

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

Magistrado Ponente

Aprobado Acta No.193

SP8468-2017

Radicación N.º 49467

Bogotá, D. C., junio catorce (14) de dos mil diecisiete (2017).

**VISTOS**

Emite la Sala fallo de casación al haberse admitido la demanda presentada por el apoderado de la víctima contra la sentencia de 13 de octubre de 2016, proferida por una Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la emitida por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, autoridad que absolvió a JOSÉ DEL CARMEN MESA SUÁREZ, ALBA MARIBEL MESA PEÑA y URIEL BRICEÑO MESA de los delitos de estafa y falsedad, atendiendo la petición de absolución que elevó la Fiscalía una vez culminó el juicio oral.

**ANTECEDENTES FÁCTICOS**

Se narraron en la sentencia como sigue:

f

El 15 de diciembre de 2004, Guillermo Sánchez Díaz, quien actúa como denunciante y para esa época representaba a algunos de los accionistas de la empresa denominada "Auto Taxi Ejecutivo S.A.", suscribió un contrato de compraventa con José del Carmen Mesa Suárez, quien se comprometió a comprarles a éstos sus acciones, las cuales fueron valuadas en la suma de \$1.200.000.000.

Sin embargo en ese contrato también quedó establecido que del valor total de la compraventa se deducirían \$120.000.000 "correspondientes a un porcentaje del 10% que el vendedor, señor Guillermo Sánchez Díaz conservaría en acciones de auto Taxi Ejecutivo S.A.". Es decir, Sánchez no vendió el porcentaje de acciones que para ese momento tenía en la empresa.

Se sabe que José del Carmen Mesa Suárez no canceló \$214.000.000 del valor total del contrato de compraventa, por lo que el 22 de junio de 2006, él y Guillermo Sánchez Díaz, quien actuó a través de apoderado, decidieron realizar una transacción en la que pactaron lo siguiente: I) La compraventa del 10% de las acciones que Sánchez se había reservado, las que fueron valuadas en \$120.000.000, y II) la destinación de los \$214.000.000 pendientes para la cancelación "del pago de las sanciones que se originen de las investigaciones administrativas que adelanta la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá".

José del Carmen Mesa Suárez le canceló a Guillermo Sánchez Díaz el valor total de sus acciones. Sin embargo no cumplió la totalidad de la segunda obligación contractual, pues sólo sufragó algunas de las deudas -multas de tránsito- que tenía la empresa con la Secretaría de Tránsito.

Alba Maribel Mesa Peña y Uriel Briceño Mesa, en su condición de Presidenta y Secretario de la empresa denominada "Auto Taxi Ejecutivo S.A.", elaboraron el acta de asamblea extraordinaria de accionistas número 077 de abril 4 de 2005, en la que dejaron constancia de que Guillermo Sánchez Díaz, así como otros accionistas de la compañía, concurrieron a esa reunión, lo que no fue cierto porque ellos nunca fueron citados ni tampoco asistieron.

Esa acta de asamblea extraordinaria número 077 fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 10 de octubre de 2005.

4

## **ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

1. Por los hechos antes reseñados, el 24 de septiembre de 2013 la Fiscalía formuló imputación a URIEL BRICEÑO MESA, JOSÉ DEL CARMEN MESA SUÁREZ y ALBA MARIBEL MESA PEÑA como presuntos responsables de los delitos de falsedad en documento privado (artículo 289 del C.P) y estafa (artículo 246 del C.P), cargos que rechazaron.

El delegado acusador no solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

2. El 27 de noviembre de ese año se presentó escrito de acusación, cuya formulación se llevó a cabo el 16 de septiembre de 2014 ante el Juzgado 8° Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

3. Culminado el juicio, la Fiscalía al presentar su alegato conclusivo, solicitó la absolución de los tres acusados, petición en razón de la cual la juez de conocimiento, en decisión de 30 de abril de 2015, emitió fallo en ese sentido, en orden a preservar el principio de congruencia, acogiendo el criterio que para ese momento tenía definido la jurisprudencia de esta Corte sobre el particular (CSJ SP., 21 mar. 2013, rad. 32256 y CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 40988).

4. Contra la anterior determinación, interpuso recurso de apelación el apoderado de la víctima, el cual una vez sustentado, fue resuelto por una Sala Penal del Tribunal



Superior de Bogotá, que en fallo de 30 de septiembre de 2016 confirmó la sentencia impugnada, pues si bien entre la fecha del fallo de primera instancia y el pronunciamiento del Tribunal se produjo un cambio de jurisprudencia que imponía un pronunciamiento de fondo sobre el caso pese a la petición absolutoria del acusador, dicha variación no podía aplicarse para este caso, en tanto el mismo debe regirse por la norma o regla vigente para el momento de interposición del recurso, época en la que la solicitud de absolución por parte de la Fiscalía resultaba obligatoria para el juez de conocimiento.

La decisión del Tribunal se soportó en el artículo 624 del Código General del Proceso, modificadorio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

5. La sentencia de segundo grado fue recurrida en casación por el apoderado de la víctima; la demanda se admitió en auto de 9 de febrero de 2017 y se sustentó en audiencia llevada a cabo el 25 de abril siguiente.

### **LA DEMANDA**

Después de resumir los hechos y antecedentes, acude a la causal tercera, desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, alegando a su vez el menoscabo de derechos como el acceso a la administración de justicia, debido proceso y dignidad humana.

En un capítulo que denomina derechos fundamentales, señala que las garantías antes enunciadas le fueron

desconocidas a la víctima debido a la actuación de la Fiscalía cuando renunció a varios de los testimonios cuya práctica se decretó en la vista preparatoria y que resultaban necesarios para demostrar la falsedad del acta de asamblea de socios, en tanto que los declarantes podían dar fe de que no estuvieron presentes en la reunión que refiere el documento espurio, así como de los reales términos en los que se surtió la negociación con Guillermo Hernando Sánchez Díaz.

Hace algunas citas jurisprudenciales en torno al derecho de acceso a la administración de justicia en cabeza de las víctimas de delitos, criticando la actuación de la Fiscalía durante el juicio oral, porque no intervino en favor del afectado, dejó de contrainterrogar y desistió de varios testimonios.

En otro acápite titulado, “*desconocimiento de las pruebas*”, reitera la importancia de que se hubiera escuchado el testimonio de algunos socios de la empresa y que aparecieron haciendo parte de la reunión de la que da cuenta el acta 077 de abril de 2005, pese a lo cual la Fiscalía el mismo día en el que iban a ser escuchados, en forma inexplicable renunció a ellos.

El demandante sostiene que la deficiente labor de la Fiscalía impidió que se acreditaran los hechos constitutivos de la denuncia, así como las particularidades del negocio que se realizó, las cuales expone detalladamente, con lo que se habría demostrado la incursión de los acusados en los delitos de estafa y falsedad en documento privado.



Indica que en desarrollo del juicio oral, el nuevo apoderado de los procesados se apoyó *“en el silencio de la Fiscal 101 y desconociendo convenientemente pero perversamente la verdad verdadera y legal y el derecho sustancial en el proceso a lo cual en forma inmediata y sin ninguna explicación el mismo día se plegó la Fiscal 101 y en la audiencia de sentencia pidió absolución”*.

Por tanto, solicita que se case la sentencia para que la Corte emita el fallo de reemplazo en el que se condene a los procesados por los delitos por los que fueron acusados.

