaciones explícitas del *principio de legalidad*. Así, el archivo de las diligencias o la preclusión de la investigación no le son equiparables, porque allí residen razones de atipicidad del comportamiento, de inexistencia del hecho, de ausencia de responsabilidad, y en general motivos que hacen inviable la acusación. Tampoco se compara con la petición de absolución perentoria en el juicio oral, dado que ella solamente procede ante una ostensible atipicidad de los hechos que aflora después de culminada la práctica probatoria. Menos tiene analogía con las terminaciones anticipadas del proceso por allanamiento a cargos o manifestaciones preacordadas de culpabilidad, toda vez que aunque hay una conducta punible, la acción penal se agota totalmente con la imposición de una sanción, que es de lo que se prescinde con el *principio de oportunidad*.

De cualquier manera, la aplicación del referido principio pasa por la verificación de unos requisitos que el legislador los ha consagrado exigentes. Hay primero unas causales taxativas, está proscrito para ciertos delitos, algunas de las hipótesis imploran el cumplimiento de la justicia restaurativa, para determinados reatos se requiere de la autorización del Fiscal General de la Nación o de quien él delegue de manera especial, en los eventos de suspensión del procedimiento a prueba existen varias condiciones que deben ser cumplidas por el procesado antes de la renuncia definitiva a la acción penal, etc.

Comentado eso, para cerrar esta parte del examen en torno a la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, basta repasar que el *principio de legalidad* está vinculado inescindiblemente al de oficiosidad. Que el ejercicio de la acción penal sea obligatorio trasunta en que la Fiscalía realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido (salvo en los delitos querellables), dado que la persecución penal está reservada para el Estado por ser su deber y su poder¹⁵. De esa manera, la acción penal no queda supeditada a la iniciativa de los interesados en iniciarla o continuarla, ni la promoción del debate oral y público queda sometida a la liberalidad de la víctima. Ello es característico de los Estados de derecho, justamente porque en ellos el agravio que causa la comisión de un delito no es exclusivo del sujeto pasivo del injusto, sino de la

¹⁵ C-591 de 2005.

sociedad en general, que ve afectados el orden y la convivencia públicos, y que por lo tanto tiene derecho a restablecerlos.

Para la Corporación le resultan necesarias estas anotaciones, porque en este asunto a no dudarlo hay una suerte de discusión que involucra pensar en cómo se explica en el marco de nuestro sistema penal acusatorio el proceder de la Fiscalía, del que ahora se queja el señor agente del Ministerio Público, y si allí mismo está avalado considerando sus notas características. De eso se ocupará la Sala en las siguientes páginas.

7.3. El retiro de cargos

Pues bien, en el escenario antedicho, para hablar ya de las figuras propias que hacen parte de nuestro sistema penal como aparece regulado en la Ley 906 de 2004, cabe preguntar si el retiro de los cargos es una posibilidad legal con que cuente la Fiscalía. Debe advertirse de entrada que un instituto como ese no está textualmente considerado en dicha normativa, pero ello no supone que no exista. De hecho, en la hermenéutica jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia ha admitido que el fiscal pueda retirar la acusación. En efecto, en un sistema de enjuiciamiento penal en el que uno de sus postulados rectores es el principio acusatorio debe aceptarse que la Fiscalía pueda hacerlo, dado que es la titular de la acción penal y dueña de la acusación, como una pretensión o acto de parte que es. Sin embargo, como también en dicho modelo rige el *principio de legalidad* tal retiro es limitado.

Para entender cómo funciona una posibilidad como el retiro de cargos es necesario consultar la construcción jurisprudencial. Según la Corte Suprema de Justicia la Fiscalía sí está facultada para retirar el escrito de acusación que ha presentado, pero solamente lo puede hacer si no se ha desarrollado la audiencia de formulación respectiva. Ello obedece a que la acusación es un acto complejo compuesto cuando menos por la presentación del escrito y su formulación oral en audiencia, que puede extenderse también al alegato final en el juicio oral respecto al aspecto jurídico. En virtud de tal característica, la mera presentación del escrito de acusación es un acto de parte en el que no ha mediado actividad jurisdiccional y hasta ese instante es dable que la Fiscalía retire el escrito. Pero si lo hace, el proceso no termina, pues hay una imputación formal que no puede quedar en la indefinición. Por eso, es deber de dicho organismo llevar el proceso hasta su finalización bajo alguna de las posibilidades legales que existen, como

la preclusión, los preacuerdos, el allanamiento a cargos, el principio de oportunidad o la condena o absolución en juicio oral.

En cambio, si ya se ha desarrollado la audiencia de formulación de acusación, el retiro resulta inviable, justamente porque ya ha habido intervención judicial. De allí en adelante cabe que la Fiscalía proceda de alguna de las maneras que la ley le permite, que basta mirar son las mismas enunciadas arriba. Háblese de la preclusión de la investigación dentro de mermadas causales, la aplicación del *principio de oportunidad* hasta cierta fase procesal, los preacuerdos y allanamiento a cargos, y el adelantamiento del juicio oral (con las posibilidades de pedir la absolución o la condena), etc. Ello delata que es deber del persecutor llevar el proceso hasta obtener un pronunciamiento judicial.

Alrededor de lo anterior citemos lo siguiente:

“9.6. Si el fiscal es el “dueño de la acusación” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.

Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna.

Agotada la audiencia de formulación acusatoria del artículo 339 de la Ley 906 del 2004, el entendimiento es el ya dado por la jurisprudencia de la Corte, esto es, se impone el adelantamiento del juicio y en estricto sentido no hay lugar al retiro de cargos, sino a la petición de absolución.”¹⁶ (Negritas fuera del texto original)

De lo evocado, para la Sala se desprende sin ambages que el llamado retiro de los cargos solamente se puede hacer hasta antes de celebrada la audiencia de formulación de acusación, y no después. En ese ámbito procesal a decir verdad opera exclusivamente como un mero retiro del escrito de acusación, pero nunca como una forma de culminación del proceso o fenecimiento de la acción penal, pues ello supondría que la Fiscalía pueda disponer de la acción penal o tener discrecionalidad sobre si habilita o no su ejercicio. Aun cuando el fiscal opte por una decisión como esa, el

¹⁶ CSJ SP, 21 mar. 2012, rad. 38.256. Citada en CSJ AP, 5 sep. 2018, rad. 53.560.

proceso continúa su curso, y de tal suerte es obligación de dicho funcionario que, como una expresión del *principio de legalidad*, lo lleve hasta su culminación, misma que independiente de la forma en que sea vista demanda del pronunciamiento judicial. Por eso tal retiro es incluso temporal, porque si es que el proceso no termina por otras vías, la Fiscalía debe presentar nuevamente el escrito de acusación.

Si eso es así, en tratándose de los eventos en los que es dable el retiro de la acusación, con mayor razón lo será para los que esa figura procesal no tiene cabida. Es decir, después de realizada la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía está compelida a llevar el proceso hasta su fin, bien por alguna de las posibilidades que se derivan de la aplicación del *principio de legalidad* (o de oportunidad en forma excepcional). Y esa es una carga que no se morigera con el avance de la actuación, de hecho se exacerba, porque entre más avanzadas las etapas del proceso, las posibilidades de acabarlo anticipadamente son menores. Si el ente persecutor no está licenciado para retirar los cargos después de formulada la acusación, menos cuando se ha agotado la audiencia preparatoria y se ha dado inicio al juicio oral. Claro, sin perjuicio de que pueda petitionar la absolución del procesado, pero esa es una situación diferente que ahora será distinguida y que no es un retiro de cargos.

7.4. La petición de absolución

Precisamente, hasta el año 2016¹⁷ la Corte Suprema de Justicia venía sosteniendo que la petición de absolución, finiquitado el debate probatorio en el juicio oral, equivalía a un retiro de cargos, de modo que al juez cognoscente no le quedaba otro camino que el de emitir un fallo absolutorio, merced al *principio de congruencia* previsto en el artículo 448 adjetivo. En esa línea de pensamiento se entendió que la judicatura no podía proferir condena mediando una postulación de absolución, aun cuando las pruebas le dictaran lo contrario, porque de hacerlo el juez terminaba por asumir el ejercicio de la acción penal. Pero avanzando el tiempo, en algunos pronunciamientos llegó a admitirse que esa posibilidad era excepcional, dado que resultaba ajena a la indisponibilidad de la acción penal por parte de la Fiscalía en un sistema gobernado por el *principio de legalidad*, y por eso operaba para los casos en que el persecutor no lograba cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado¹⁸.

¹⁷ Ver CSJ SP, 13 jul. 2006, rad. 15.843; CSJ SP, 22 mayo 2008, rad. 281.24; y, CSJ AP, 21 mar. 2012, rad. 38.256..

¹⁸ CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 40.306.