## **AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

### **1. Apoderado de víctima-recurrente**

Inicia su intervención recabando sobre los derechos de las víctimas al debido proceso, igualdad, dignidad y acceso a la administración de justicia.

Reitera que los testigos que se llevarían al juicio para respaldar los hechos denunciados por la víctima, fueron *“rechazados”* por la Fiscalía en una de las audiencias del juicio oral.

Frente a la petición de absolución afirmó que la misma fue producto de una decisión unilateral de la Fiscalía y que respecto del fallo de primer grado que acogió esa solicitud, se debe aplicar la decisión de la Sala de Casación Penal en el radicado 43837, pues fue anterior a la sentencia de segunda instancia y, en esa medida, en aplicación del principio de

favorabilidad se debe emitir un fallo en el que se analicen las pruebas.

En similares términos a los de la demanda se refiere a la actuación de la Fiscalía que en nada contribuyó al esclarecimiento de los hechos y a la demostración de los delitos de estafa y falsedad.

## **2. Fiscalía**

Solicita que el fallo del Tribunal Superior de Bogotá no sea casado, en tanto que el mismo se adoptó con respeto al principio de congruencia y a la jurisprudencia sobre el tema vigente para el momento en que se emitió fallo de primer grado.

Avala el criterio del Tribunal al señalar que las normas que rigen los recursos son aquellas vigentes para el momento de su interposición que para el caso en estudio, era la regla fijada en las casaciones 29099 de 27 de octubre de 2008 y 43837 de noviembre 11 de 2013, entre otras, según las cuales la petición absolutoria de la Fiscalía resulta vinculante para el juez por lo que debía emitir fallo en ese sentido, pues solo así se garantizaba el principio de congruencia previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Precisa que la decisión de 25 de mayo de 2016, radicado 43837, a través de la cual la Corte recogió el anterior criterio, no podía aplicarse en el caso concreto, puesto que fue posterior a la fecha en la que se emitió fallo de primera

instancia, motivo por el que el Tribunal no podía modificarla con base en una jurisprudencia posterior.

Alude al argumento del Tribunal para confirmar el fallo absolutorio de primer grado en el que se cita el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para indicar que los recursos se rigen por las normas vigentes para el momento de su interposición y, por tanto, el trámite tenía que culminar con la aplicación de esos preceptos y no con los que surgieron con posterioridad.

Solicita que se retome el estudio del tema frente a la fuerza vinculante de la petición absolutoria de la Fiscalía, así como del criterio sentando en las casaciones 33931 de 18 de agosto de 2010 y 43759 de 30 de junio de 2014, casos en los que el Tribunal revocó la absolución emitida en primera instancia ante la solicitud que en esos términos elevó la Fiscalía, profiriendo un fallo de fondo valorando las pruebas, bajo el argumento de que la solicitud absolutoria del acusador solo resulta vinculante para el juez de primer grado, no para el de segundo, actuación que en últimas fue avalada por la Corte cuando inadmitió las demandas de casación, pese a que en sentir del delegado fiscal, una decisión de esa naturaleza trasgrede el derecho a la doble instancia y a recurrir la primera condena.

Bajo tal panorama, agrega, la Corte podría entrar a casar un fallo absolutorio en ambas instancias, abordando el estudio de fondo del caso, valorando pruebas, con lo que se pretermitirían las instancias.

En últimas, considera ajustada a derecho la sentencia del Tribunal de Bogotá, en tanto estima que la petición de absolución en cabeza del acusador, impone al juez pronunciarse en ese sentido, tal y como se expresó en los salvamentos de voto que cambiaron esa interpretación de la ley y que el Fiscal considera correcta.

### **3. Ministerio Público**

En criterio de la Procuradora Delegada no se debe casar la sentencia por los cargos propuestos en la demanda.

En el libelo la irregularidad sustancial se deriva de la renuncia de la Fiscalía a la práctica de unos testimonios; sin embargo, tales declaraciones ningún elemento de juicio aportarían para dilucidar la tipicidad del hecho.

Considera que no se vulneró el derecho de defensa, puesto que el censor tenía que demostrar la importancia de los testimonios a cuya práctica se negó el acusador y que iban a deponer sobre aspectos novedosos frente a lo que ya habían sostenido en declaraciones anteriores.

Añade que la Fiscalía solicitó absolución, simplemente porque no pudo demostrar la acusación.

### **4. Defensa**

Precisa que la demanda no planteó ningún cargo contra la sentencia que emitió el Tribunal del Bogotá, en tanto el libelo

comporta un alegato de instancia en el que el recurrente se limitó a expresar meras presunciones y suposiciones.

En sentir de la defensa, la Fiscalía estaba facultada a renunciar a la práctica de algunas pruebas, así como para solicitar la absolución y, el juez en el deber de acoger esa petición de acuerdo con la jurisprudencia vigente para ese momento. Por tal motivo la defensa no advierte ningún vicio en el fallo de Tribunal al avalar la determinación del *a quo*.

Resalta que en el fallo de primer grado la juez aludió a que el pedido absolutorio tuvo lugar porque la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia y, en esa medida, no hay lugar a casar la sentencia que exoneró de responsabilidad a los procesados.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. El cargo que postula el apoderado de la víctima se funda en la actuación de la Fiscalía que califica de deficiente por no propender por los derechos de su representado, situación que concluyó en la trasgresión de garantías fundamentales como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, cuestión frente a la cual hubo un pronunciamiento del Tribunal de Bogotá en su sentencia.

Si bien el censor yerra en la selección de la causal pues acude a la tercera, propia de la trasgresión de las reglas de la sana crítica, cuando lo correcto hubiera sido elegir la segunda –desconocimiento del debido proceso-, la Corte al

admitir la demanda debe pasar por alto este tipo de desatinos y entrar a resolver de fondo la cuestión planteada.

Desde ahora se anuncia que no procede el quiebre del fallo por la causa aludida en el libelo, en tanto no se demostró la afectación de derecho fundamental alguno de la víctima, por parte del ente persecutor.

Los motivos que sustentan la presunta trasgresión de la garantía de acceso a la administración de justicia tienen que ver con la decisión que adoptó la Fiscal del caso de renunciar a la práctica de tres testimonios, los de Carlos Eduardo Sánchez Sanín, Andrés Guillermo Sánchez y Consuelo Zambrano Pérez, cuyas declaraciones fueron decretadas con el fin de sustentar la materialidad del delito de falsedad en documento privado por ser estas tres personas junto con otras más, quienes en su calidad de socios de la empresa «Autotaxi Ejecutivo» y según el documento tachado de falso, tomaron parte en la reunión de socios del 4 de abril de 2005 en la que se eligió una nueva junta directiva, sin haber realmente participado en ella, mucho menos adoptando las decisiones respectivas que fueron publicitadas a través de la inscripción del acta en la Cámara de Comercio.

En criterio de la víctima estos testimonios eran indispensables para demostrar el delito de falsedad, perspectiva con la cual no coincidió la Fiscalía, en tanto que después de escuchar el testimonio de la víctima Guillermo Sánchez Díaz, quien señaló que para la fecha de la citada

reunión estas personas ya no eran socias, consideró la delegada que esas declaraciones resultaban innecesarias.

El motivo por el cual la Fiscalía renunció a la práctica de los testimonios no resulta caprichoso o amañado como para pensar que deliberadamente abandonó su deber de velar por los derechos de los afectados con el delito. Su decisión corresponde a la postura que asumió frente a los hechos al estimar que si las personas que se registraban como partícipes de la reunión de socios consignada en el acta de abril 4 de 2005, ya no ostentaban esa calidad, entonces no se configuraba falsedad alguna.