De todos modos, la primera postura venía siendo dominante hasta el año en mención, pero dejó de serlo después de que la alta Corte se cuestionara si no siendo la discrecionalidad de la Fiscalía absoluta, era necesario un pronunciamiento del juez, y si este era una verdadera decisión judicial si el director del proceso se limitaba a recoger el acto de voluntad del ente instructor. Tras estudiar entonces el sistema de enjuiciamiento criminal, exaltó que sus notas características impiden concebir que la solicitud de absolución elevada por la Fiscalía vincule irremediabilmente al juez a proferir un fallo absolutorio, pues lo único que lo ata es el resultado de la valoración probatoria. Al final, la Corte decantó que la petición de absolución era una mera 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 el examen integral de las pruebas aducidas en el juicio oral y por eso era erróneo considerarla como un retiro de cargos.

Aquella decisión aporta unos sustratos muy importantes para el caso bajo examen; recabemos en algunos de ellos. Primero, que como ya se ha dicho con suficiencia, en nuestro sistema opera una concepción fuerte del *principio de legalidad*, y la disponibilidad en el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía es excepcional y se reduce al *principio de oportunidad*. Segundo, el ente investigador no cuenta con facultades jurisdiccionales, que en su mayoría le fueron sustraídas con el Acto Legislativo 03 de 2002, por lo que la finalización del proceso siempre demandará del pronunciamiento judicial. Tercero, cualquier forma en la que pueda culminar una causa penal, bien como derivaciones del *principio de legalidad* o aplicación del *principio de oportunidad*, exige la decisión del juez que verifique que se dan los presupuestos legales para arribar a cualquiera de esas salidas.

Es oportuno citar con alguna holgura lo que dijo el alto Tribunal, y que sigue incólume hasta estos tiempos¹⁹.

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

¹⁹ CSJ SP, 14 jun 2017, rad. 49.467.

constitucional que se analiza frente a los jueces y a los demás intervinientes procesales, pues es la única titular de la función acusadora.

(...)

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

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

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

(...)

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

(...)

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.

(...)

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.”^{20 21}

Lo precedente conlleva notables repercusiones en el ámbito procesal. Se parte entonces de que la Fiscalía está habilitada para solicitar la absolución del procesado al juez de conocimiento, pues la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal no se extiende a punto tal de que se vea coercida en todos los casos a pedir condena. Incluso una petición de absolución es una forma en la que se expresa el *principio de legalidad*, luego, no está prohibida, y en ello el acusador sí cuenta con un margen de discrecionalidad admisible. Pero tal proceder es una mera postulación. Como el juez no está obligado a emitir una sentencia absolutoria, le corresponde verificar si se dan los presupuestos legales para cualquier decisión que deba adoptar. Para ello, es inevitable que cuente con los sustratos necesarios, que no son otra cosa que los que el debate probatorio le proporciona. No es plausible entonces que dicho debate pueda ser prescindido.

7.5. La renuncia al debate probatorio en el juicio oral

Llegados aquí, el cuestionamiento se erige en términos de comprender si la Fiscalía, en este caso, puede abdicar de la práctica probatoria de cargo en el juicio oral. Con esa mira, cabe primeramente distinguir dos tipos de escenarios: uno en el que lo hace respecto de parte del decreto probatorio, y otro en el que lo declina del todo. Ambos contraen consecuencias disímiles.

Para la Sala el primer escenario no se muestra conflictivo, porque cuando median motivos razonables el fiscal puede renunciar a que se practiquen una o algunas de las pruebas decretadas por la judicatura. En ese margen es que la Fiscalía cuenta con un tipo de discrecionalidad plausible. Cuando así procede, sus actuaciones no pueden achacarse de que denieguen justicia para las víctimas o que desconozcan los deberes que le corresponden en relación con dicho interviniente especial. Ello obedece a que sus obligaciones no se extienden a mantener la acusación por encima de cualquier circunstancia, pues en todo caso su labor está condicionada a que tercier suficientes circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del delito. Así, como titular de la acción penal que es, la Fiscalía “*es la encargada de determinar las pruebas que*

²⁰ CSJ SP, 25 mayo 2016, rad. 43.837.

²¹ Reiterada en CSJ SP, 3 ago. 2016, rad. 41.905.

*solicita en razón de la utilidad que le representan para sustentar la acusación, seleccionar las preguntas que formulará a los testigos en desarrollo de los interrogatorios, al tiempo que readecuar su estrategia de acuerdo con la realidad probatoria que arroje el juicio*²².

Cosa distinta sucede cuando la renuncia a la práctica probatoria la realiza respecto de todo el arsenal. A ese propósito, lo que viene siendo argüido hasta ahora aporta suficientes bases para ir trazando algunas respuestas. Si en el proceso la contienda probatoria que se ejercita como centro de atención en el juicio oral se suprime en un todo por disposición de la Fiscalía, el juez es compelido a emitir una decisión, que no puede ser otra que la de absolver al procesado. En esas condiciones, desde el ejercicio de la acción penal una petición de exoneración se convierte de facto en un retiro de los cargos, que a esas alturas del proceso ya no es posible. La razón de eso es justamente que a falta de la dialéctica demostrativa el juez queda sustraído de la posibilidad de hacer cualquier valoración o verificación legal, de modo que la absolución termina por depender exclusivamente del proceder de la Fiscalía, allí donde –se insiste– no se da cabida a la función jurisdiccional.

Reluce ajeno a un sistema de enjuiciamiento que está gobernado por el *principio de obligatoriedad* en el ejercicio de la acción penal, que el ente acusador pueda desistir de toda la práctica persuasiva en la vista pública, porque al hacerlo está decidiendo cómo finaliza el proceso, siendo que esa atribución le fue encomendada únicamente al juez. Así, la Fiscalía está disponiendo del ejercicio de la acción penal en la manera en que renuncia a ella, cuando ya se vio que tal proceder solamente es posible a expensas de la aplicación del *principio de oportunidad*, que inclusive este mismo no puede existir si no hay un pronunciamiento judicial de fondo.

Nótese que ni siquiera bajo la figura de la absolución perentoria es dable eso, porque allí, aunque se prescinde de los alegatos finales, se llega después de agotado el necesario debate probatorio, y no antes. Con mayor razón, cuando la petición de absolución es por razón distinta a la atipicidad ostensible de los hechos debe estar inequívocamente precedida del debate suasorio. Aunque la absolución perentoria y

²² CSJ SP, 14 jun 2017, rad. 49.467.

petición de absolución son fenómenos distintos²³, en común tienen que a ellas no puede arribarse antes de que se introduzcan las pruebas en el juicio oral.

A este camino de lo discurrido puede moldearse con más precisión la respuesta al cuestionamiento formulado al principio. En un sistema penal como el nuestro, que es regido a la vez por los *principios acusatorio y de legalidad*, la Fiscalía 52 Seccional CAIVAS no podía dimitir toda la práctica probatoria de acusación para deprecar al instante la absolución del procesado. Haber actuado así significó que retirara los cargos en una fase procesal en la que eso ya no es posible; de contera que renunciara al ejercicio de la acción penal por fuera del contorno del *principio de oportunidad*, que es el único instituto que permite hacerlo; y, que terminara el proceso por fuera de las figuras legales. Cuando el persecutor actuó de esa manera llevó a la Juez de primer nivel a que irremediamente dictara fallo absolutorio, eso, como una mera refrendación de la voluntad del acusador, pues no tenía opción distinta. De esa forma, la culminación definitiva del proceso quedó de facto en manos de la Fiscalía. Si bien dicha entidad cuenta con autonomía y cierta discrecionalidad en el manejo de los casos, no empero las posee para fulminar los procesos, que es la labor que le fue encomendada al juez.

Lo anterior corresponde a una perspectiva de las posibilidades legales que en el ordenamiento jurídico pueden alentarse. Ahora, cabe que la Colegiatura revise si en las razones por las que la Fiscalía radicada desistió de la práctica probatoria hay un principio que convalide su proceder. Para esa finalidad debe recordarse que iniciado el juicio oral el funcionario acusador advirtió que así lo hacía, porque sus deponentes medulares –la víctima y su padre- manifestaran que no concurrirían más al proceso ni testificarían en la vista pública, además de que fuera su deseo que la causa terminara. Adicionalmente, en el traslado a los no recurrentes del recurso interpuesto por el Ministerio Público, el señor Fiscal dio aviso de que la decisión de esos testigos estribaba en las amenazas de muerte de las que fueron objeto, por modo que ponderados los intereses en juego era mejor que la acción penal feneciera para evitar un riesgo a las vidas de aquellos. Este panorama invita a la Sala a reflexionar acerca de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

7.6. Los derechos de las víctimas en el proceso penal.

²³ La primera se formula por el fiscal o el defensor antes de los alegatos y solamente por atipicidad de los hechos; la segunda únicamente corresponde al fiscal en las alegaciones y por supuestos diferentes a la atipicidad absoluta.

Para empezar, en el sistema penal con tendencia acusatoria la víctima es un sujeto procesal en la categoría de interviniente especial²⁴, lo que implica que posee verdaderas facultades y potestades para intervenir en el proceso, pero que no son las mismas en comparación con las del acusador y el acusado. Comúnmente, ello se explica por el *principio acusatorio* del procedimiento, y por el adversarial también, que sitúan el proceso como una contienda entre dos partes. Por eso, además, las facultades procesales de las víctimas difieren según la etapa; serán mayores si se está en las previas y serán menores en las posteriores y más avanzadas. Independientemente de las digresiones sobre dichas capacidades procesales, en el estado actual de cosas lo cierto es que a las víctimas les asiste un conjunto de derechos con categoría constitucional y supranacional.

Antes de la Constitución de 1991 los derechos de los afectados con el delito quedaban reducidos al interés patrimonial, por eso la participación en el proceso penal de la parte civil se limitaba a ese campo. A partir de dicha Carta Política se introdujo un cambio importante, que se acentuó con los desarrollos jurisprudenciales posteriores²⁵, de suerte que se consideró que además del derecho a la reparación –en el que se incluyen componentes de satisfacción, rehabilitación, restitución y garantías de no repetición, tanto en el ámbito individual como colectivo-, la parte civil debía poder conocer la verdad de lo sucedido y buscar la sanción de los responsables. Sin embargo, fue en la reforma que el Acto Legislativo 03 de 2002 trajo al artículo 250 Superior que se solidificaron los tres derechos nodales que asisten a las víctimas: la verdad, la justicia y la reparación.

Por verdad entiéndase el derecho a conocer de lo sucedido y a saber quiénes fueron los agentes del daño. Con el derecho a la justicia los hechos deben investigarse seriamente y ser castigados por el Estado para evitar la impunidad. La reparación reclama la plena restitución o restablecimiento de la situación anterior a la violación, o el resarcimiento o indemnización compensatoria cuando ello no sea posible. De esas categorías tradicionalmente formuladas se deriva una serie de prerrogativas que les son intrínsecas: del derecho a la justicia, el pleno acceso y capacidad para actuar en la investigación y el juzgamiento; de la reparación, la garantía del goce del derecho afectado con la conducta punible, de asegurar mecanismos dirigidos a enfrentar los distintos efectos del hecho y de que no se repita; del derecho a la verdad, que en caso

²⁴ Así ha sido catalogado por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007.

²⁵ C-180 de 2014.

de atentados contra la vida los familiares sepan donde se encuentran los restos²⁶. Indistintamente de esa categorización, se trata de derechos que en su ejercicio no pueden concebirse de forma separada, pues dependen unos de otros.

Como correlato de la existencia de esos derechos, en las autoridades se alzan unos deberes de protección y asistencia, que se deben cumplir y brindar de manera estricta. Puntualmente, en lo que hace a la obligación de la Fiscalía, el artículo 250 Superior establece que debe solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. Sin embargo, tal obligación no sería posible alcanzar si no vela por el amparo que víctimas, testigos y demás intervinientes en situaciones problemáticas llegaren a requerir. Por cuenta de ello, le corresponde adoptar y solicitar medidas para asegurar que la iniciación del proceso penal no sea una oportunidad para que los infractores de la ley penal las amenacen o violenten. Ese imperativo aparece refrendado en el artículo 133 de la Ley 906 de 2004, en cuanto consagra que dicha entidad adoptará las disposiciones necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y el resguardo frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

La cuestión que asalta en este ámbito es si tales deberes, que se derivan de los mencionados derechos, dejan de ser obligatorios y pueden abandonarse por parte de las autoridades cuando los afectados con el delito no están interesados en su efectividad y materialización. La Judicatura concibe que aunque hay facetas de los derechos que asisten a las víctimas que son por ellas disponibles e inclusive renunciables -como la económica-, otras no, porque además del interés individual está imbuido el colectivo y público. Esa naturaleza trasunta en que pese a la no disposición de la víctima para hacer valer sus derechos, la obligación de las autoridades no fenezca allí.

Para explicar lo anterior, desde un punto de vista procesal, fácil resulta acudir al *principio de oficiosidad* u oficialidad de la acción penal. Como antes se dijo, el *principio de obligatoriedad* trae ligado que la persecución penal la Fiscalía la realiza sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querellables o del acusador

²⁶ BERNAL CUELLAR Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, El proceso penal: fundamentos constitucionales y teoría general, Universidad Externado de Colombia, Sexta edición, 2013, 714.

privado. Por ello, la acción penal no queda supeditada a la iniciativa de los interesados en iniciarla o continuarla, ni la promoción del debate oral y público queda sometida a la liberalidad de la víctima. Luego, la regla general es que la Fiscalía debe perseguir el delito de forma oficiosa una vez tenga noticia de su ocurrencia; la excepción es que se condiciona a la voluntad que manifieste una persona pública o privada, a quien la ley le confiere esa facultad. La Ley 906 de 2004 dispensó ese poder dispositivo respecto de conductas punibles que fundamentalmente afectan intereses privados. Así pues, para una serie de delitos se instituyó la querrela, que no es otra cosa que la petición que formula al Estado el titular del bien jurídico para que pueda actuar en su lugar²⁷.

Adicionalmente, al margen del tipo de punible, en nuestro diseño el proceso penal se adelanta con o sin la concurrencia de la víctima, de modo que su ausencia no significa la invalidez del procedimiento, claro, siempre que se garantice su convocatoria al igual que *“todos los espacios de intervención que el orden jurídico prevé”*²⁸. De ahí su condición de interviniente especial y no de parte. Lo que resulta proscrito es que se excluya a la víctima de los distintos escenarios del proceso y se impida el ejercicio de las facultades diferenciales que tiene, pero eso no traduce que su presencia sea imperativa, en cuanto es facultativa.

Como entonces la Fiscalía está obligada a desatar la acción penal hasta obtener un pronunciamiento judicial, los fines que con el diligenciamiento judicial se desarrollan se terminan por lograr sin la colaboración o aquiescencia de la víctima. Así, esa circunstancia de facto impacta en el ejercicio de los derechos de esos sujetos procesales. Pero más allá de eso que pudiera ser una consecuencia inexorable, hay otros fines y valores del Estado que se deben cumplir, como la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia.

Desde el preámbulo de la Constitución Política se funda que el Estado colombiano está orientado hacia la consecución de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo para asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. En ese mismo sentido, el artículo 2 consagra como fines del Estado la vigencia de un orden de justicia, asegurar la convivencia pacífica, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, entre otros. Por eso, las

²⁷ CSJ SP, 24 mayo 2017, rad. 47.046.

²⁸ C-473 de 2016.

autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

A raíz de ello, es válido extraer que la búsqueda y la realización de la justicia son una función pública primordial en el Estado Social de derecho, así como también lo es la verdad, que le es connatural y uno de sus presupuestos. No puede pensarse en la justicia material si está basada en una comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos²⁹. La justicia y la verdad además de ser derechos subjetivos de toda persona son valores constitucionales, que para el Estado son irrenunciables, porque son su función y justificación misma. Por modo que el Estado es depositario de la función de establecer la verdad de los hechos que han dado lugar al proceso penal a partir de la construcción colectiva que en su interior se haga³⁰, y de imponer la sanción correspondiente, si a ello hay lugar. Veamos:

“(…) Eso muestra, entonces, que en la Constitución, la búsqueda y realización de la justicia es una función primordial para el Estado de Derecho y estructural en el Estado Social y Democrático.

Ahora, en esa búsqueda y concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Bien decía Carnelutti, *“cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad”*. Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

En este mismo sentido, el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, señaló como principio rector del proceso penal, la imparcialidad del juez, según el cual, en ejercicio de sus funciones, *“los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”*. De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial.

Pero, además, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en sostener que, en aplicación de normas constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, en el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores,

²⁹ C-396 de 2007.

³⁰ T-213 de 2004.

partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas.³¹

Como corolario, debe replicarse que la verdad y la justicia son fines, principios y funciones del Estado que debe alcanzar, y que trascienden el interés netamente privado de quienes hubieren sido afectados con una conducta punible. De hecho, se trata de intereses y valores públicos que conciernen a la sociedad. A la par que se edifican como derechos propios de las víctimas a conocer lo sucedido y a que no haya impunidad, la verdad y la justicia tienen una dimensión colectiva. Aunque claro, hay unos límites constitucionales en la búsqueda de esos fines, que se derivan del respeto por la dignidad humana, la eficacia de los derechos fundamentales y el cumplimiento de unos principios rectores y reglas probatorias que racionalizan el proceso. Ello en el proceso penal se concreta en forma de garantías como la prohibición de autoincriminación, la no reforma en peor, la imposibilidad de utilizar pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales, por ejemplo.

Lo que viene siendo argüido en este acápite enriquece la respuesta al problema jurídico planteado. De un lado, una circunstancia como que la víctima del reato perdiera su interés en la continuación del proceso penal y declinara su participación en el mismo no licenciaba a la Fiscalía para darlo por terminado anticipadamente en la forma cómo lo hizo a través de la renuncia a toda la práctica probatoria. Basta acudir al *principio de oficiosidad* en el ejercicio de la acción penal, predicable aquí, porque desde la óptica procesal el reato por el cual se sigue la causa –acceso carnal violento- no es de aquellos que exijan la autorización del perjudicado para la persecución penal o que estén sujetos a su disposición. Más allá, los valores justicia y verdad, a la vez que son derechos subjetivos de las víctimas, corresponden a fines y funciones del Estado de las que no se puede despojar cuando no media el interés de ellas para hacerlos valer, dado que así como una dimensión individual tienen una colectiva y pública.