Independientemente del tino de tal razonamiento, lo cierto es que esta es una manera reflexiva de apreciar el suceso denunciado como delictivo y, la Fiscalía en su obligación de actuar con objetividad, puede, al culminar la fase probatoria del juicio, asumir una postura contraria a la de la acusación y optar por solicitar al juez de conocimiento la exoneración de los cargos, como ocurrió en el presente caso.

En ese orden, la decisión de la funcionaria acusadora de renunciar a la práctica de esos testimonios, es acorde con la petición absolutoria que elevó en el alegato de cierre y con su concepción sobre el caso, por manera que no se advierte la denegación de justicia que le atribuye el apoderado de la víctima.

A lo anterior se suma que la Fiscalía es autónoma en sus actuaciones y por mandato constitucional como titular

de la acción penal, es la encargada de determinar las pruebas que 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.

Con la actuación de la delegada fiscal en este caso no se desconocieron los deberes que le corresponden al ente persecutor en relación con las víctimas y que consagran los numerales 6°, 8° y 12 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, entre ellos, solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para garantizar su amparo y ante el juez de conocimiento las acciones judiciales pertinentes para su asistencia, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

Las obligaciones de la Fiscalía para con las víctimas del injusto no se extienden a mantener la acusación por encima de cualquier circunstancia, pues en todo caso su labor en la persecución del delito está condicionada a que *«mediante suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo»*. (Artículo 250 inciso primero, constitucional)

No se observa, ni tampoco el demandante lo denuncia, de qué manera las facultades de la víctima como interviniente especial y que fueron ampliamente desarrolladas en la sentencia C-209 de 2007, fueron desconocidas, puesto que lo que muestran los antecedentes

del proceso es que la víctima a través de su apoderado, tuvo una activa participación en todo el devenir del trámite penal.

Tampoco acredita el libelista que solo con los testimonios cuya práctica se omitió por renuncia de la Fiscalía, se demostraba el delito de falsedad, en tanto lo que afloró en el juicio fue que esas personas cuya presencia y participación se certificó en el acta de 4 de abril de 2005, ya no eran socios de la empresa para ese momento, aspecto que tampoco descarta la comisión del delito contra la fe pública.

Tal incógnita no fue resuelta, pues la juez de primera instancia se vio obligada a acoger la petición de absolución de la Fiscalía, parte acusadora quien no demostró la materialidad de los delitos por los que había llevado a juicio a los procesados.

La decisión de la Fiscalía al desistir de la práctica de la declaración de estas tres personas obedeció a la postura que asumió frente a los hechos una vez escuchó el testimonio de la víctima, lo cual no se torna en ilegítimo o nugatorio del derecho de acceso a la administración de justicia, por manera que no hay lugar a casar la sentencia por el motivo alegado en la demanda.

2. Luego de analizado el cargo propuesto por el apoderado de víctimas, la Sala se pronunciará sobre un aspecto que si bien no fue postulado en el libelo, resulta relevante para desarrollar la jurisprudencia en torno a un tema específico, cuál es, la aplicación en el tiempo del precedente cuando la Corte lo ha variado sustancialmente

con efectos contundentes en la estructura misma del proceso.

Lo anterior, habida cuenta que la argumentación del Tribunal resulta novedosa y sustenta una decisión que en últimas deja de aplicar a un caso concreto la solución ya definida por la Sala, optando el *ad quem* por resolver el asunto de una forma diametralmente distinta a como hubiera acontecido de haber acogido el precedente, para en su lugar, terminar seleccionando el criterio recogido.

En aras de emprender dicho estudio, la Corte se encuentra facultada, por razón del artículo 184 de la ley procedimental penal a abordar temas no propuestos en la demanda de casación, siempre que el objetivo sea el de hacer efectivos los fines de este medio de impugnación, entre ellos, la unificación de la jurisprudencia.

Con el fin de delimitar el marco de estudio, debe decirse que la cuestión que corresponde analizarse y sobre la cual se soporta la decisión del Tribunal cuando confirmó el fallo absolutorio de primer grado, no tiene que ver con el carácter vinculante de la petición absolutoria de la Fiscalía, frente a la que ya existe una postura clara apoyada por la mayoría de la Sala y que el Tribunal no discute, sino que se relaciona con los efectos de ese nuevo criterio frente a casos que ya estaban adelantándose para la fecha en la que la Corte decidió recoger su propio precedente y fijar una nueva regla.

Para el juez de segundo grado, el cambio no resulta aplicable para esos asuntos, en tanto los mismos deben

resolverse de acuerdo con la interpretación normativa vigente para el momento en el que se interpuso el recurso de apelación, argumento que edifica con base en el artículo 624 del Código General del Proceso, cuyo texto es como sigue:

*ARTÍCULO 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:*

*“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. (Resaltado propio del texto)*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”*

El discurso del Tribunal se planteó así en el fallo:

*«De otro lado el Tribunal estima que la Juez de Primer grado actuó correctamente al absolver a los acusados, ya que para el momento de emisión de su fallo la jurisprudencia penal tenía establecido que la solicitud de absolución elevada por la Fiscalía equivalía a un retiro de los cargos, por lo que ante tal hipótesis el juez de conocimiento no tenía otro camino que el de emitir un fallo absolutorio, so pena de vulnerar los principios acusatorio y de congruencia.*

*El Tribunal no desconoce que en la sentencia 43837, proferida el 25 de mayo de 2016, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que la petición absolutoria de la Fiscalía no vincula al juez de conocimiento, pues debe ser entendida como una simple postulación susceptible de rechazo(...)*

*No obstante, debe destacarse que en esta nueva decisión la Corte no reprocha la posibilidad de que la Fiscalía pida absolución; por el contrario admite esa situación, lo que ocurre es que ahora esa solicitud debe ser entendida como un simple acto de postulación.*

*En síntesis, la Sala negará la pretensión relacionada con la declaratoria de nulidad procesal, sin perjuicio de aclarar al recurrente que en caso de considerar que el Fiscal incurrió en falta disciplinaria o en algún delito, cuenta con la posibilidad de denunciarla ante las autoridades judiciales pertinentes.*

*Finalmente, se advierte que las nuevas decisiones de la Corte en las sentencias 43837 del 25 de mayo de 2016 y 41905 del 3 de agosto del presente año son posteriores a la interposición del recurso de apelación, por lo cual se debe observar la norma que impone que ante un cambio de ley – en este caso de regla jurisprudencial aplicable- los recursos y diligencias que se encuentren en trámite, se resolverán según la vigente cuando se interpusieron o iniciaron.*

*Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. Art. 624(...)*»

Siguiendo la argumentación del Tribunal, lo que se impondría sería prolongar en el tiempo la aplicación de una postura jurisprudencial revaluada, dependiendo ello de la fecha en que se interpone el recurso contra la decisión que lo acogió.

En la misma lógica, la propia Corte al resolver el caso en razón del cual se pronuncia y en el que fija una nueva interpretación normativa, no podría aplicarla a ese asunto, sino que tendría que declarar que la nueva postura solo adquiere vigencia para casos futuros, con el condicionamiento, además, de la fecha de interposición del recurso.

Un razonamiento en tal sentido es a todas luces equivocado, puesto que justamente es en asuntos que en forma extraordinaria arriban a la Corte para un pronunciamiento de fondo que se construye la jurisprudencia y se fija el precedente, cuya fuerza vinculante para los jueces de igual o inferior categoría resulta indiscutible.