Revisemos ahora las razones que fueron dadas por la Fiscalía para justificar la renuncia a esos deberes. Como se recordará una de ellas estribó en que dada la imposibilidad de llevar los testimonios de la víctima y su progenitor a juicio, la vocación de éxito de la pretensión acusatoria decaía, porque fundamentalmente las pruebas restantes eran de referencia. Aunque a la par de forma ambivalente reseñó que la posibilidad de una

³¹ C-396 de 2007.

sentencia condenatoria en contra del procesado cernía un riesgo para la vida de la lesionada.

Respecto de la primera parte del predicado, y consciente la Sala de que sea tildada de dura la manifestación que hará, porque se afirme que desde la óptica del humanismo no cabe rehusarse a atender las razones dadas por los aludidos testigos para solventar su negativa a declarar, desde el rigor de lo jurídico el deber funcional del delegado del ente instructor le exige realizar todos los esfuerzos posibles para llevarlos a cumplir con su obligación constitucional. Para ese propósito cuenta con las herramientas legales necesarias para hacerlo incluso por la vía forzada.

Pero si a pesar de ello, todos los ingentes esfuerzos para lograr ese cometido resultaron frustráneos, y definitivamente no se pudiere contar con esas atestaciones, ninguna proscripción u obstáculo se abalanzan sobre el resto de decreto probatorio de parte. Entre este se cuentan los testimonios de Diana González Vargas, psicóloga del Centro de Salud P... E.S.E., con quien la Fiscalía dijo que introduciría la historia clínica respectiva; la declaración de Víctor Oswaldo Peña Hernández, psicólogo forense de Medicina Legal; la historia clínica de urgencias de la víctima y las declaraciones de la ofendida cuando era menor edad, que fueron pedidas precisamente para refrescar memoria, impugnar credibilidad o para conjurar la posibilidad de que aquella no acudiera a la vista pública.³²

Con insistencia debe decirse que llegados a esa avanzada etapa procesal no hay figura que avale abdicar de todo el decreto probatorio, que una petición de absolución debe ser inexcusablemente posterior al debate y que allí la valoración demostrativa concierne a la Judicatura.

En cuanto a lo segundo, aflora el convencimiento de que la protección a las víctimas no la puede prodigar la Fiscalía a través de la renuncia a la persecución penal (a menos que se esté en los contornos del *principio de oportunidad*). Y es que, si se mira sin esfuerzo, el instructor ha planteado un escenario en el que, primero, con probabilidad de verdad venía persiguiendo el quebrantamiento de unos bienes jurídicos amparados por la ley penal, pero que dejó de hacerlo porque la ofendida habría sido nuevamente

³²De conformidad con la Ley 1652 de 2013, declarada exequible mediante sentencia C-177 de 2014 y acogiendo una línea jurisprudencial de pacífica aceptación, las atestaciones de las menores de edad víctimas de delitos sexuales pueden ser conocidas a través de las entrevistas rendidas previamente ante profesionales expertos en la materia o ante autoridades competentes, con lo que se previene el riesgo de la re victimización. Ver también CSJ.SP., rad., 33651.13 mayo 2011.

conculcada en sus derechos. Cuando acontecen situaciones en las que víctimas y testigos son amenazados con ocasión de un proceso penal en el que intervienen, el ordenamiento jurídico prevé una gama abierta de posibilidades para que la Fiscalía –y la representación de víctimas también- puedan disponer y solicitar ante el juez su protección. A esos instrumentos el acusador ni siquiera ha intentado recurrir. En lo sucesivo se hará mención a algunas de esas herramientas, pero en capítulos posteriores se escudriñará en tema de manera más prolija.

De todos modos, la irrazonabilidad de ese proceder no gravita alrededor del bien que pretende proteger el ente fiscal, ni de la finalidad, sino del medio que ha empleado para hacerlo. No solamente se trata del camino por el que optó, que no encuentra respaldo en ninguna figura legal, también tiene que ver con que la primera opción del fiscal frente a una situación que conoció instalado el juicio oral consistió sin más en renunciar a la acción penal, sin una evaluación previa de las medidas que podía adoptar ni menos una explicación plausible de su inconveniencia o su fracaso, y eso no puede ser admisible, porque además implica renegar de sus deberes institucionales de buscar la verdad, justicia y reparación.

Veamos que no únicamente los numerales 1, 6 y 7 del artículo 250 Superior traen algunas posibilidades; por ejemplo el artículo 134 de la Ley 906 de 2004 prevé otras, así:

“ARTÍCULO 134. Medidas de atención y protección a las víctimas. Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral”.

Igualmente, la Ley 1257 de 2008, que tiene por objeto la implementación de medidas para garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, complementa lo siguiente:

“ARTÍCULO 18. Medidas de protección en casos de violencia en ámbitos diferentes al familiar. Las mujeres víctimas de cualquiera de las modalidades de violencia contempladas en la presente ley, además de las contempladas en el artículo 5° de la Ley 294 de 1996 y sin perjuicio de los procesos judiciales a que haya lugar, tendrán derecho a la protección inmediata de sus derechos, mediante medidas especiales y expeditas, entre las que se encuentran las siguientes:

a) Remitir a la víctima y a sus hijas e hijos a un sitio donde encuentren la guarda de su vida, dignidad, e integridad y la de su grupo familiar.

- c) Ordenar el traslado de la institución carcelaria o penitenciaria para las mujeres privadas de la libertad;
- d) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.”

Pues bien, hasta aquí se ha delatado que en el juicio oral del asunto de marras aconteció una serie de irregularidades miradas desde el punto de vista de la función acusadora. Es necesario ahora divisar la cuestión desde la función jurisdiccional, porque de ello depende que se conteste asertiva o negativamente a la pregunta sobre si es posible el decreto de nulidad, tal como es pretendido por el Ministerio Público.

7.7. El Juez de conocimiento en el Sistema Penal Acusatorio colombiano

El principio de supremacía de la Constitución sobre cualquier norma de rango inferior, que está establecido en el artículo 4 superior, determina que todo acto jurídico debe estar conforme con la Carta Política, o lo que es lo mismo, que en ningún caso puede contrariarla. Dicho *principio de constitucionalidad* implica profundas transformaciones en la manera cómo los operadores de justicia deben concebir, interpretar y aplicar todo el derecho. Por cuenta de ello, hoy en día no puede negarse que la Constitución ha permeado todos los escenarios jurídicos, fenómeno que se viene conociendo como constitucionalización del derecho ordinario, entre el que está el Derecho Penal y Procesal Penal. Así, no puede imaginarse la posibilidad de que tanto normas sustanciales como adjetivas dejen de interpretarse sin tener en cuenta la Constitución.

Ese fenómeno es más latente en el Derecho Penal³³, que tiene una innegable trascendencia constitucional, al cabo de que es un escenario donde están en debate elevados bienes jurídicos con la potencialidad de afectar derechos esenciales. De ese modo, la norma fundamental es el eje principal de la política criminal, de su proceso de positivización y de su aplicación. Con interés en este último ámbito, la Constitución traza unos límites dentro de los cuales jueces, fiscales y demás actores del sistema pueden actuar o tomar sus decisiones. En su núcleo, esos límites no son otra cosa que las garantías y los derechos fundamentales.

Precisamente, en un Estado Social de derecho uno de sus presupuestos es la debida administración de justicia, a la que con preeminencia se le ha encargado la protección

³³ C-042 de 2018.

y materialización de los derechos, libertades y garantías para preservar un orden social justo y asegurar la convivencia social pacífica. Así también aparece contemplado en el artículo 1º de la Ley 270 de 1996. En el Sistema Penal Acusatorio colombiano dicha función, además de la Fiscalía, fue confiada a los jueces de control de garantías y de conocimiento. Naturalmente, en el marco de ese diseño se ha considerado que la guarda de los derechos, garantías y libertades individuales concierne al juez de control de garantías por haber sido instituido para ese fin. Aun cuando ello es así, no significa que el juez de conocimiento esté en modo alguno al margen de esas competencias.

Si bien es cierto que en el sistema de enjuiciamiento criminal la concepción del juez de conocimiento parte de ser el encargado de dirigir la etapa de juzgamiento y de llevar adelante el juicio penal, le corresponde hacerlo con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso³⁴. Por eso está irremediabilmente vinculado con la protección de los derechos y valores fundamentales. No es errado pensar entonces que el juez de conocimiento penal es y debe ser un juez constitucional. Una realidad como esa impacta en que dicho funcionario no puede ser un mero árbitro que se limita a dirimir la contienda entre acusador y acusado, porque está atado a preservar el valor justicia y los derechos de todos los actores del sistema, incluidas las víctimas. Veamos lo siguiente:

“De todas maneras, cabe recordar que, en anteriores oportunidades, esta Corporación ha dejado en claro que, con base en los antecedentes legislativos, el actual procedimiento penal no comparte el diseño de un sistema acusatorio puro, desarrollado en el derecho anglosajón, sino que “se diseñó un sistema de tendencia acusatoria”³⁵, en el cual la función del juez **“va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”**³⁶.

(...)

Esa separación de funciones, incluso, hace que algunos doctrinantes afirmen que las responsabilidades en relación con la política criminal se hubieren modificado, pues el referente de la eficacia para la Fiscalía General de la Nación será la disminución del delito y el castigo oportuno del mismo, mientras que para el juez es la protección de los derechos de las personas y la eficacia de la investigación.

ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos.

³⁴ C-042 de 2018.

³⁵ C-591 de 2005. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005 y C-454 de 2006, entre otras.

³⁶ C-591 de 2005.

Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego. (...)

iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria y, como lo advertía la doctrina italiana, en la concepción dialéctica de la prueba, según la cual *“el concepto de prueba moderno se ha basado en el orden asimétrico, en el que se privilegia al juez, mediante la formulación de la verdad real que supera la verdad probable”*.³⁷ (Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, tales deberes terminan por franquearse cuando el juez deja de lado su función de servir como guardián del respeto de los derechos fundamentales involucrados en la actuación, y actúa como un mero notario de la función acusatoria en el control exclusivo de las formas. Cuando las decisiones las profiere bajo esa lógica, esto es, como una elemental refrendación de la voluntad del órgano acusador, ni siquiera pueden ser tenidas como verdaderas providencias judiciales, porque su convicción solamente puede formarse a partir de la base de la prueba producida en el juicio oral. En efecto:

*“ (...) Una providencia que no contiene una decisión del funcionario judicial sobre el objeto del proceso, sino que se limita a reconocer o refrendar la voluntad del órgano acusador en cuanto a no proseguir con el ejercicio de la acción penal; jamás puede ser tenida como una sentencia porque no respeta ni la naturaleza ni los requisitos de este acto procesal. Es más, ni siquiera constituye un auto porque, como se anotó, no contendría una resolución autónoma e independiente.”*³⁸

En el asunto bajo examen, una vez que el procesado manifestó que se declaraba inocente, la *A quo* habilitó el escenario para que Fiscalía y defensa plantearan su teoría del caso. Allí el persecutor procedió de la manera consabida, indicando que no haría uso de ese espacio, porque renunciaba a toda la práctica probatoria de cargo, dado que la víctima y su padre se habían negado a declarar en el juicio oral, y que en consecuencia solicitaba la absolución del encartado. Seguidamente, la defensa hizo lo mismo. A su turno, la representación de víctimas allegó los escritos elaborados por su prohijada y el descendiente de esta, con los que expresaron que declinaban su participación en el juicio oral y propendieron por la terminación atípica del proceso. El Ministerio Público por su parte mostró su disidencia con ese devenir, en lo fundamental por los motivos que ahora son predecesores de su alzada. Finalmente, la Juez

³⁷ C-396 de 2007.

³⁸ CSJ SP, 25 may 2016, rad. 43.837.

cognoscente dijo que ante la referida renuncia el debate probatorio quedaba cerrado y que no quedaba camino distinto a emitir sentido de fallo absolutorio, y luego de superado el receso decretado dictó la sentencia en mención.

Refulge evidente que ese trasegar procesal trasgrede y viola lo previsto en los artículos 367 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Dicha normativa regenta que después de la manifestación del procesado sobre si se declara inocente o culpable de los hechos endilgados, en caso de que no se admitan los cargos, la Fiscalía procederá a presentar su teoría del caso, e igualmente lo hará la defensa si así lo estima pertinente. Prevén también que luego se practicarán las pruebas en el orden establecido en la audiencia preparatoria, y que al culmen de dicho debate la Judicatura emitirá sentido de fallo. Así pues, si se compara lo acaecido el 3 de diciembre de 2019 nada de eso se cumplió.

Es verdad que ese infortunado devenir tuvo origen en el proceder de las partes procesales, sin obviar la anuencia de la representación judicial de víctimas, y no en la Judicatura. No obstante, en la continuación y fulminación de tal suceso la Juez sí tuvo una participación diametral. Y es que como directora del proceso le correspondía encausarlo en los justos términos legales, esto es, que la Fiscalía cumpliera con las actuaciones que le son obligatorias e indisponibles como plantear los alegatos iniciales y continuar con la práctica probatoria de cargo que estaba disponible, pero eso no lo hizo. Llama la atención que ningún tipo de manifestación elevó frente a tal atípica e irregular situación, y en cambio sin reparo alguno aceptó abortar el juicio oral sin la satisfacción de sus necesarias etapas compositivas. Luego, lo que es más, tan inadmisibles tergiversación del procedimiento la culminó con una sentencia absolutoria carente de su elemento más fundamental: la contienda probatoria.

Se mira inconciliable que ante lo hecho por la Fiscalía la Judicatura le hubiere dado vía libre sin ningún cortapiso, todavía cuando al final dijo que desconocía las razones por las que la víctima había declinado de acudir al juicio oral. No solamente dicha incompatibilidad se deriva por el incumplimiento de las formas de esa audiencia, sino también por el alejamiento de aquello que es sustancial. Se habla de la trasgresión al debido proceso, una garantía y un derecho de orden público que no está sujeto a la disponibilidad de ningún sujeto procesal, y de los valores, principios y funciones que irrigan la administración de justicia (la justicia, la verdad y el aseguramiento de los derechos de quienes intervienen en la causa penal)

7.8 La nulidad de la actuación

Lo que viene siendo dicho desemboca en una inevitable circunstancia de nulidad de la actuación: la que está consagrada en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004. Pero antes cabe que hagamos algunas precisiones sobre dicho fenómeno.

Lo primero es que la jurisprudencia³⁹ ha negado la posibilidad de que puedan anularse los meros actos de parte, porque esa medida extrema solamente procede frente a las actuaciones de los jueces. Se ha discernido que los primeros, por ser postulaciones, la ley procesal prevé sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión; mientras que los segundos, como son vinculantes y tienen fuerza de ejecutoria material sí son susceptibles de anulación por la potencialidad de vulnerar derechos fundamentales. Sin embargo, recientemente se ha admitido esa salida cuando una anomalía tiene génesis en las actividades de las partes, pero a la vez la judicatura ha permitido que dicha irregularidad continúe y se consolide en el proceso penal.

En la providencia identificada como CSJ SP, 4 dic 2019, rad. 50.696, la Corte Suprema de Justicia revisó un asunto en el que Fiscalía y defensa habían acordado ciertas estipulaciones probatorias desde la audiencia preparatoria que resultaban ininteligibles, ambiguas y en algunos puntos ilícitas, y que terminaron por influenciar en un todo el debate probatorio y a la postre la decisión absolutoria que se emitió en primera instancia. Reconoció la alta Corte que aunque las irregularidades en esos convenios principiaron en la órbita de las partes, el Juez no había ejercido las labores de control que le correspondían para que esos consensos impidieran la delimitación del tema de debate. La ausencia de dirección y control del proceso por parte del funcionario de conocimiento trasuntó que se contribuyera y consolidara una severa afectación a la estructura del proceso, cosa que llevó a que el máximo Tribunal declarara la nulidad de lo actuado desde la audiencia de depuración probatoria.

Esa providencia resulta importantísima en el asunto bajo examen. Lo es, porque permite otear con claridad que aunque un dislate en el procedimiento puede tener origen en un movimiento procesal de las partes, como en la Fiscalía, a partir de un acto que se considera naturalmente adscrito a ellas, si la judicatura no ejerce sus labores de dirección y control que le son propias para encausar por el camino legal de la actuación,

³⁹ CSJ AP, 24 ago. 2016, rad. 48.573.

y tal omisión impacta en que la causa transite por fuera de los márgenes de la ley, de manera tal que se perturban las bases fundantes del proceso, la nulidad de la actuación se reclama como salida. Traigamos a recuento de forma extensa lo siguiente:

“En materia de estipulaciones, la dirección del juez resulta fundamental para lograr que estos convenios cumplan su función de depurar el tema de prueba y, por tanto, de dinamizar el proceso. Visto de otra manera, el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso para evitar estipulaciones que: (i) no se refieran a hechos, según lo explicado en precedencia; (ii) sean ambiguas o contradictorias; (iii) en sí mismas impliquen el fracaso de la pretensión punitiva o elimine las posibilidades de defensa; y (iv) por cualquier otra razón resulten contrarias a los fines y la reglamentación de este tipo de convenios.

Cuando se presenten estos eventos, el juez debe ejercer las labores de dirección necesarias para aclarar el sentido y alcance de las estipulaciones, pues, en todo caso, debe procurarse la depuración del proceso, en orden a que su trámite sea más expedito, lo que constituye uno de los presupuestos para que la justicia sea pronta y eficaz.

(...)

Lo expuesto en los anteriores párrafos pone en evidencia que las partes presentaron tres estipulaciones ambiguas y que el juez no ejerció las labores de control que le correspondían para evitar que esos convenios impidieran la delimitación del tema de debate, lo que afectó severamente la estructura del proceso, por las razones que se indican a continuación.

(...)