Acoger el entendimiento que del artículo 624 del Código General del Proceso plasma el Tribunal en su fallo de segunda instancia, implicaría aceptar que dicha norma establece los alcances temporales de la jurisprudencia, aspecto que en manera alguna se relaciona con el contenido de dicho precepto, el cual se refiere a simples pautas de procedimiento acerca de la forma en la que se tramitan los recursos cuando ha habido tránsito de ley procesal, precisando cual ley, si la vigente o la derogada, regula su trámite, determinando como pauta para resolver tal cuestión, la fecha en la que fueron interpuestos.

El entendimiento de la norma a la que acude el *ad quem* debe ser en el sentido antes reseñado, si en cuenta se tiene que tal precepto se ubica en la parte final del Código General del Proceso dentro del Título V del Libro Quinto, éste último que trata sobre «*Cuestiones Varias*» y el primero sobre «*Otras modificaciones, derogaciones y vigencia*», lo cual hace palpable que esas normas regulan aspectos eminentemente procesales, más no sustanciales, campo éste al que pertenecen las reglas que establecen la aplicación de la ley y la jurisprudencia por parte del intérprete contenidas en otros estatutos como por el ejemplo el Código Civil.

La Sala de Casación Civil en varios de sus últimos pronunciamientos con ocasión de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, ha aludido al artículo 624 *ibíd.*, en orden a definir la norma procesal por la cual se debe tramitar determinado recurso, sin que en ninguno de ellos hubiese mencionado aspectos relativos a cómo deben

decidirse o a la norma de derecho sustancial aplicable para tal efecto.

Entre el amplio conjunto de esas determinaciones, la Sala cita el siguiente para evidenciar que dicho precepto alude exclusivamente a la tramitación de los recursos:

*«Como la reposición y petición subsidiaria de copias contra el auto que negó conceder el recurso extraordinario de casación se formuló el **2 de septiembre de 2015**, todo lo relacionado con la presente queja lo disciplina el Código de Procedimiento Civil, por así preverlo los artículos 624 y 625-5 del Estatuto General del Proceso, en vigor desde el 1° de enero de 2016, al decir que “(...) los recursos...se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron...”.*

*Sobre ese asunto específico, la Corte ha dicho que*

*La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura acordó que desde el 1° de enero del 2016 rige integralmente el Código General del Proceso. Sin embargo, a este asunto no resulta aplicable esa normatividad, por cuanto el trámite complejo de la queja inició en vigencia del Código de Procedimiento Civil; esto es, con la radicación de la reposición y la petición subsidiaria de copias, acontecida el 20 de octubre de 2015. Al respecto, el numeral 5° del artículo 625 de la Ley 1562 de 2012 estableció, en lo pertinente, que “...No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos [...] se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron [...]”. De manera que las reglas del C. de P. C. informarán la presente decisión en la medida en que imperaban para el momento en que principio la mencionada refutación (20 de octubre de 2015), reiterando que la “queja” es una impugnación que si bien se “formula” ante la Corte, su devenir arranca antes, en un estadio denominado preparatorio o de antesala, que no por ello carece de importancia o de consecuencias procesales en caso de no cumplirse las cargas que en esa fase se*

*imponen al censor (CSJ AC de 5 de abril de 2016, Rad. 2016-00438-00).» (CSJ AP 15 mar. 2017, rad. 2015-02434)*

El Tribunal en forma errada le otorga efectos sustanciales a una norma de estricto índole procesal y con base en ella prácticamente fija una regla de aplicación de la jurisprudencia en el tiempo, como se hace con la ley en tratándose del principio de favorabilidad en materia penal, asimilando la fecha de expedición de la ley al momento en el que se interpone el recurso. Es así que resuelve el caso con base en un criterio jurisprudencial que resulta más benéfico para el procesado, puesto que el precedente con base en el que la petición de absolución de la Fiscalía es obligatoria para el juez, es favorable a los intereses del acusado, frente a la postura que se impuso a partir de la casación 43837 de 25 de mayo de 2015 según la cual, el juez está en libertad de acoger esa solicitud.

En tal medida, se pasa por alto que el principio de favorabilidad no se reputa de los cambios de jurisprudencia para procesos en curso como ya lo ha sostenido la Sala en sede de tutela a partir de la interpretación que sobre el tema ha construido la Corte Constitucional. En un fallo de esa naturaleza, eso fue lo que indicó la Sala de Casación Penal:

*Frente a la concurrencia de posturas jurisprudenciales sobre el aspecto atrás analizado, y la obligación de aplicar la que resulte más favorable al procesado, es necesario hacer las siguientes precisiones:*

*En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación*

*del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque **una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso.*** (Resaltado fuera del texto original)

*Sobre la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia de variar el precedente judicial por la razón atrás indicada, la Corte Constitucional ha precisado que*

*El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. **Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro**<sup>1</sup>. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (SU-047/99, reiterada en C-836 de 2001).» (CSJ ST, 13 jul 2016, rad. 48257)*

El cambio de precedente es un ejercicio legítimo en la actividad judicial que se encuentra reglado, puesto que se requiere una carga argumentativa fuerte que justifique las modificaciones a la interpretación que del ordenamiento jurídico hacen los jueces en aras de garantizar derechos

---

<sup>1</sup> *Negrillas fuera del texto original.»*

como la igualdad y principios como los de confianza legítima y seguridad jurídica.

En tratándose del precedente horizontal, el propio juez que ya había fijado una regla interpretativa puede cambiarla con posterioridad y aplicarla a un nuevo caso, sin que la implementación de la variación se condicione a aspectos temporales como la fecha de comisión del hecho –casos penales- o de presentación de los recursos o demanda, etc, para definir a qué casos se puede aplicar el reciente criterio; simplemente éste producirá efectos para el caso que dio lugar a la variación como para los que deban resolverse a partir de ese momento.

En el asunto materia de estudio, el Tribunal impuso una exigencia de carácter temporal inexistente para apartarse del precedente de la Sala de Casación Penal, ello originado en la indebida selección y además interpretación del artículo 624 del Código General del Proceso.

En efecto, para el momento en el que tenía que resolver el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, ya se había producido el cambio de jurisprudencia, motivo por el que su decisión debió acompañarse con ese nuevo criterio, adoptando las medidas necesarias para que el juez de primer grado, a partir del análisis de las pruebas, determinara si el pedido absolutorio de la Fiscalía era acorde con esa realidad probatoria o, si por el contrario, había lugar a emitir una sentencia de condena.

En ese orden, el fallador de segundo grado aplicó una norma que no era la llamada a regular el supuesto de hecho, pues como se precisó en párrafos anteriores, el artículo 624 de la Ley 1564 de 2014 (Código General del Proceso), ninguna regulación contiene acerca del inicio del poder vinculante del precedente judicial, pues se refiere estrictamente al trámite de los recursos pendientes cuando ha habido tránsito de ley.

Tal vicio da lugar a que el fallo sea casado, en tanto el proceso se decidió con base en una regla distinta a aquella fijada por la postura jurisprudencial actual que redefine un ámbito estructural del proceso penal al que el trámite adelantado contra los aquí acusados no puede sustraerse por las razones que con suficiencia se expusieron en SP 25 may. 2016 rad. 43837 y que no fueron objeto de controversia por parte del Tribunal en el fallo de segundo grado.

En esa medida, siguiendo la solución allí adoptada, se decreta la nulidad del proceso a partir inclusive del anuncio del sentido de fallo, con el fin de que el juez de primera instancia se pronuncie de fondo sobre las solicitudes elevadas por las partes e intervinientes en los alegatos de cierre y emita la sentencia valorando las pruebas allegadas al juicio oral.

A diferencia del precedente citado, en este asunto no se invalidarán las intervenciones conclusivas del apoderado de víctima y defensa, en tanto que sus solicitudes no se basaron en la procedencia de la petición absolutoria del ente acusador, sino en la estimación de las pruebas que les permitió analizar la materialidad del delito y la

responsabilidad de los acusados, elevando la pretensión de acuerdo con el interés de cada uno.

De otra parte, la Fiscalía ha solicitado que la Corte retome el estudio del criterio fijado en las casaciones 33931 de 18 de agosto de 2010 y 43759 de 30 de junio de 2014.

En estos asuntos el juez de segunda instancia revocó la absolución emitida por el funcionario de primer grado, sede en la que la Fiscalía solicitó la exoneración del procesado. La Corte no encontró que la postura del Tribunal al indicar que esa petición solo era obligatoria para el fallador de primer grado, hubiera sido debidamente atacada por el demandante acreditando la necesidad de un estudio de fondo a través de una sentencia de casación por lo que procedió a inadmitir las respectivas demandas.

La cuestión allí propuesta no fue estudiada de fondo por la Sala, habida cuenta que el trámite extraordinario concluyó en la inadmisión de los libelos, motivo por el que ningún precedente se fijó en esos autos como para solicitar un nuevo estudio, en el que se fije otra postura. Adicionalmente, la propuesta de la Fiscalía para sentar un nuevo criterio no fue planteada en la demanda, aunado a que la situación procesal de esos dos asuntos difiere de la que es objeto del actual pronunciamiento, así como del problema jurídico que la Corte viene de resolver.

Por lo anterior, no es esta la oportunidad para sentar una posición como órgano de cierre, frente a casos en los que en segunda instancia se profiere fallo de fondo de carácter

condenatorio pese a la absolución de primer grado, sustentada en el pedido de la Fiscalía, el cual para esos momentos se consideraba vinculante para el juez.

En el caso presente la absolución por esa misma causa fue emitida en ambas instancias y el criterio de la segunda para ratificar la decisión del *a quo*, se centró en una errada aplicación del derecho al seleccionar una norma procesal civil no llamada a regular la situación particular que se presenta cuando durante el trámite penal, sobreviene el cambio de precedente, concretamente, con posterioridad al fallo de primera instancia y antes de que se emita el de segunda.

La solución que a través de este proveído ofrece ahora la Corte para este tipo de situaciones, es la regla que resulta vinculante para la resolución de casos análogos, cuyas circunstancias distan de las de aquellos asuntos abordados en las decisiones que la Fiscalía solicita sean revaluadas, razón por la que la Corte no accederá a su petición de emprender un análisis de fondo con dicho propósito.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: NO CASAR** por el cargo propuesto en la demanda la sentencia de 13 de octubre de 2016 del Tribunal Superior de Bogotá.

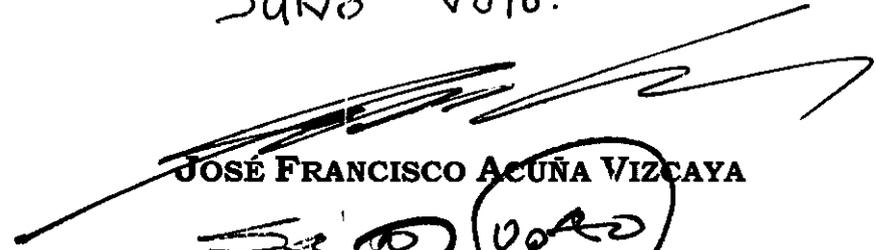
**SEGUNDO: CASAR DE OFICIO** la sentencia impugnada, conforme a las razones antes expuestas. En consecuencia, se **decreta** la nulidad de lo actuado a partir del anuncio del sentido de fallo, inclusive.

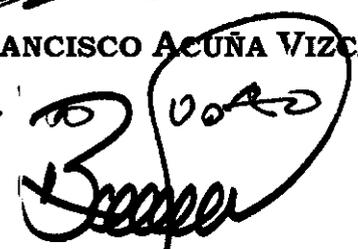
**TERCERO: REMITIR** inmediatamente el proceso al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, con el objeto de que continúe el juicio oral desde el estadio antes indicado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

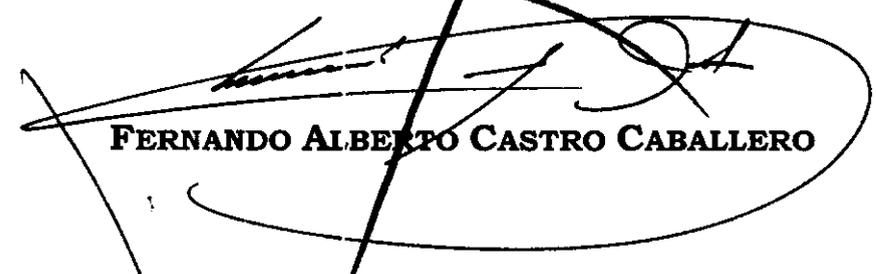
  
**EUGENIO FERNÁNDEZ CARRIER**

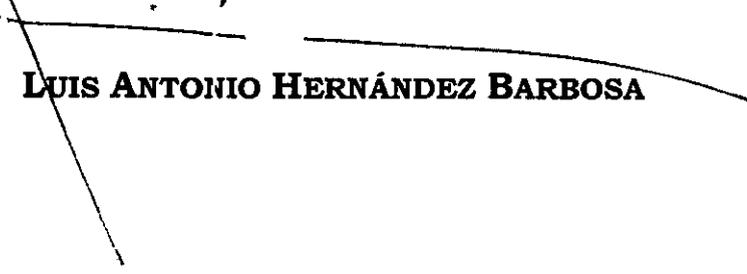
Salvo voto.

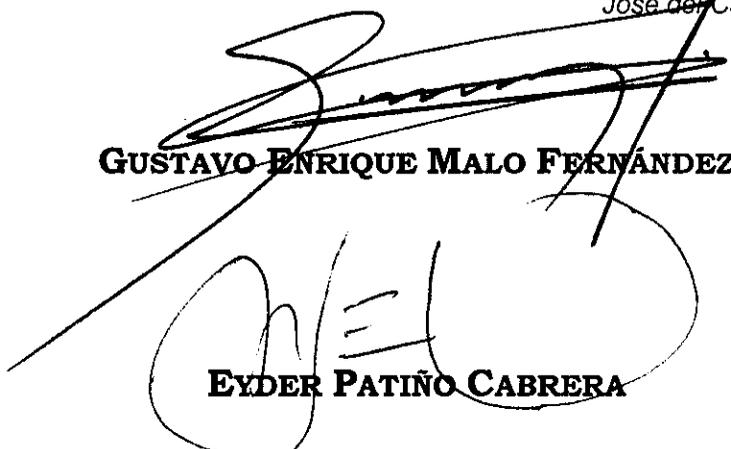
~~~~  
**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

~~Se voto~~  
~~~~  
**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

~~Salvo el voto~~

~~~~  
**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

~~~~  
**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

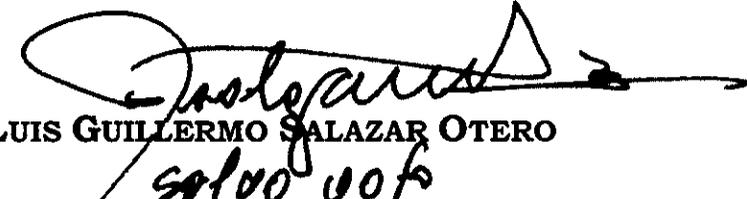


**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**



**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

*solvo vof*  
*Nubia Yolanda Nova García*  
**Nubia Yolanda Nova García**  
**Secretaria**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACION PENAL**

**Radicado 49467.**

**Salvamento parcial de voto.**

**Tema: congruencia y petición absolutoria. Aplicación de cambio de jurisprudencia.**

**Magistrado: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**Aprobado con acta 193 de 14 de junio de 2017**

**Procesado: JOSÉ DEL CARMEN MESA SUÁREZ**

**Delitos. Falsedad en documento privado y estafa.**

La Sala Mayoritaria en el proceso de la referencia ha decidido no casar el fallo propuesto y de oficio anular desde la emisión del sentido del fallo para que se haga un pronunciamiento de fondo, dado que la petición de absolución de la Fiscalía, de

*Rauting*

acuerdo con el criterio mayoritario de la Sala no es vinculante para el singular ni plural, es una alegación, un acto de postulación, no integra la acusación, reiterando en este sentido la decisión que se había adoptado por cinco de los magistrados integrantes de la Sala en providencia CSJ, 25 may. 2016, rad. 43837.

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

1. El Fiscal, en las alegaciones, omite solicitar condena o absolución expresamente por alguna de las conductas delictivas que han sido judicializadas, como en el evento de un concurso homogéneo, se debe declarar la ruptura de la unidad procesal para promover ante el juez la terminación de la actuación iniciada y no culminada, porque así se dispone expresamente en el numeral 3º del artículo 53 del C de .P.

Situación diferente acontece cuando el fiscal de manera expresa solicita absolución por el o los reatos investigados, caso en el cual, las reglas a aplicar corresponden a las que se desarrollan en los siguientes numerales.

2. Principio de legalidad. El artículo 448 de la Ley 906 de 2004, establece:

*R. Mesa Suárez*

*“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”*

Esta regla desarrolla el principio de legalidad que debe regir el debido proceso del sistema acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 para Colombia. La interpretación acogida en la decisión mayoritaria no se ajusta a la garantía fundamental que representa el texto transcrito.

3. No se puede leer **sí** donde solamente se admite el **no** o viceversa.

Conforme al principio de legalidad citado, no se puede condenar por “delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, el **no** es mensaje claro, inequívoco, perentorio y por ende es el único alcance que admite la interpretación de la norma.

Con la decisión mayoritaria de la Sala se incorpora al texto legal la premisa que excluye, prohíbe o elimina el artículo 448 ejusdem, por lo que el revés del mandato imperativo se convierte en derecho. Ahora la regla hay que leerla con un **sí** y así: El acusado podrá ser condenado por delitos por los cuales la Fiscalía no pida condena y solicite absolución.

La única lectura admisible del artículo 448 del C de P.P., dada su descripción y carácter imperativo, no es otra que la absolución ante la no petición de condena por el ente fiscal.

*Rafael*

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

Y, ahora que se alude al legislador, debe registrarse que la Fiscalía General de la Nación al presentar el proyecto que se convirtió en Ley 906 de 2004, en lo que respecta al tenor del artículo 448 vigente, expresó como sustento del mandato imperativo, que la teoría del caso presentada en el juicio oral **y las alegaciones correspondientes hacen parte de la acusación formulada por la Fiscalía.**

En las actas de los debates surtidos en las sesiones para la aprobación de los Proyectos de Ley números 229 de 2004 de Senado y 001 de 2003 de Cámara, no se hizo ninguna modificación al texto ni a la motivación de lo que se aprobó como artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con lo que debe admitirse que el Congreso prohijó la propuesta de la Fiscalía.

Con la el nuevo criterio jurisprudencial adoptado por votación mayoritaria se desatiende la motivación que sustentó la aprobación de la congruencia en el Congreso, contrariándose el querer del legislador, una de las reglas elementales de interpretación de la ley.

*Rafael*

Sí, es cierto, algunas normas del proyecto de Código de Procedimiento Penal fueron reformadas, pero la congruencia y los fundamentos en los que se sustentó no fueron modificadas, en el caso de la institución de marras se conservó la redacción y los fundamentos de la norma originalmente propuesta por la Fiscalía.

Si el texto legal y la voluntad del legislador gozan de claridad y concreción, no es dable su sacrificio bajo el pretexto de precisar su espíritu, regla de hermenéutica de orden jurídico que no se puede obviar al interpretar el artículo 448 ídem.

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

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

Por qué el Fiscal es parte en un proceso penal? No por ser Fiscal, ni servidor público, si esas fueran las razones, con esa lógica, deberíamos admitir que el Ministerio Público es parte y no interviniente. Pero, no, esos no son los supuestos en los que se apoya la calidad de parte de la Fiscalía en un proceso penal.

Rafael

El Fiscal es parte porque la Carta Política y la ley Procesal Penal le atribuyeron la titularidad de la acción penal. Los derechos, deberes y facultades en un proceso penal los deriva aquél por tener dicha titularidad, sin esta condición no podría ejercer sus potestades en la indagación, investigación o juicio (pedir y aportar pruebas, impugnar, celebrar preacuerdos, ectra).

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

La premisa anterior es modificada con la decisión mayoritaria de la Sala, acude indebidamente a un argumento del sistema inquisitivo para desnaturalizar el sistema acusatorio, pues para que el juez desatienda la petición de absolución que el Fiscal formule en las alegaciones, se desconoce que éste en el momento en que presenta dicha solicitud es el titular de la acción penal. Y, en ese lapso quién la ejerce?, según el criterio adoptado por la Sala, convierte en acusador al juez, le otorga la facultad de obrar oficiosamente como Fiscal, le permite decidir condenar sin petición del legitimado para solicitarlo y autoriza al juzgador desarrollar la teoría del caso que con esa orientación se negó formular el Fiscal, supuestos que rompen el supuesto básico que justifica el sistema, la separación de funciones del fiscal y el juez, de la investigación - acusación con el juzgamiento.

Raúl

La decisión mayoritaria conlleva a afirmar que el Fiscal en una fase del proceso tiene la calidad de titular de la acción penal, pero la pierde en las alegaciones y vuelve a recobrarla con el proferimiento del sentido y el fallo. Y, ello es así, sobre todo en el último supuesto señalado, porque en el sistema acusatorio si aquél no es titular de la acción penal, no es parte y no puede ejercer sus facultades, entre ellas interponer recursos contra la sentencia que se profiera.

En la presentación del proyecto del Código de Procedimiento Penal en el tema de la congruencia, las actas rezan que el Fiscal ejercerá las funciones de acusación aún en la teoría del caso y en las alegaciones. Y, no puede ser de otra manera, pues es en la audiencia pública cuando se practican las pruebas y se conocen los resultados probatorios, de ahí que la formulación de la acusación no sea rígida y se le permita al Fiscal en el juicio oral proponer la absolución perentoria o la absolución o condena y concretar la imputación jurídica, dependiendo del fundamento que se aduzca.

En el sistema acusatorio si se despoja parcialmente al Fiscal de la titularidad de la acción penal, no solo se le cercena su legitimación para ejercerla, sino que se le arrebatan facultades que le son propias, únicas y excluyentes en el sistema acusatorio, para adjudicarle una caracterización de los procedimientos inquisitivos.

Raúl

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

Son ejemplos de potestades exclusivas del fiscal, en las que no puede ejercer ningún control las demás partes e intervinientes, ni el juez: la fijación de los hechos en el proceso penal, decidir si celebra preacuerdos o no, la imputación jurídica en la formulación de acusación en los juicios ordinarios, elegir qué elementos materiales de prueba **no** utilizara en el juicio oral, entre otras. Luego no es ajeno ni un desacierto en el sistema acusatorio señalar que la petición de absolución pertenece al grupo de situaciones examinadas, al amparo de un texto legal que así lo consagra, el artículo 448 del C de P.P. *“El acusado no podrá ser declarado culpable por (...) delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

En cambio, tienen control, los siguientes actos de la Fiscalía: la medida de aseguramiento, la preclusión, el principio de oportunidad, la petición de condena, los preacuerdos, ectra.

La decisión mayoritaria de la Sala crea un control judicial a la petición absolutoria del Fiscal, control que no está consagrado en la ley, cuando su naturaleza es reglada.

Raúl

7. El juez no puede asumir la función acusadora que le corresponde a la Fiscalía.

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

No puede y no debe el juez sustituir a las partes ni apoyar de cualquier manera los actos que le corresponden a éstas. El juez sustituye al Fiscal y asume la función acusadora cuando aquél solicita la absolución en las alegaciones y el funcionario judicial decide condenar.

8. El entendimiento de las alegaciones del fiscal como un acto de postulación, cercera el acto complejo de la acusación, del que las excluye la decisión mayoritaria de la Sala, no obstante que el artículo 443 del C de P.P., las tiene como parte de la acusación y así fueron consideradas por el legislador pues no modificó el argumento que en tal sentido formuló la Fiscalía cuando presentó el proyecto de Código.

Un entendimiento sistematizado de las disposiciones que integran la Ley 906 de 2004, permite señalar que la acusación comienza con la presentación del escrito de acusación, continua con la formulación de acusación y va

*Rafael*  
9

hasta la presentación de la teoría del caso de la Fiscalía en el juicio oral y culmina con las alegaciones de aquél, donde se concretan las peticiones del fiscal luego de conocer los resultados probatorios.

No sobra repetir que en las alegaciones no se pierde la titularidad de la acción penal, por el contrario, se ejerce y es la oportunidad en la que se concreta de manera definitiva la acusación en un trámite que se rige por el principio de progresividad de los actos procesales, por eso no pueden ser aquellas consideradas como un mero acto de postulación.

Diferente ocurren con las alegaciones de la defensa y los intervinientes, son meros actos de postulación, porque ellos no son titulares de la acción penal.

Los cargos presentados en la imputación, en el escrito y en la acusación son provisionales, de la misma naturaleza lo son los presentados en la teoría del caso al inicio del juicio oral.

Los hechos jurídicamente relevantes que se presentan inicialmente pueden variar con el recaudo probatorio y la única oportunidad de definir los hechos conforme al núcleo fáctico comunicado en la imputación y el supuesto jurídico atribuido en la acusación es en la alegación final, de ahí la imposición legal que en este último momento procesal se

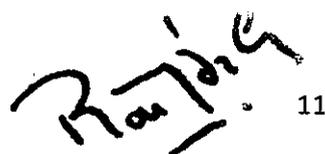
*Raúl*  
10

formule de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la ley 906 de 2004).

Los cargos formulados como acusación por el Fiscal son definitivos y concretados con base en la prueba practicada en su alegación final. Si la propuesta del Fiscal en este momento no constituyera una expresión de la acusación, el juez estaría facultado para modificarlos a su antojo, libertinaje que el sistema de la Ley 906 de 2004 no acepta.

Las alegaciones no constituyen un mero alegato de parte sino el ejercicio de la titularidad de la acción penal, porque al Fiscal fue al único que se le impuso en las alegaciones el deber de concretar “de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación” y de ofrecer los “argumentos probatorios correspondientes”. La gramática de la ley revela que las alegaciones del Fiscal son una expresión de la acusación y no un mero acto de postulación, éste está desprovisto de esas connotaciones.

La carga que le impuso en las alegaciones al Fiscal el artículo 443 del C de P.P., se debe cumplir en las alegaciones que presenta en el juicio oral, luego es a la acusación presentada en este momento procesal a la que se refiere el texto legal, solamente después de cumplir este cometido es que puede pedir condena o absolución, labor que implica la concreción definitiva de los cargos y la fijación de los supuestos correspondientes.

 11

Cuando el artículo 443 de la Ley 906 de 2004 se refiere a la formulación circunstanciada de la acusación presentada, ésta expresión no está vinculada con la actuación regulada en los artículos 336 a 339 del C de P.P., por la razón anotada en el párrafo anterior y porque el debido proceso conlleva a que la concreción fáctica y jurídica que debe hacer tiene que ser consecuencia de los resultados probatorios obtenidos en el juicio oral.

No solamente fue la Fiscalía la que en la motivación del proyecto de Código de Procedimiento Penal la que asumió las alegaciones del Fiscal como parte de la acusación, también lo hace la Ley 906 de 2004 (artículo 443) y así lo ratifica la jurisprudencia de esta Sala en las decisiones anteriores a la que ahora salvo el voto.

9. El juez es el director del proceso, juzga pero no acusa. Al juez no se le otorga la potestad de asumir oficiosamente el problema jurídico y resolverlo en sentido contrario a la absolución propuesta por la Fiscalía, porque si esa pretensión no resulta vinculante para el funcionario judicial, entonces también está autorizado, conforme a la decisión de la mayoría de la Sala, a condenar por lo que al juez le parezca que esté probado, hipótesis que abarca situaciones de delitos por los que no se ha reclamado condena, aún no incluidos en la acusación, desnaturalizando la estructura y columna vertebral del sistema y afectando la garantía de la congruencia en el proceso y de la imparcialidad en el juez.

 12

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

La petición absolutoria o condenatoria del Fiscal en un proceso ordinario no se rige por la misma solución, la primera (la absolución) constituye una excepción a la regla establecida para esta última (la condena), por mandato de la ley el juez perentoriamente debe acoger la absolución, la potestad de decidir en ese sentido no se le dejó al juez, para que éste no sustituye al fiscal en sus funciones.

La razón expresada es suficiente sustento para admitir que no puede resolverse el caso excepcional de la petición de absolución con los supuestos que rigen las peticiones de condena, el mismo legislador las diferenció, impartiendo obligatoriamente la orden de absolver, sin posibilidad para el juez de optar por una decisión diferente, dada la naturaleza y estructura del sistema acusatorio adoptado con la Ley 906 de 2004.

11. Una cosa es la absolución perentoria y otra la petición de absolución. La primera se formula por el fiscal o el defensor, antes de los alegatos y solamente por atipicidad de los hechos; la petición de absolución solamente corresponde al Fiscal, en las alegaciones y por supuestos diferentes a la atipicidad absoluta.

*Raúl*  
13

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

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

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

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

*Rafael*

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

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

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

El problema jurídico de un proceso penal termina con la decisión que absuelve o condena, el tema que nos ocupa, el de la petición absolutoria, resuelve absolviendo por los cargos formulados, luego la providencia participa de la naturaleza de una sentencia y no de un auto.

14. No es de la naturaleza del sistema acusatorio la oficiosidad que le otorga la Sala mayoritaria el Juez para apartarse de la pretensión del titular de la acción penal, es

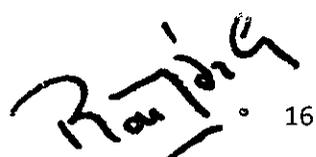
una tesis propia de la Ley 600 de 2000 o de los sistemas inquisitivos que no tiene cabida en la Ley 906 de 2004.

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

La acusación es un acto de parte a cargo del titular de la acción penal, es una pretensión que necesariamente debe formular en las alegaciones, solo que por así disponerlo la ley (artículo 448 del C de P.P.) no se puede declarar culpable a quien no se le ha pedido condena por un delito.

Por ello es que la petición de absolución que reglamenta el artículo 448 del C de P.P. no tiene ni admite control interno en el proceso penal donde se formula, este texto legal es el soporte, la fuente y el fundamento de esa solución. Esta regulación es a su vez una excepción legal a la regla que el Fiscal en materia de disposición de la acción penal solamente tiene facultades de postulación.

16. Las alegaciones del Fiscal son obligatorias y representan la información sustancial para el ejercicio de garantías fundamentales por parte de la defensa. Si el Fiscal no ha

 16

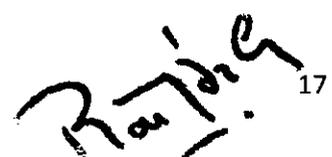
solicitado condena sino absolución, de qué cargos se defiende el acusado si la intervención del defensor es posterior a la del fiscal y el inculcado ejerce el derecho a la última palabra después de éstos.

Además, si los argumentos de responsabilidad los suministra el juez en la sentencia y esa formulación se conoce por el procesado y la defensa solamente con la sentencia, no en el juicio oral, se vulneran groseramente los derechos al debido proceso, defensa técnica y material al permitirse que el juez sustituya al fiscal en sus funciones acusadoras.

17. Ante la petición absolutoria de la Fiscalía no se puede pretermitir la intervención de las demás partes e intervinientes, porque el artículo 446 del C de P.P. hace obligatorias las alegaciones como expresión del debido proceso para anunciar el sentido del fallo en las decisiones absolutorias o de condena. Las alegaciones no son necesarias en la absolución perentoria, por autorización legal.

Si la petición ha sido absolutoria, los principios fundantes del sistema acusatorio obligan a quienes no tienen teoría del caso propia a obrar de conformidad y a la defensa material y técnica a comportarse de acuerdo con el interés jurídico que les asiste frente a la pretensión formulada por el fiscal.

18. El Acto Legislativo 03 de 2002 le impuso a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, principio que desarrolló el artículo 1º de la Ley 1312 de 2009

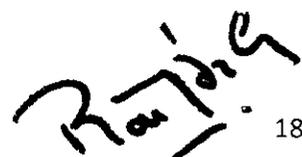
 17

que modificó el artículo 323 del C de P.P., estableciendo que el Fiscal no puede renunciar a la persecución penal sino “en los casos que establece este código” y una expresión de esta última hipótesis (taxativa y reglamentada al amparo de la congruencia) es la petición de absolución que puede formular dicha parte y que debe resolverse en los términos del artículo 448 ídem y que debe ser acogida por el juez (a quo, ad quem o Sala de Casación Penal).

El acto de parte que ejecutada la Fiscalía para pedir absolución en las alegaciones es excepcional, reglado, taxativo y expresamente el legislador lo eliminó de controles al no establecerlos.

19. En Colombia y para este caso rige la Ley 906 de 2004 que introdujo en el ordenamiento jurídico interno el sistema acusatorio.

El criterio mayoritario no niega que tenemos un sistema acusatorio, hay separación de las funciones de investigación y acusación con las de juzgamiento, de la acusación y decisión, el juez no obra oficiosamente por razón de su imparcialidad, la resolución de los asuntos es a petición de parte.

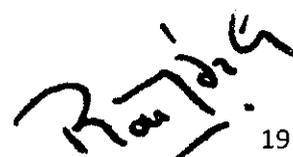
 18

El proceso penal colombiano es acusatorio, así no opere el jurado de conciencia, o se haya autorizado la participación del Ministerio Público y de la Víctima como intervinientes.

No es argumento atendible que no es obligatoria la petición absolutoria del Fiscal y que éste en las alegaciones no ejerce la titularidad de la acción penal, porque en la Ley 906 de 2004 no acogió un sistema acusatorio puro. En Colombia rige un sistema acusatorio y adversarial, por lo que no es procedente el cambio del sentido del artículo 448 del C de P.P. como se ha hecho en la decisión de la que salvo el voto.

Si bien algunas instituciones del sistema, más no éste en su integralidad, se caracterizaron por la Ley 906 de 2004 con matices diferentes a la legislaciones de otros países, ello no autoriza a descalificar el régimen como acusatorio, ni al juez a apartarse de las concretas regulaciones para la petición de absolución que hizo el legislador colombiano en el artículo 448 del C de P.P.. Esta situación está reglada y no puede desconocerse, de su tenor no se desprende sino una interpretación coherente, lógica y sistematizada con el esquema acusatorio adoptado.

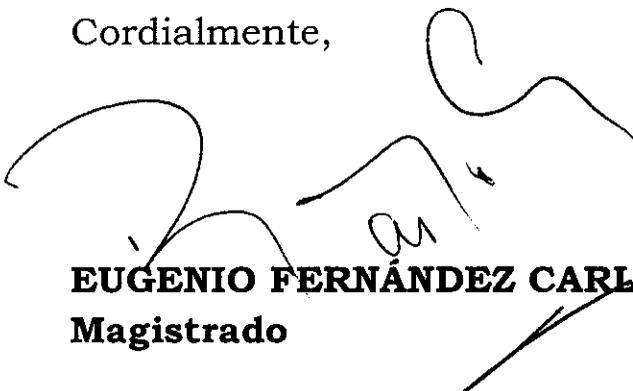
20. La congruencia no solamente se predica de sus elementos subjetivo, fáctico y jurídico, también la integran las actuaciones procesales ejecutadas en la imputación (fáctica), acusación (fáctica y jurídica), teoría del caso, alegaciones y sentencia.

  
19

21. En este asunto la decisión de anular quebranta el debido proceso acusatorio, el derecho de defensa del procesado, la imparcialidad del juez, la titularidad de la acción penal, la reforma en peor dado que el único cargo de la víctima no cuestionó el tema por el que la Sala anula oficiosamente, el planteamiento que en tal sentido hizo dicho interviniente lo fue en la audiencia de sustentación en la que no podía adicionar los cargos formulados en la inicial demanda, se aplican criterios propios del sistema inquisitivo al acusatorio, por lo que no se ha debido casar el fallo de segunda instancia y dejar vigente las decisiones que acogieron la petición de absolución del procesado.

Finalmente quiero señalar que no comparto la tesis que un cambio de jurisprudencia se pueda aplicar inmediatamente porque correspondiendo aquella a una regla que sirvió de premisa para el juzgamiento, cuando su modificación implica perjuicio para la situación jurídica del procesado solo puede aplicarse a futuro y no como se sugiere en el proyecto en el que salvo el voto.

Cordialmente,



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**  
**Magistrado**

*Fecha ut supra*