Ahora bien, si se aceptara, igualmente para la discusión y en contra de la realidad procesal, que la estipulación era clara y que el Juez se percató de que ese acuerdo, en sí mismo, desvirtuaba la acusación, y a pesar de ello omitió las respectivas labores de control, necesariamente habría que concluir que se trató de una forma velada de declinar la pretensión punitiva estatal, realizada por fuera de los causes procesales dispuestos por el legislador para esos efectos (preclusión, absolución perentoria o principio de oportunidad).

Bajo ese presupuesto, habría que concluir que esa decisión de la Fiscalía privó a las víctimas de intervenir en el proceso penal, limitó las posibilidades de control asignadas al Ministerio Público y afectó las funciones asignadas a la Judicatura, pues no se trató de acuerdos orientados a que el debate se redujera a los aspectos verdaderamente relevantes, sino a determinar, antes del juicio, el sentido de la solución del conflicto.

En síntesis: (i) al celebrar las estipulaciones, las partes no explicaron cuáles hechos se darían por probados y, por tanto, quedarían por fuera del debate; (...) (v) esa situación irregular se vio reflejada en los fallos emitidos en las instancias, pues el Juzgado profirió la absolución tras advertir que el Médico Legista debió concurrir al juicio oral, y el Tribunal centró sus esfuerzos en restarle trascendencia al contenido de las “estipulaciones” y en sostener que los testigos de cargo demostraron suficientemente la fuerte golpiza que sufrió la víctima; (...) y (viii) el juzgado no realizó la dirección del proceso conforme le correspondía, bien porque no hizo nada para que las partes aclararan los acuerdos probatorios y porque no evaluó si estos, según alguna de las interpretaciones posibles dada su ambigüedad, podían implicar, en sí mismos, la inviabilidad de la pretensión punitiva.

(...)

A la luz de lo explicado en el numeral 6.1.8, en este caso el debate no se centra en si la estipulación resulta o no vinculante para el juez, pues ello adquiere trascendencia cuando estos acuerdos se ajustan al ordenamiento jurídico. **Lo que debe resolverse es el remedio procesal que debe adoptarse ante una estipulación notoriamente ambigua, bajo el entendido de que el caos procesal que se generó a partir de este yerro le es atribuible a ambas partes, sin perjuicio de la responsabilidad del juez en materia de dirección de la audiencia.**

Así, como está demostrado que la ambigüedad de las estipulaciones y la falta de control del Juez afectaron la estructura del proceso, y habida cuenta de que no es posible tomar partido por una de las interpretaciones posibles de esos acuerdos probatorios sin violar los derechos de las partes e intervinientes, se casará el fallo impugnado, en orden a declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento de la audiencia preparatoria donde las partes expresaron su intención de celebrar estipulaciones.

Lo anterior, para que se adelante el trámite como es debido, especialmente para que las partes asuman sus responsabilidades frente a la claridad que deben tener estos acuerdos probatorios y el juez realice las labores de dirección que le corresponden y, así, se garantice un verdadero proceso, que permita el debate sobre la responsabilidad penal del procesado y en el que se garanticen los derechos de las partes e intervinientes.” (Negritas fuera del texto original)

Mutatis mutandis eso mismo ha acaecido en esta causa penal. Es cierto que la Fiscalía dio pie para que la actuación procesal se desnaturalizara, pero a la par, la Juez singular no realizó ningún tipo de control y dirección frente a las postulaciones del persecutor y del perseguido. Eso, más que la propia disposición de la Fiscalía de desertar del debate probatorio, contrajo que el proceso se franqueara en sus bases fundamentales y finalizara con una decisión atípica. Otra hubiera sido la suerte si la Falladora seguía la senda señalada por el artículo 139 del estatuto adjetivo penal, como aquello que impone evitar maniobras y actos manifiestamente inconducentes y rechazarlos, y sabemos que sí podía hacerlo conforme todo lo que ha sido advertido hasta aquí.

Como última materia no sobre capitalizar lo precedente en la forma de los principios que revisten el instituto de las nulidades procesales. Ya ha quedado visto con suficiencia que el yerro ha soslayado garantías y derechos constitucionales y que ha socavado las bases fundantes del juzgamiento (trascendencia). La petición de nulidad no ha sido invocada por el sujeto procesal que dio origen a la configuración de la causal (protección). No se ha cumplido con la regla del procedimiento que la regla pretende proteger (instrumentalidad). No se avizora otro instrumento para superar la irregularidad, justamente porque se hiciera caso omiso a los deberes de control y dirección del proceso (residualidad). Ulteriormente, aunque ha sido la propia víctima

que ha propendido por la finalización del proceso en la forma en que se hizo, sus garantías no han sido observadas como para pensar que ha aprobado el error; además es un desacierto afirmar que ella haya renunciado voluntariamente a hacer valer sus derechos, si como presupuesto de esa decisión se dice que ha sido amenazada de muerte (convalidación).

No hay obstáculo entonces a que se decrete la nulidad de lo actuado desde los actos inmediatamente siguientes a la manifestación del procesado de declararse inocente en audiencia del 3 de diciembre de 2019, a fin de que se rehaga con la exposición de los alegatos iniciales y la práctica probatoria pertinente. Para ello, la Falladora deberá disponer de las herramientas e instrumentos a su alcance para garantizar que tales etapas se cumplan estrictamente.

Como viene de verse, en buena hora ha encontrado el Tribunal en el plexo normativo de la legislación ordinaria -si es que esa expresión cabe-, herramientas jurídicamente válidas con las que se espera, gracias a la acuciosa y oportuna intervención del agente del Ministerio Público, rescatar una actuación judicial que irremisiblemente estaba llamada a sucumbir, con la causación de daños de incalculables repercusiones a los caros derechos de la víctima, pero también de la sociedad y de la mismísima dignidad institucional.

No obstante, para que la decisión sea completa e integral la ocasión impone, con la brevedad posible, el abordaje de la situación planteada desde el ámbito de una perspectiva diferencial de género. Dígase sin ambages, aquí lucen materialmente afectadas garantías de una persona del sexo femenino, pero además tristemente persiste el riesgo de que se sigan vulnerando. Así, con la elaboración del acápite siguiente se pretende en suma: (i) validar desde esa óptica hermenéutica, que como se verá tiene anclaje constitucional y supranacional, la decisión de nulidad anunciada; y, (ii) legitimar una medida excepcional de protección para quien, según el texto de la acusación fuera vejada sexualmente, una mujer que acusa hasta la fecha latente estado de vulnerabilidad.

7.9. Una visión del caso con perspectiva de género

Hoy por hoy nadie que se diga ser demócrata puede desconocer la deuda universal que la humanidad tiene con las mujeres, por haber sido, como grupo social, histórica y

sistemáticamente discriminadas. Pero injusto es también desconocer la tendencia actual y creciente –también universal- hacia la recuperación de sus derechos, fuertes corrientes de activistas que han logrado imbricar no solamente en el ordenamiento disposiciones positivas tendientes a lograr erradicar esas odiosas prácticas, sino también estimular en el plano real actitudes oficiales con la misma dirección.

La decisión de propulsar una protección reforzada a los derechos de las mujeres se erige como una de las herramientas estatales de mayor eficacia, eso sí, siempre y cuando sea ella entendida como un *fin constitucional* que en busca de la constatable materialización de esas prerrogativas, tolera y hasta estimula superar la recia *cláusula general de igualdad*, “en el entendido de que se acepten tratos discriminatorios, con un *fin constitucional legítimo*”⁴⁰. Vale decir, partiendo de la concepción de estar en presencia de un grupo poblacional víctima histórica de las prácticas discriminatorias, requiere aquél de consideraciones especiales por parte del Estado, aun cuando ello implique sacrificio de otros derechos.

Como se verá, en la actualidad se cuenta con un gran compendio normativo que desde el ordenamiento legal pretende cumplir con ese objetivo protector, bajo el entendido que aún no están superados actos de discriminación contra las mujeres por el hecho de serlo y que en consecuencia se impone generar cautelas, ya desde el plano de la prevención, ora desde la óptica coercitiva. Como variadas pueden ser las formas de agresión contra las mujeres, asimismo disímiles han sido las respuestas legislativas para su control. Pero, es preciso mencionar, que comoquiera la decisión de intervenir en esa realidad es universal, el intérprete podrá encontrar en el llamado *bloque de constitucionalidad*, campo ubérrimo para su estudio.

Se explica ello en que, si dicha figura sienta raíces en la necesidad de atender toda clase de fenómenos, actos públicos o privados que atenten o amenacen los derechos humanos, los que a su vez ostentan un interés universal, su contenido irradia en consecuencia una influencia de corte transversal, que concierne a la atención de toda forma de agresión ejercida en contra de las personas, pero en especial, aquella violencia que tiene como destinatario seres humanos que delatan –y por distintas causas- una manifiesta debilidad.

⁴⁰ CSJ STC. 21 de jun. 2016. Exp. 2016-00060-01

Así, el bloque de constitucionalidad tiene sustento en el entendido que *“la constitución no solo comprende su articulado sino que por orden de la misma según se desprende de los artículos 53, 93 y 214, se integran también todas aquellas normas, principios o parámetros o estándares del orden nacional o internacional que sirven para aplicar la constitución, para interpretarla o como parámetros de constitucionalidad frente al ordenamiento jurídico”*.⁴¹

O como lo ha dicho la Guardiana de la Constitución, analizando la naturaleza e imperatividad de los postulados internacionales que versan sobre derechos humanos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del ordenamiento jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.⁴²

Luego de este oportuno preámbulo, habrá que hacer mención a normas emitidas en el plano internacional que atañen al caso, por supuesto ya llevadas al ordenamiento interno, como es condición. Ello se hará, después de resaltar, útil para este análisis, la definición que trae el artículo 2 de la Ley 1257 de 2008⁴³, emitida en dirección a proteger a las mujeres víctimas de la violencia:

“(…) Definición de violencia contra la mujer. Se entiende cualquier acto u omisión, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, **sexual**, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado (…).”

⁴¹ Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, radicado interno 14236, 31 de marzo de 2017, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno.

⁴² Sentencia C-225 de 1995. Mediante esta decisión se hizo por la Corte control constitucional automático y oficioso al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprobó el mencionado protocolo.

⁴³ Emitida para llevar al ordenamiento interno lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing.

Dentro del haz de disposiciones más conocidas a nivel del derecho internacional, bueno es por el momento hacer mención a las siguientes: la declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o en conflicto armado (1974); la convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (1979); la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993); la convención de Belem Do Para (1994); el protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999); y, la declaración y plataforma de acción de Beijing (1995), para citar algunas de ellas.

Del estudio integral de las predichas disposiciones emerge con claridad la intención de enfrentar, con efectivas herramientas jurídicas dotadas de fuerza universal vinculante, toda forma de violencia contra las mujeres cometida aprovechando el estado de vulnerabilidad erróneamente concebido por razón del género, lo que constituye afrenta al derecho de igualdad y por esa senda a la prohibición a toda forma de discriminación.⁴⁴

Son pues medidas de prevención, sanción y reparación, así como la garantía al acceso a un recurso judicial efectivo, las que se han proferido teniendo en mente la protección a la mujer. Se ha estableciendo desde la cumbre del ordenamiento jurídico el deber para los servidores públicos según su rol, de desplegar su función con absoluta responsabilidad e incluso determinando corresponsabilidad en las consecuencias derivadas del ejercicio violento contra el mentado grupo poblacional.

Miremos entonces como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) propende por restablecer la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Por ello exige a los estados parte adoptar medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación al género femenino⁴⁵, modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres⁴⁶, eliminar la discriminación contra la mujer en la vida pública del país⁴⁷, eliminar barreras para las mujeres en el campo de la educación⁴⁸, igualdad en el campo laboral⁴⁹, en la atención médica⁵⁰, en la vida

⁴⁴ Sentencia T-843 de 2011

⁴⁵ Artículo 2º, literal f

⁴⁶ Artículo 5º

⁴⁷ Artículo 6º

⁴⁸ Artículo 10

⁴⁹ Artículo 11

⁵⁰ Artículo 12

económica y social, y se propulsa el reconocimiento estatal de la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley⁵¹.

Para remarcar el contenido del artículo 7º de dicha normativa, que obliga a los estados parte a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido víctima de violencia, entre los que cabe citar un juicio oportuno y la garantía de acceso a él, con el deber de fijar mecanismos eficaces para asegurar el restablecimiento de sus derechos quebrantados y la reparación del daño causado con la agresión. Es de precisar, que si bien esas obligaciones están en principio orientadas para la intervención del poder legislativo, ello no releva de esa misma misión a los órganos judiciales, cuanto más que sobre los hombros de estos últimos recae la carga de efectivizar en la práctica la tutela de los derechos de las mujeres.

Y comoquiera que la interpretación judicial se erige como una herramienta indispensable en el cumplimiento de esa tarea, justo allí es donde el operador de justicia puede alcanzar la esencia de su función, como ya ha sido dicho por la jurisprudencia, así:

“(…) debe ampliarse la aplicación de criterios de interpretación diferenciados, cuando, por ejemplo, colisionen los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica o psicológica, en un proceso de naturaleza civil o de familia.

De este modo, en aras de una igualdad procesal realmente efectiva, es claro que en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia”.⁵²

Y puede deducirse afectación a los derechos de la mujer cuando los formalismos procesales son prevalidos por el juez frente a los aspectos sustanciales a resolver:

“Tanto en la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015, como en reiterada jurisprudencia se ha denunciado que, en contexto de discriminación, no es posible mantener el velo de la igualdad de armas procesales, sin que ello implique el desconocimiento de las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer.

Por lo tanto, se ha dicho que la rigidez procesal y el formalismo probatorio, muestran que muchas veces la administración de justicia ha dado un desmedido lugar a la verdad procesal, por encima de realidades fácticas estructuralmente desiguales y la verdad real de lo sucedido”.⁵³

⁵¹ Artículo 15

⁵² T-967 de 2014.

⁵³ C-297 de 2016.

No se requieren mayores esfuerzos interpretativos para lograr la persuasión de que, por donde se mire, pero en particular porque en este procesamiento judicial se encuentran en juego sensibles derechos de una mujer menor de edad que, según el contenido de la acusación, pudo haber sido blanco de inconfesables desafueros en contra de su dignidad, pero además también que viene siendo amenazada.

Mantener una decisión como la asumida en este asunto en primera instancia significaría no solamente convalidar una acción bárbara que pretende acallar la voz de la víctima, sino que entraña que el propio Estado admita su debilidad e ineficacia doblando sus rodillas ante la real o ficta manifestación de un poder individual o colectivo pero en todo caso ilegítimo. Nada más vergonzoso que el sistema judicial como una indispensable manifestación del poder institucional que es, por las razones que sean, en lugar de apretar sus dispositivos legales para impartir justicia material, participe con imperdonable desdén en un caso donde en contraste está obligada a atender.

Pero comoquiera que el Tribunal observa que si bien resulta indispensable sanear la actuación con el decreto de nulidad ya mencionado, sin embargo es consciente que ello solamente enderezaría el camino procesal a seguir, pero deja latente un riesgo que es necesario prevenir, esta vez a la mujer que ha sido avistada como víctima en la actuación, y además contra su padre y demás familiares quienes han recibido amenazas en el evento de que el proceso siga. Es que el Estado, entendido como una unidad, no agota su función social con la inexcusable intervención de una de sus ramas del poder en la investigación y juzgamiento de un evento criminal, pues es su obligación colmar de garantías materiales a sus usuarios.

Es por eso que, previa verificación de su procedencia y de poseer la potestad funcional para hacerlo, prodirá el Tribunal unas medidas protectoras en este caso.

7.10. De la necesidad de disponer una medida de protección

Si se revisa el plexo normativo de nuestro sistema jurídico, como ya fue dicho, encontramos numerosas herramientas legales en particular dispuestas para que la Fiscalía adelante responsablemente su misión institucional en los contextos de una actuación procesal, cuanto más si se trata de ejercer su rol general en pos de garantizar los derechos de las víctimas:

- El numeral 6º del artículo 250 Superior, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 le señala al ente acusador, entre otras cosas, el deber de: ***“Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”***.
- En similar sentido el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, en su numeral 12, dispone que el fiscal del caso está facultado para ***“Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto”***.
- El artículo 22 de la misma normativa establece: ***“Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”***. (Destacado y subrayado fuera del texto).

Y toda vez que fuera de discusión está que en asuntos de esa especie debe haber inexcusable intervención de la institucionalidad estatal, a la cual pertenece la encargada de administrar justicia, es además en el *bloque de constitucionalidad* donde se halla legitimidad para actuar sin temores. Como ya en otros espacios de este pronunciamiento ha quedado referenciada suficiente normatividad internacional integrada al ordenamiento jurídico interno de Colombia, atinente al caso, en lo que sigue se limitará la Sala a citar breves apartes de ese gran compendio, solo en tanto con ello queda consolidada la procedencia de dictar en estos escenarios órdenes destinadas a la protección de la víctima.⁵⁴

En lo que concierne, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomienda a los estados: ***“(i) Velar por la estricta observancia de aquellas normas de sus códigos y leyes y procedimientos relativos a la violencia contra la mujer, a fin de que el sistema de***

⁵⁴ Tomados de referencias consignadas en la sentencia T-448 de 2018, que ha servido de guía a lo largo de esta providencia.

justicia penal persiga todos los actos criminales de violencia contra la mujer y les dé la respuesta que corresponda. (...) La Asamblea también exhorta a los estados para que alientan y asistan a las víctimas en la formulación de las demandas judiciales y durante el respectivo proceso”.

En lo que importa a la reparación destacamos la Convención de la *Belem Do Pará* que determina que los Estados deben “(i) *establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (artículo 7. f); y (ii) establecer mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (artículo 7.g)”.*

De su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los estados, entre otras cosas, “(i) *diseñar una política integral estatal y coordinada, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que las víctimas de la violencia tengan un acceso pleno a una adecuada protección judicial para remediar los hechos sufridos, y que los actos de violencia sean adecuadamente prevenidos, investigados, sancionados y reparados”.*

Finalmente, traemos a colación un aparte jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que termina por remachar la convicción que se tiene sobre la potestad –que bien podría calificarse como deber- de la judicatura para procurar sin límites de tiempo, mientras ostente la dirección del proceso, el restablecimiento de derechos quebrantados de las víctimas. Esto dijo esa alta Corporación:

“Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en precisar que **el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, aún antes de la Ley 906 de 2004, es intemporal y en esa medida se puede realizar en cualquier momento de la actuación procesal**, porque, como ahora lo señala la norma que viene de transcribirse, **es independiente a la declaración de responsabilidad penal**; por consiguiente, para que opere plenamente, basta con que esté demostrada la materialidad de la conducta o el tipo objetivo”. (Lo destacado fuera del texto).

Bastaría la referencia de las antedichas menciones para comprender que la labor de la Fiscalía, esencialmente, pero también de los jueces, en actuaciones judiciales donde se investiga y juzga la comisión de hechos delictivos, no se limita al esclarecimiento de los hechos ni culmina con la emisión de un fallo que determina la responsabilidad

penal del procesado y se le irroga a éste la consecuente sanción, según el rol que corresponda. Claro es para el Tribunal, que los efectos nocivos de un delito trascienden a la esfera personal de las víctimas directas e indirectas, permanecen y se sufren mientras cursa el trance procesal, pero incluso se irradian con posterioridad a la emisión de la sentencia.

Por las razones expuestas con la necesaria amplitud en otros momentos de esta providencia, dicha obligación se torna más exigente y demanda mayor atención y cuidado cuando la víctima es una persona que acusa rasgos de especial vulnerabilidad, como aquí, que se trata de una mujer, niña para el tiempo de los hechos y que en la actualidad habita en una zona geográfica del territorio patrio donde fuerzas ilegales le toman el pulso al Estado en su capacidad de ejercer su soberanía institucional.⁵⁵

Determinada entonces la viabilidad jurídica para que la Corporación haga un pronunciamiento direccionado a tomar medidas de prevención para la víctima y también para el padre de ella y sus familiares cercanos, quienes dicen han sido amenazados si este proceso avanza, se considera pertinente acotar:

- Sin que para nada signifique entrometerse en los asuntos que incumben a la Fiscalía, da por sentado la Sala que frente a la realidad procesal actual, que implica la prosecución del trámite procesal y ante la evidencia expuesta del riesgo que se cierne en contra de la víctima, de su padre y su familia por amenazas proferidas en su contra, el delegado del ente instructor retomará el estudio de la aplicación aquí del “Programa de Atención a Víctimas y Testigos”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 418 de 1997, la Resolución 0-1006 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación y la sentencia T-288 de 2019.
- Comoquiera que se ha dado a saber la ocurrencia de comportamientos delictuosos de conocimiento oficioso, al nivel de amenazas personales u otros que como amenaza a testigos tipificado en el artículo 454 A del Código Penal pudiesen haberse cometido, se compulsarán copias de la actuación ante el

⁵⁵ En sentencia del 3 de abril de 2019, radicado 2012 00396 N.I. 17065, con ponencia del Magistrado Franco Solarte Portilla el Tribunal Superior de Pasto se refirió con la necesaria extensión sobre el tema de la interseccionalidad como herramienta válida interpretación en asuntos donde se observan rasgos múltiples de vulnerabilidad, que es lo que caracteriza a esa figura que ha tenido, como en dicho proveído se explica, particular intervención jurisprudencial de la Corte Constitucional.

órgano de la investigación para lo de su cargo, si es que acaso aún ninguna actuación al respecto hubiere iniciado.

- En vista de que ninguna medida de aseguramiento pesa en contra del encartado por cuenta de este asunto y ante el estado de riesgo en el que se hallan dos de los testigos y familiares de estos, según se ha hecho saber, se hace imperativo acudir a lo reglado en la Ley 1257 de 2008, que modificó parcialmente la Ley 294 de 1996, en particular a lo dispuesto en el artículo 18 de aquella normativa que prevé la aplicación de medidas de protección para personas que la requieran en un marco distinto al de la violencia intrafamiliar.

Para el efecto se vale además el Tribunal de las siguientes disposiciones para fundamentar su decisión: (i) artículo 2 de la Constitución Política de Colombia que dispone que las autoridades deben proteger a las personas en su vida, honra y bienes; (ii) artículo 118 de la Carta, que fija funciones al Ministerio Público; (iii) artículo 178 de la Ley 136 de 1994, que discrimina deberes funcionales de las personerías municipales, en punto concerniente a vigilar el cumplimiento de la Constitución y la leyes y las decisiones judiciales; y, (iv) Ley 62 de 1993, que impone a la Policía Nacional la función de proteger a todos los residentes en su vida, honra y bienes, así como *“prestar auxilio para la ejecución de las providencias judiciales”*.

Todas estas autoridades en el marco de sus funciones conocerán del caso que nos ocupa y en específico de la situación que por causa de este proceso padece la víctima, su padre y familiares suyos, a quienes se les prodigará el indispensable apoyo en aras de garantizar su vida e integridad personal, en proceso que será liderado por la Personería Municipal de ..., quien luego del indispensable examen determinará la posibilidad de promover ante quien corresponda la aplicación de alguna cualquiera de las medidas que prevé el ya citado artículo 18 de la Ley 1257 de 2008.

Entre tanto ello ocurra y durante el tiempo que sea necesario, el Comando de Policía de Nariño dispondrá de las órdenes a que haya lugar para brindar protección material a los aludidos testigos y personas que a causa de este asunto lo requieran.

Sin perjuicio de lo anterior y merced a que la última normativa señalada lo permite con un listado de medidas de protección de plexo abierto -porque lo hace de manera ejemplificativa y no taxativa- se avizora procedente y necesario imponer al acusado

obligaciones consistentes en evitar acercamientos o comunicaciones de todo orden con la víctima y su familia y abstenerse de proferir advertencias y amenazas, bajo riesgo de la aplicación de las condignas consecuencias legales en caso de desobedecimiento. Se elaborará acta correspondiente que se hará suscribir al procesado por el personal de la Policía Nacional que presta sus servicios en el municipio de....

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Primero.- Declarar la nulidad de todo lo actuado en audiencia de juicio oral celebrada el pasado 3 de diciembre de 2019 a partir de los actos celebrados inmediatamente posteriores a la manifestación de inocencia del procesado.

Segundo.- Regrese en consecuencia el asunto al Juzgado de origen para que se reanude la diligencia de juicio oral, para lo cual la Funcionaria de primer nivel deberá adoptar los mecanismos de rigor para que se cumplan con fidelidad las etapas de ese segmento procesal, como la exposición de los alegatos iniciales y la práctica probatoria pertinente.

Tercero.- Disponer la compulsas de copias ante la Fiscalía General de la Nación para que inicie investigación por la posible comisión del delito de amenazas y/o amenazas a testigos, si es que hasta ahora no lo ha hecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto.- Disponer que la Personería Municipal de ... conozca de la situación de riesgo que sufre la víctima y su padre y adelanten proceso dirigido a promover la aplicación de una o más de las medidas de que trata el artículo 18 de la Ley 1257 de 2008.

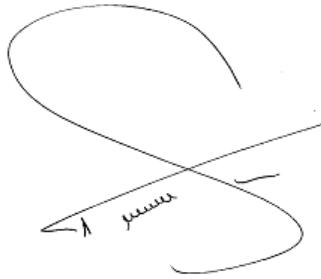
Quinto.- Oficiar Al Comando de Policía Nariño o la dependencia competente para que mientras se dé inicio y curse el proceso anteriormente dispuesto y durante el tiempo

que se requiera, brinde protección a la víctima y su padre y familiares suyos, quienes como se informa fueron amenazados.

Sexto.- Imponer al acusado obligaciones consistentes en evitar acercamientos o comunicaciones de todo orden con la víctima y su familia y abstenerse de proferir advertencias y amenazas, bajo riesgo de la aplicación de las condignas consecuencias legales en caso de desobedecimiento. Se elaborará acta correspondiente que se hará suscribir al procesado por el personal de la Policía Nacional que presta sus servicios en el municipio de ..., al que se le suministrará los datos a que haya lugar.

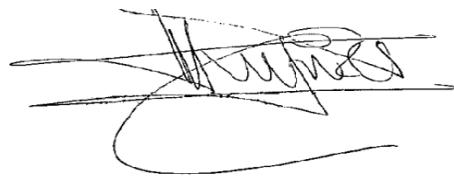
Séptimo.- Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase.



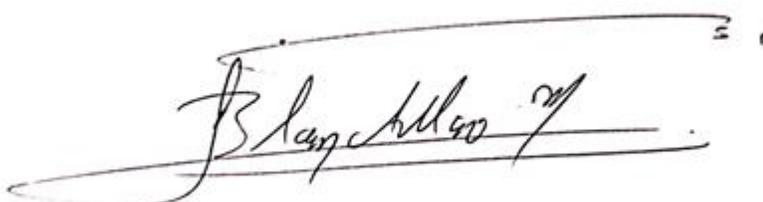
Franco Solarte Portilla

Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León

Magistrado



Blanca Lidia Arellano Moreno

Magistrada



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 070

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 18 de junio de 2020.



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario