

EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN EN COLOMBIA

*Daniel Medina García**

Resumen: El retiro de la acusación es una decisión del ente acusador admisible en ciertos sistemas de tendencia acusatoria; sin embargo, en el sistema adoptado en Colombia su aceptación no está exenta de críticas y observaciones, y por esto, para determinar si es admisible o no en nuestro Estado, se hace un estudio de la acusación y sus vicisitudes en nuestro ordenamiento procesal penal, llegando a la conclusión de que esta decisión unilateral del ente acusador no es admisible.

Palabras clave: Acusación; Retiro de la acusación; Modelos de Estado; Normas y principios constitucionales; Ordenamiento procesal penal; Procedencia de la acusación; Principio de oportunidad.

THE WAIVER OF CRIMINAL ACCUSATION IN COLOMBIA

Abstract: The abdication of the accusation is a decision of the prosecutor admissible in certain systems of accusatory tendency, however, in the system adopted in Colombia, its acceptance is not exempt from criticisms and observations, therefore, to determine whether it is admissible or not in our State,

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en ciencias penales y criminológicas y en Derecho procesal penal y magíster en Derecho de la misma universidad. Bogotá, Colombia. Correo-e: drdanielmedina@gmail.com. Fecha de recepción: 23 de abril de 2018. Fecha de aceptación: marzo de 2019. Para citar el artículo: DANIEL MEDINA GARCÍA. “El retiro de la acusación en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 39, n°. 106, enero-junio de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 55-102. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.03>

we make a study of the accusation and its vicissitudes in our procedural order for concluding that this unilateral decision is not admissible.

Keywords: Accusation, Abdication of the Accusation, Models of State, Norms and constitutional Principles, Criminal Procedural Order, Viability of the Accusation, Discretion to Accuse.

INTRODUCCIÓN

En nuestro Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) hay una regulación de la acusación penal, su trámite, su contenido y sus vicisitudes; sin embargo, la práctica del Derecho siempre va a ser un ejercicio complejo que se topa con eventualidades no previstas en ningún catálogo normativo y que desbordan los supuestos de toda normatividad. El retiro de la acusación es una actuación que no se encuentra regulada en nuestro CPP pero es bastante recurrente en la práctica, por tanto debe ser discutido de una manera seria, pues hay ocasiones en las que, a pesar de que se hubiera acusado, la parte acusadora puede reconsiderar su decisión y estimar que el acusado no debería ser condenado por los cargos que se le endilgan.

Esto puede ocurrir cuando se formulan cargos y posteriormente hay un cambio jurisprudencial que influye en el fundamento de la acusación; cuando, al conocer otros elementos de prueba, el acusador cambia de opinión y considera que su pretensión de condena penal no es procedente; cuando se presenta un cambio transitorio o permanente de fiscal y el nuevo funcionario determina que no se debe condenar al acusado; cuando la parte que presentó la acusación revisa con mayor atención el asunto y se convence de que no hay mérito para acusar; cuando después de haber formulado la acusación el ente acusador evidencia defectos procesales que harían inviable el proceso, o simplemente cuando después de haber acusado se observa que hay soluciones más convenientes que sancionar penalmente al acusado, entre otros casos.

Estar convencido de darle continuidad a una acusación presentada es un asunto importante, toda vez que persistir en una acusación y acometer todo un proceso penal contra una persona sin estar seguro de que debe ser condenada es un despropósito ético, un agravio contra el acusado y un daño antijurídico que podría generar responsabilidad patrimonial imputable al Estado. Por otra parte, retirar la acusación es una decisión problemática, ya que no permite saber cómo queda la situación jurídica de los acusados que no saben si se terminó el proceso o no; no aclara si hay un escenario procesal para que las víctimas puedan oponerse a la decisión de la Fiscalía; y puede propiciar que se formulen acusaciones sin rigor y fundamentación solamente para frustrar solicitudes de libertad por vencimiento de términos o para presionar al acusado a aceptar cargos con la tranquilidad de poder retirar la acusación en caso de no obtener una aceptación de cargos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha tratado de aclarar este tema con pronunciamientos como el de la providencia sin salvamento de voto del 31 de marzo de 2008 en el Proceso n.º 29335, en la que dijo que “la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla”, es decir, *no es procedente el retiro de la acusación por parte de la Fiscalía*; sin embargo, la misma Corte, en la sentencia sin salvamento de voto de marzo 13 de 2008 del Proceso de n.º 27413 (mismo mes y año que la anterior providencia), señaló que “En el sistema regulado por la Ley 906, la Fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión”, es decir, *sí es procedente el retiro de la acusación por parte de la Fiscalía*.

En vista de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia concilió estas posturas disímiles de manera salomónica mediante la Sentencia del Proceso 38.256 del 21 de marzo de 2012, diciendo que la Fiscalía puede retirar el escrito de acusación hasta antes de la audiencia de formulación de acusación, porque “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”. Pero si después de la audiencia en que se formula acusación el ente acusador considera que no hay mérito para acusar, no podría retirar la acusación y debe solicitar y practicar pruebas, adelantar un juicio oral y pedir la absolución del acusado, porque después de adelantada la audiencia de formulación de acusación “se impone el adelantamiento del juicio y en estricto sentido no hay lugar al retiro de cargos, sino a la petición de absolución”.

Aunque la Corte Suprema de Justicia tomó una decisión que armoniza los distintos criterios sobre la procedencia del retiro de la acusación y ha reiterado dicha decisión, consideramos respetuosamente que es una solución que desgasta la Administración de Justicia porque obliga a la Fiscalía y al acusado a afrontar un juicio y un proceso completo a pesar de estar convencidos de la inocencia del acusado. A esto debemos agregar que la Corte Constitucional ha sostenido, mediante sentencias como la C-025 de 2010, *que la Fiscalía no puede retirar la acusación presentada*, lo cual no disipa la inseguridad jurídica que hay frente al tema, porque dos altos tribunales dan opiniones y soluciones contradictorias a un mismo asunto y una de ellas ha tenido posiciones distintas para aclarar el tema en discusión.

Con este panorama, antes de decir de una manera apresurada que nuestro sistema de tendencia acusatoria le da poder dispositivo al ente acusador para formular, retirar o disponer de su acusación, asumimos como tareas importantes aclarar si es viable o no el retiro de la acusación en nuestro Estado y determinar si esta actuación es o no adecuada e indispensable para evitar un juicio cuando la parte acusadora está convencida de que no se debe condenar al acusado.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LA ACUSACIÓN Y SU RETIRO

Para abordar este estudio, consideramos útil exponer lo que significa la acusación y el retiro de la acusación dentro de un proceso penal sin describir la regulación de la acusación en nuestro CPP, para delimitar el objeto de estudio de este trabajo y después sustentar nuestra postura respecto de la procedencia o improcedencia del retiro de la acusación en la regulación colombiana.

1. ACUSACIÓN EN UN PROCESO PENAL

En el marco de un proceso penal, la acusación es un señalamiento por un sujeto competente mediante la cual se afirma ante una autoridad judicial competente que alguien es responsable penalmente por la comisión de un hecho punible a título de autor o partícipe; con este señalamiento se inicia, formaliza e impulsa un juicio y se delimitan los asuntos que van a debatirse en un juicio dentro de un proceso penal. Aparte de ser un señalamiento y acto de impulso, la acusación es una petición para que se declare que la parte acusada es penalmente responsable y se le imponga una consecuente sanción penal¹.

La acusación debe contener una mínima individualización de los acusados y una descripción de los hechos punibles, estar precedida por una investigación que apunte a que los acusados cometieron unas conductas punibles (juicio fáctico) y contener una calificación jurídica de las conductas que el acusador indica que se cometieron. Si la acusación está precedida de una investigación, es apenas lógico que deba contener una enunciación mínima de los elementos probatorios que dan sustento fáctico a la misma, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a una acusación sin sustento o ante una acusación secreta que no puede ser aceptada dentro de un proceso penal, porque toda acusación penal por naturaleza debe estar fundamentada y debe ser pública para el acusado². Si esto falta, nos encontraríamos ante una simple imputación deshonrosa dirigida indiscriminadamente y carente de validez y admisibilidad dentro de un proceso penal.

La acusación penal es una reacción legítima y una herramienta del Estado para desarrollar su política criminal; por consiguiente, no puede ser entendida solamente como un señalamiento o una pretensión de castigo sino también como una potestad pública que por regla general es oficiosa, dirigida contra conductas punibles, ejecutada por un sujeto competente y presentada ante una autoridad judicial competente.

1 ROXIN, CLAUS. *Pasado, presente y futuro del proceso penal*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pp. 20 y ss.

2 Artículos 9.2 y 14.3 del PIDCP y artículo 8.2.B de la CADH.

2. RETIRO DE LA ACUSACIÓN

Teniendo claro a qué nos referimos al hablar de acusación penal, huelga explicar que el retiro de la acusación es un acto unilateral, que no depende de otra autoridad o de algún sujeto distinto de la parte acusadora. Este retiro se lleva a cabo para retrotraer la acusación formulada y sus efectos, renunciar a las peticiones del ente acusador y dejar de perseguir penalmente al acusado de manera permanente o transitoria. Este acto puede llevarse a cabo por distintas razones, como considerar que no es procedente continuar con el ejercicio de la persecución penal, querer corregir defectos procesales que impedirían que prospere la acusación, solucionar el conflicto que suscita el delito de una manera distinta a la sanción penal o por la simple decisión de no querer continuar con la acusación.

3. PROCEDENCIA DEL RETIRO DE LA ACUSACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES

El retiro unilateral de la acusación no es una actuación que recibe igual acogida en todos los ordenamientos jurídicos, en algunos Estados puede tener mayor aceptación la figura del retiro de la acusación que en otros, sin que por ello se concluya que hay países con un proceso penal mejor diseñado que otros. Hay Estados que ven procedente el retiro de cargos por decisión unilateral del ente acusador, otros que no lo ven procedente, y también hay Estados que ven procedente esta facultad en determinados casos.

A. Proceso penal peruano

Hay Estados como el peruano que admiten el retiro de la acusación por parte del ente acusador cuando, después de haber practicado la prueba, el Ministerio Público considere que no es procedente una condena penal. En el proceso penal peruano el fiscal puede practicar las pruebas que sustentan su acusación, pero si después de la práctica de pruebas se convence de que no es procedente la condena penal, puede retirar la acusación en la audiencia de juicio y con ese acto obtener una decisión que en la práctica absuelve al acusado; de hecho, en los eventos en que el acusador retira los cargos puede suceder que el juez considere que sí hay lugar a una condena penal, pero, a pesar de esto, el Ministerio Público Fiscal como institución puede insistir en que se retiren los cargos y se obtenga una decisión con efectos absolutorios que prevalecerá sobre la opinión que hubiera querido tomar el juez penal.

Para observar mejor el trámite que se debe surtir para retirar la acusación es conveniente observar lo que establece el Código Procesal Penal peruano en la etapa de los alegatos de juicio:

artículo 387. alegato oral del fiscal.

(...)

4. Si el Fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación. En este supuesto el trámite será el siguiente:

a) El Juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles.

b) Reabierta la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa.

c) Si el Juzgador discrepa del requerimiento del Fiscal, elevará los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior.

d) La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador.

B. Proceso penal federal en Estados Unidos

En otros casos, como en el proceso penal federal de Estados Unidos, el acusador tiene más autonomía en la decisión de acusar, no acusar, desistir de la acusación o modificarla por una menos gravosa así se tenga el convencimiento de la comisión de un delito grave (*felony*) por parte del procesado. En el proceso penal federal de Estados Unidos, el ente acusador tiene discrecionalidad de llegar a negociaciones de culpabilidad y colaboración con la justicia que en la práctica pueden conllevar un desistimiento material de la pretensión de sanción penal del Estado por razones de política criminal del Estado y de favorecimiento al interés público. En estas negociaciones, la Fiscalía y el acusado “pueden privar al tribunal de las posibilidades de explorar ampliamente los hechos y el derecho de que goza cuando la culpabilidad es controvertida”³.

En Estados Unidos, la Fiscalía tiene la potestad de perseguir penalmente a través de una formulación de acusación (*Indicment* cuando se aprueba por un gran jurado o *information* cuando lo hace el Fiscal). Sin embargo, la Fiscalía también goza de una

3 GOLDSTEIN, ABRAHAM. La *discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, Revista *lecciones y ensayos*, número 49, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 26.

discrecionalidad para no acusar o acusar y después hacer negociaciones de culpabilidad con el acusado, y de esta forma, desistir o atenuar la persecución penal cuando se considere, de acuerdo con las reglas de política criminal para la persecución penal o *principles of federal prosecution*, que con la acusación no se satisface ningún interés político criminal relevante o que la acusación no es el medio de control de la criminalidad más adecuado, entre otras razones⁴.

Esta facultad de disposición de la acción penal es generalmente respetada y respaldada por la institucionalidad de Estados Unidos porque se considera que la división de poderes les impide a los jueces invadir injustificadamente la función del ejecutivo de perseguir el delito y porque la intervención del juez para obligar a continuar con un juicio puede afectar la reserva de las investigaciones que maneja el ente acusador. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, en el proceso federal de los Estados Unidos no se considera que al abstenerse a perseguir el delito se vulnere el derecho de alguien, pues, para ellos, no hay ningún sujeto procesal distinto de la Fiscalía que esté legitimado para exigir que se adelante la persecución penal y se imponga una pena⁵.

En el ejercicio de esta discrecionalidad para acusar, no existen normas legales o reglamentarias que impidan una renuncia a la persecución penal, así haya pruebas que demuestren la comisión de un delito. Desde 1970, se ha abogado por un papel más activo del juez para controlar que las negociaciones de culpabilidad que implican en la práctica una renuncia a la acción penal⁶; sin embargo, las intervenciones de los jueces no van encaminadas a restringir la discrecionalidad en las decisiones del ente acusador, sino a garantizar que con la discrecionalidad se satisfaga el interés público y que no cometan arbitrariedades⁷.

C. Proceso penal chileno

El proceso penal chileno permite retirar la acusación, en virtud de un principio de oportunidad, por motivos distintos a la improcedencia de la acusación o la inconveniencia político-criminal de la sanción penal. En este proceso los fiscales pueden desistir de la acusación presentada para descongestionar la Administración de Justicia al considerar que la persecución penal es poco relevante o tiene poco impacto en la sociedad. El artículo 170 del CPP chileno dice sus incisos 1 y 2:

4 GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; ESPARZA, IÑAKI; PÉREZ, MARÍA ÁNGELES; PLANCHADELL, ANDREA y GÁNEM, ESKÁNDAR, *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 159-160.

5 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *El sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 197-202.

6 GOLDSTEIN, ABRAHAM, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

7 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere. (...).

A pesar de lo anterior, esta facultad de renunciar a la acusación debe estar sometida a un control de legalidad para que no haya abuso de esta facultad discrecional, y de evidenciarse que la decisión de renunciar a la acusación es ilegal, el juez de garantías ordenará proseguir con la acción penal, a renglón seguido de la cita hecha, la primera parte del inciso 3 del artículo 170 dice:

(...) Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal (...).

D. Proceso penal en Alemania

El proceso penal alemán tiene una discrecionalidad mucho más moderada para disponer de la acusación; en este proceso la acción penal inicia con la presentación escrita de la acusación⁸ y después de esto solo se puede renunciar unilateralmente a la misma cuando se trate de un desistimiento de la acusación privada o cuando el ejercicio de la acusación “provocara el peligro de una grave desventaja para la República Federal de Alemania, o cuando se opusiera a la persecución de otros intereses públicos superiores” en los eventos en que se persiguen los delitos descritos en “el artículo 74 a, ap. (1) Nr. 2 a 6, y en el artículo 120, ap. (1), Nr. 2 a 7, de la Ley Orgánica de los Tribunales”⁹. En los demás casos, se podrá renunciar a la acusación formulada siempre y cuando se solicite ante un juez competente y se demuestre que la acción no es procedente o no

8 GÓMEZ COLOMER, JOSE LUÍS. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 153.

9 *Ibíd.*

es conveniente político- criminalmente, pero solo por los motivos y los supuestos que prevé de manera taxativa el CPP alemán, en estos casos solo se podrá renunciar a la persecución penal por decisión de juez competente, no del órgano acusador.

E. Proceso penal para adultos en España

En el proceso penal español para delitos cometidos por adultos¹⁰ la Ley de Enjuiciamiento Criminal limita la renuncia a la persecución del delito al desistimiento de la víctima en las faltas más leves (artículo 962.1) y se impide al Ministerio Fiscal renunciar a la acción penal por razones de política criminal, pues no está prevista la discrecionalidad o el principio de oportunidad para renunciar a la acción penal¹¹. Desde otro punto de vista, en el evento en que el acusador en el proceso español desee cesar con el ejercicio de la acción penal en los casos en los que considera que no es procedente la acusación porque no se pueda declarar la responsabilidad penal de los acusados, no sería suficiente para cesar con la acusación presentada la decisión unilateral de retirar cargos, pues se exige la ocurrencia de algún supuesto de hecho regulado en la ley, la solicitud de sobreseimiento de la acción penal y la verificación del supuesto de hecho y decisión de aprobación de la solicitud por parte de un juez competente (sobreseimiento del proceso)¹².

F. Conclusión de los ejemplos

De lo visto hasta el momento se advierte que la procedencia del retiro de la acusación no es igual en todos los ordenamientos jurídicos, y aunque en algunos es procedente por razones de legalidad (Perú), de política criminal (Estados Unidos) o de eficiencia judicial (Chile), de los pocos ejemplos reseñados observamos que no es procedente en todos los Estados, y en los Estados donde es procedente, no siempre es procedente por las mismas razones; por tanto, para determinar si el retiro de la acusación es admisible en nuestro proceso penal es necesario estudiar los rasgos distintivos de nuestro Estado y de nuestro ordenamiento jurídico.

II. LA INFLUENCIA DEL MODELO DE ESTADO EN LA FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN

La acusación es una manifestación del poder del Estado y una forma de ejecución de su política criminal¹³; esta actuación se desarrolla en el marco del proceso penal

10 Para esta referencia no se tienen en cuenta el proceso por faltas, en el que la Ley de Enjuiciamiento Criminal previó discrecionalidad para no perseguir algunas faltas menores (artículos 963 y 964), ni el proceso penal de menores (Ley Orgánica 5 de 2000 de España).

11 ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 36-40.

12 RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 272 a 274.

13 URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *El control de la acusación*, Externado de Colombia, 2013, p. 23.

y por medio de ella se persiguen y castigan los comportamientos que el Estado califica como dignos de reproche penal. Al ser esta una actuación legítima del Estado o patrocinada por este, debe estar influenciada por los valores que orientan el ejercicio del poder político que podemos encontrar en la parte axiológica y dogmática de la Constitución.

Aunque la parte axiológica de la Constitución es abstracta y no impone reglas precisas y exigibles, en ella se observan los valores que modulan la forma en que el Estado debe cumplir sus funciones, y por ello el proceso penal colombiano y todas las actuaciones que lo componen¹⁴ deben observar el contenido axiológico del Estado. Nuestro modelo de Estado está determinado por las siguientes cláusulas que modulan la forma en que el Estado debe funcionar:

1. ESTADO DE DERECHO¹⁵

La cláusula de Estado de Derecho busca que el poder político se ejerza de manera ordenada, respetuosa de los derechos y garantías fundamentales, y justa y responsable. Este modelo político tiene unos pilares estructurales¹⁶ como i) el sometimiento de todo poder político al Derecho; ii) la división del poder público con control por parte de la Administración de Justicia, y iii) el respeto a las libertades públicas, los derechos humanos y las garantías fundamentales.

Con el sometimiento del poder político al Derecho se busca que las autoridades actúen conforme a la ley y por procedimientos establecidos previamente en esta; que no se limiten ni vulneren los derechos de los ciudadanos de manera arbitraria, innecesaria o injustificada; y que se trate de manera igualitaria a todos los ciudadanos con leyes impersonales y abstractas¹⁷⁻¹⁸. Esto tiene implicaciones para la persecución penal, pues en un Estado de Derecho la acusación, su trámite y sus vicisitudes solo podrían desarrollarse en el marco de un proceso regulado en la ley; por las autoridades que dispone la ley; por los casos establecidos en la ley; para los destinatarios establecidos en la ley, y por los procedimientos establecidos en la ley para proteger al ciudadano de arbitrariedades.

14 El profesor Urbano Martínez afirma con razón que los componentes del proceso penal no pueden ignorar y deben compartir las finalidades del proceso. (José Urbano Martínez, *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad* en *Revista de Derecho penal y criminología número 80*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006 pp.114 y 115).

15 Constitución Política, artículo 1.

16 VILLAR BORDA, LUIS. *El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho* en *Revista de derecho del Estado número 20*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 76.

17 CHEVALIER, JACQUES. *El Estado de Derecho*, traducción Oswaldo Pérez Orozco, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, páginas 17 y 18.

18 FIORAVANTI, MAURICIO. *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*, Trota, Madrid, 2001, p. 133.

Por otra parte, la división y control recíproco de poderes impone que las decisiones políticas y administrativas más trascendentales del Estado estén sometidas a un control realizado por la Administración de Justicia, pues la independencia de la rama judicial garantiza que las decisiones políticas del Estado van a respetar los derechos y garantías de los ciudadanos y serán controladas efectivamente. Aunque en Colombia la función de acusar está atribuida a una autoridad judicial¹⁹, es una expresión de la política criminal del Estado; por tanto, debe ser controlada por una autoridad judicial independiente, pues ello asegura una separación material de poderes²⁰ y un control judicial efectivo.

2. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA DIGNIDAD HUMANA

De nuestra Constitución se infiere que la prioridad máxima del Estado es asegurar “la primacía de los derechos inalienables de la persona” y la dignidad humana, como se observa de los artículos 1, 2, y 5, entre otros. Esto implica que nuestro Estado reconoce unos derechos immanentes a los seres humanos y se compromete a defenderlos y garantizar su ejercicio efectivo; por tanto, las actuaciones del Estado se deben desarrollar teniendo claro que los principales objetivos del Estado y el ordenamiento jurídico deben ser proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales y mantener de las condiciones que permitan su disfrute.

Desde esta perspectiva, la acusación penal no solo sería la ejecución de una competencia legal, sino una actuación que busca proteger derechos de los involucrados en un proceso; por ello, cuando el ente acusador formule o disponga de la acusación debe tener en cuenta que se está disponiendo de una herramienta de protección de derechos fundamentales y de restablecimiento del derecho.

Además de lo anterior, debemos recalcar que la Constitución Política se funda en el reconocimiento y la defensa de la dignidad humana²¹, entendida esta como un atributo de la persona para actuar y desenvolverse con autonomía²², y que adquiere relevancia en la vida en sociedad, es decir, en el trato con otras personas²³ o con las autoridades. Un Estado fundado en la dignidad humana solo puede buscar el bienestar

19 Constitución, Artículo 116.

20 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, segunda parte, Giro Editores Ltda., Bogotá, 2009, pp. 56-58.

21 RESTREPO OSPINA, ADRIANA. *Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana*, en *Revista diálogos de derecho y política*, número 6, Universidad de Antioquia, 2011, p. 4.

22 Corte Constitucional, sentencia T 881 de 2002

23 HOYOS, ILVA MYRIAM. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pp. 194 y 199.

y el desarrollo individual y colectivo del ser humano²⁴ y no debería inmiscuirse innecesaria e injustificadamente en el desarrollo de la autonomía de la persona; por el contrario, debería “entenderlo como sujeto capaz de orientarse”²⁵ y permitir su desarrollo en tanto no afecte los derechos de los demás ni las condiciones que aseguren el goce de los mismos.

De lo anterior se entiende que la persecución penal de nuestro Estado no debe dedicarse a reprimir conductas que hagan parte de la esfera de autonomía personal y que no afecten gravemente los derechos de otras personas o las condiciones de seguridad que permiten el disfrute de estos. Así mismo, cuando con un delito se afecten únicamente intereses individuales de la víctima y no intereses públicos o colectivos, la persecución penal del Estado debería supeditarse a la decisión de la víctima de que se continúe o se renuncie a la acción penal, porque el respeto a la dignidad humana implica reconocerle a la víctima la facultad de resolver sus conflictos personales de la forma que crea más adecuada.

3. ESTADO SOCIAL

El Estado de Derecho privilegió la autonomía de la persona, la aplicación estricta de la ley y la intangibilidad de los intereses individuales centrándose en regular las relaciones entre el individuo y el Estado sin tener en cuenta que las relaciones sociales pueden generar injusticias que materialmente impiden el goce de los derechos fundamentales²⁶. Como respuesta a estas carencias el Estado Social propendió por una participación más activa del Estado en las relaciones sociales para perseguir la satisfacción del interés general asegurar condiciones materiales que hagan posible el goce efectivo de los derechos fundamentales²⁷.

La cláusula de Estado Social se refleja en el proceso penal en aspectos como la intervención activa del Estado para proteger los derechos de las víctimas y buscar una solución eficiente a los conflictos sociales que produce el delito, esto último flexibilizando la rigidez de la aplicación la ley para morigerar los efectos punitivos de la sanción penal, o incluso renunciando a la persecución penal de ciertas conductas para favorecer otros intereses, como la descongestión de la Administración de Justicia, la aplicación eficiente de la política criminal y la solución de conflictos sociales con medidas más útiles que la imposición de la pena.

24 BENDA, ERNESTO; MAIHOFFER, WERNER; HESSE, KONRAD y HEYDE, WOLFGANG. *Manual de Derecho constitucional*, traducción Antonio López, Marcial Pons, Edición 2, Madrid, 2001, pp. 119 y 120.

25 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Introducción al Derecho penal constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, p. 71.

26 VILLAR BORDA. LUIS, op. cit., p. 83.

27 BALDASARRE, ANTONIO. *Los derechos sociales*, traducción Santiago Perea La Torre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 27.

4. ESTADO DEMOCRÁTICO, PARTICIPATIVO Y PLURALISTA

La configuración del Estado como democrático, participativo y pluralista es un buen complemento al Estado Social de Derecho; en este punto compartimos la opinión del constitucionalista Manuel García Pelayo cuando afirmó que mientras el Estado de Derecho resuelve “el problema de cómo se ejercen las funciones del Estado, la democracia responde a la cuestión de quién las ejerce”²⁸. Es sabido que la democracia permite decidir el destino de los asuntos del Estado a los ciudadanos; por esto, los artículos 1 y 2 de la Constitución Política resaltan que es un deber del Estado y un derecho de sus ciudadanos contar con espacios de participación para decidir sobre la vida política, económica y social, toda vez que la participación de los ciudadanos es transversal a todos los asuntos del Estado²⁹, incluyendo la Administración de Justicia.

En un Estado Democrático el proceso penal debe contar con opciones para que la ciudadanía pueda participar, y por tal razón, consideramos que es entendible que en el proceso penal se permita para ciertos delitos una participación directa de los procesados y las víctimas para solucionar sus conflictos penales sin la intervención del Estado y que se les permita a las víctimas que en ciertos delitos puedan iniciar el ejercicio de la acción penal o renunciar a la misma.

5. ESTADO ABIERTO A LA GLOBALIZACIÓN

El Estado Colombiano tiene un sistema normativo abierto a la globalización, en especial en temas relativos a derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y los principios generales de Derecho internacional³⁰. Consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico se ha reconfigurado para adoptar determinadas regulaciones con vocación de universalidad y reconocer competencia a autoridades internacionales para aplicar e interpretar el Derecho adoptado³¹. En este sentido, el funcionamiento del Estado no se somete únicamente a la ley interna, sino que también se somete al Derecho internacional, y en especial a los tratados de derechos humanos y DIH, toda vez que estos son límites infranqueables para el poder estatal³² y vinculan a todos los órganos y autoridades del Estado.

28 GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 169.

29 YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho Constitucional Colombiano, edición 13*, Legis, Bogotá, 2014, pp. 71-78.

30 Constitución Política artículos 9, 53, 93 y 214.

31 RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. *Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización*, en *El Derecho en el contexto de la globalización*, coordinador Gonzalo Ramírez Cleves, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 202 a 204.

32 PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 27.

Nuestra Constitución ha incluido en el ordenamiento tratados de derechos humanos y DIH no previstos en la Constitución³³ reconociéndoles una aplicación prevalente sobre las normas del ordenamiento interno³⁴ y ha admitido la necesidad de tener en cuenta los pronunciamientos de órganos internacionales que interpretan tratados internacionales y marcan parámetros de interpretación de estas normas³⁵. Sin embargo, es menester aclarar que en materia de protección a derechos humanos y DIH se aplica el principio de progresividad, en virtud del cual los Estados deben aplicar de manera preferente el ordenamiento interno cuando el Estado prevea un nivel de protección mayor de los derechos humanos y el DIH³⁶.

Las normas vinculantes de Derecho internacional tienen implicaciones de hondo calado en el ejercicio de la acusación, pues algunos tratados de derechos humanos y DIH ordenan sancionar penalmente graves delitos, lo que se traduciría en una prohibición insoslayable para nuestro Estado de renunciar a la acusación penal en estos casos; por otra parte, otros tratados que no son de derechos humanos o DIH ordenan sancionar penalmente ciertas conductas para tutelar intereses globales como la lucha contra el terrorismo, la lucha contra la criminalidad organizada, la protección de la biodiversidad, la seguridad en la diplomacia, la lucha contra la corrupción, la lucha contra el narcotráfico, la protección del orden económico, entre otros. En estos casos, el Estado también está obligado a sancionar penalmente y a no renunciar a la acusación; sin embargo, en estos casos el deber de sancionar penalmente no es tan absoluto y puede ceder ante otros intereses más valiosos, como la protección de derechos humanos, la búsqueda de la paz en un proceso de justicia transicional o la protección del interés superior de los niños en un principio de oportunidad contra un menor infractor, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado.

6. BALANCE DEL MODELO DE ESTADO

Reiteramos que los valores que subyacen del modelo de Estado solo son orientadores y no tienen una efectiva exigibilidad; sin embargo, de ellos podemos inferir que la persecución penal en nuestro Estado debe procurar cumplir las siguientes pautas,

33 GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS. *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 16.

34 Artículo 27 de la Convención de Viena del derecho de los tratados; y artículo 93 de la Constitución.

35 QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL. *El control de convencionalidad*, Temis, 2014, Bogotá, pp. 132-135. Compartimos la opinión de este autor en cuanto a la obligatoriedad de acatar los pronunciamientos de la Corte IDH; DANIEL O'DONNELL, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, pp. 57-62. Este autor afirma que los intérpretes autorizados de los tratados dictan pautas de interpretación del tratado de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

36 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria en Estudios de derecho penal y procesal penal*, Jorge Armando Otálora (coord.), Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2013, pp. 112 y ss.

sin llegar a afirmar que el incumplimiento de alguna de ellas acarrea una negación de nuestro modelo de Estado:

– La persecución penal ha de ceñirse estrictamente a un procedimiento previsto y detallado en la ley y a sus etapas y actuaciones también detalladas en la ley.

– El respeto a la división de poderes impone que la función de acusar deba estar separada de la de juzgar; además de esto, las decisiones más importantes en un proceso penal deben estar sujetas a un control judicial.

– La acusación y el proceso penal deben buscar la tutela y la protección de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso no solamente la declaración de responsabilidad penal y la imposición de una pena, por ello la renuncia a la acusación se entendería como una renuncia a unos derechos que en ocasiones no pertenecen al ente acusador sino a las víctimas.

– La persecución penal es una función pública, y, por tanto, el Estado no puede dejar de perseguir los delitos que debe perseguir, a menos que haya serios motivos fundados en la política criminal, la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia o el interés general que permitan flexibilizar la persecución penal.

– Se debe permitir a la víctima determinar la forma de solucionar los conflictos penales que solo la afectan significativamente a ella, inclusive cuando esto implique renunciar a la acción penal.

– Los compromisos internacionales de sancionar penalmente la comisión de ciertas conductas son vinculantes para el Estado, sus autoridades y sus habitantes; por tanto, se debe asegurar su cumplimiento, inclusive cuando ello impida renunciar a la persecución penal del Estado.

III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ACUSACIÓN PENAL

Una de las características más atractivas que tiene nuestro proceso penal es que su configuración no se le ha confiado de manera plena al legislador, sino que la Constitución también establece, mediante reglas y principios, pautas que debe tener nuestro proceso penal. De esta forma se intenta evitar que, como fruto de determinada contingencia política o de algún desenfreno populista, se configure el proceso penal desconociendo garantías y se exige que los elementos esenciales del proceso penal surjan de propuestas serias, respetuosas de los derechos y garantías fundamentales y con alta aceptación de la sociedad.

El marco constitucional del ejercicio de la acusación está establecido en las normas del bloque de constitucional en sentido estricto, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las disposiciones de nuestro texto constitucional. Estas

normas componen el marco constitucional de la acusación siempre y cuando se refieran a la función del Estado de perseguir penalmente el delito.

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES QUE CONFIGURAN EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN

En la Constitución hay varios principios que orientan el proceso penal. Estos principios son mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida posible y en cuanto lo permitan las posibilidades reales y jurídicas de la sociedad³⁷, y por tanto, no siempre son normas absolutas y sin excepciones. Sin desconocer la existencia y relevancia de otros principios constitucionales, consideramos que los siguientes principios influyen en mayor medida el ejercicio de la acusación penal:

1.1. Derecho a la tutela efectiva de derechos

Al hablar de tutela efectiva de derechos nos referimos al derecho de todo ciudadano a “obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, haya planteado ante”³⁸ las autoridades. Muchos doctrinantes han llamado a este derecho con el mote de tutela judicial efectiva; sin embargo, esta denominación no es la más adecuada porque se refiere a una tarea que no es privativa de la Rama Judicial sino de todas las autoridades del Estado.

Cuando la Fiscalía toma decisiones que afectan intensamente derechos fundamentales, como cuando formula una acusación, se encuentra obligada a hacer efectivos los derechos e intereses legítimos de los sujetos implicados en un conflicto penal, pues, aunque con la formulación de la acusación no se falla o resuelve ningún proceso, si la Fiscalía no cumple con las funciones de impulsar el proceso penal o solicitar la terminación del mismo no habría posibilidad de resolver fundadamente el proceso, así la víctima y el procesado suplirían justicia. Entre los contenidos esenciales del derecho a la tutela efectiva de derechos que tienen especial relación con la función de acusar podemos encontrar:

1.1.1. Acceso a Administración de Justicia

Este contenido se encuentra consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política³⁹ y se materializa cuando i) se garantiza la participación de los afectados por una decisión en la definición de sus derechos y obligaciones, ii) se evita la imposición

37 BERNAL PULIDO, CARLOS. *El derecho de los Derechos*, Externado de Colombia, 2008, p. 97.

38 RÚA, JHON y LOPERA, JAIRO. *La tutela judicial efectiva*, Leyer, 2002, Bogotá, p. 20.

39 Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (...).

de requisitos irrazonables y desproporcionados para acceder a la Administración de Justicia⁴⁰ y ii) se permite controvertir las decisiones a quienes sean afectados por las mismas.

La Corte Constitucional ha dicho que el derecho al acceso a la Administración de Justicia “garantiza a las personas que se encuentran en el territorio nacional, cuando crean haber sido víctimas de una conducta delictiva, que podrán acudir ante un funcionario judicial que investigará los hechos, y si es del caso, acusará ante el juez competente al sindicado de la acción ilícita”⁴¹. Este contenido se materializa en el ejercicio de la formulación de la acusación cuando se escucha y se garantiza su participación de la víctima y el procesado al acusar o renunciar a la acusación⁴²; y cuando se les permite controvertir las decisiones de la Fiscalía que afectan intensamente sus intereses.

1.1.2. Derecho a obtener una decisión de fondo

Otro de los contenidos esenciales del derecho a la tutela efectiva es el derecho a obtener la definición de los derechos y obligaciones de quienes acuden a las autoridades. Este contenido implica que las decisiones que tomen las autoridades i) respeten la expectativa legítima de que se tomarán decisiones de fondo y no decisiones inhibitorias, ii) tengan congruencia con la motivación que las fundamentó y iii) cuenten con estabilidad y seguridad jurídica⁴³.

Este contenido debe ser cumplido en las decisiones de los jueces, pero también en las de la Fiscalía, pues, cuando se le pone en conocimiento al ente acusador la ocurrencia de una conducta que tenga características de delito, la Fiscalía debe investigar de manera seria y determinar con certeza si inicia o continúa con la persecución penal o si renuncia a ella y no dejar a los intervinientes del proceso penal en la incertidumbre de no saber qué ocurrirá con el proceso.

1.1.3. Proceso sin dilaciones injustificadas

La Constitución en su artículo 29 señala que toda persona tiene derecho a un proceso “sin dilaciones injustificadas”. Este derecho se hace efectivo cuando los procesos se surten cumpliendo los términos establecidos y sin incurrir en trámites inútiles, y por eso consideramos que cuando la Fiscalía encuentre que no prosperará su pretensión punitiva por convencerse de que la misma no es conveniente o procedente,

40 PICÓ, JOAN. *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 45.

41 Sentencia T-386 de 1995.

42 MONTOYA, CAMILO. *La protección de la víctima en el sistema penal acusatorio*, en *El sistema penal acusatorio en el contexto colombiano*, Universidad Libre, Bogotá, 2009, pp. 373 y 375.

43 SUÁREZ, ALBERTO. *El debido proceso penal, edición 2*. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 308-309.

no debería insistir en la persecución penal, sino optar por salidas menos costosas, dilatorias, engorrosas y complejas que un juicio oral completo.

1.2. Debido proceso

En un Estado constitucional, el debido proceso no puede ser definido como una simple “sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente, en la oportunidad y el lugar debidos, con las formalidades legales” sino que además debe contar con un cúmulo de garantías y derechos fundamentales y tener como finalidad la eficacia de la justicia material⁴⁴. Este debido proceso es un principio fundamental con jerarquía constitucional⁴⁵ que tiene una especial relevancia en el desarrollo del proceso penal⁴⁶, y determina las actuaciones que desarrollan sus sujetos e intervinientes.

El cumplimiento del principio fundamental del debido proceso exige que las autoridades judiciales tomen las medidas necesarias para corregir vicios procesales o declarar la nulidad de las actuaciones que vulneren derechos o garantías fundamentales⁴⁷; por lo anterior, es esperable que al presentarse una acusación que incumpla los contenidos del debido proceso, las autoridades judiciales deban hacer prevalecer el debido proceso inadmitiendo, rechazando o anulando la acusación formulada que no esté conforme con el debido proceso.

El debido proceso tiene unos contenidos con relevancia constitucional que requerirían tratados enteros para ser explicados; sin embargo, consideramos útil hacer una breve referencia a los contenidos que consideramos que influyen en mayor medida en la formulación y en los actos de disposición de la acusación.

1.2.1. Legalidad formal y favorabilidad

El principio de legalidad es una garantía de que los asuntos que se resuelvan en un proceso penal se tramitarán de conformidad con la legislación vigente para el momento en que se cometió el hecho juzgado y cumpliendo rigurosamente las normas de competencia y los procedimientos establecidos en la ley; salvo que otra normatividad procesal posterior dé un trato más favorable al procesado⁴⁸.

44 SUÁREZ, ALBERTO. *El debido proceso penal, edición 2*. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 193.

45 BERNAL, CARLOS, *op. cit.*, pp. 334 y ss.

46 Constitución, artículo 29.

47 URBANO, JOSÉ JOAQUÍN. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, segunda edición, Nueva Jurídica, Bogotá, 2013, p. 70.

48 Constitución, artículo 29.

Esta garantía asegura que la investigación, la acusación y el juzgamiento se lleven a cabo de conformidad con la ley vigente, sin omitir etapas y actuaciones previstas en la ley y sin inventarse actuaciones o etapas no previstas en la ley. En nuestro ordenamiento jurídico no existe una diligencia, una etapa o una oportunidad para llevar a cabo el retiro de la acusación, por lo que observamos que esta es una actuación cuestionable, de cara a este contenido fundamental del debido proceso.

1.2.2. Derecho de defensa

El derecho de defensa es entendido como la facultad que tiene todo sujeto procesal de defender sus posturas, argumentos e intereses propios y oponerse a las pretensiones que afecten o contradigan sus intereses⁴⁹. La titularidad del derecho de defensa no es privativa del acusado sino de los sujetos procesales que defienden sus intereses legítimos en el proceso, y por tanto podemos indicar que la víctima también es titular del derecho de defensa⁵⁰.

Si bien la Constitución establece que la Fiscalía debe velar por los derechos de la víctima⁵¹, no siempre los intereses de la Fiscalía son los mismos que los de la víctima, pues la política criminal de un Estado no se puede supeditar únicamente a los intereses de la víctima, y más cuando la víctima cuenta con acciones distintas a la penal para satisfacer gran parte de sus intereses. En ejercicio del derecho de defensa, el acusado o la víctima pueden apartarse y controvertir las decisiones de la Fiscalía cuando en su criterio se vulneren o desamparen indebidamente sus intereses legítimos, como puede suceder con las decisiones formular o renunciar a la acusación.

1.2.3. Publicidad

La publicidad es un atributo del proceso penal que posibilita que la sociedad y los sujetos procesales conozcan los cargos formulados y que estos últimos puedan controvertirlos⁵². Uno de los costes de la publicidad del proceso es la afectación que el proceso causa en el buen nombre y la honra del procesado y la víctima, por ello es entendible que si la acusación se hace de manera pública la decisión de renunciar a la acusación también deba ser pública, de tal forma que se controle dicha decisión por la sociedad y la víctima, y que la declaración de ausencia de responsabilidad penal del acusado sea igual de clara y pública que la acusación, pues es más transparente y justo un proceso en el cual un agravio, como la acusación, se dirige en audiencia

49 BERNAL, CARLOS, *op. cit.*, p. 368.

50 Corte Constitucional, Sentencia c 454 de 2006.

51 Constitución, numeral 7 del artículo 250.

52 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *El debido proceso en la jurisprudencia constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional*, coordinador EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 429; y SUÁREZ, ALBERTO, *op. cit.*, p. 297.

pública y la posterior retractación que reivindica el buen nombre del acusado también se hace en público y no en privado.

1.2.4. Funcionario competente

La Constitución prescribe que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”⁵³ y complementa que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”⁵⁴. En un proceso penal esto garantiza que las decisiones como la formulación de una acusación, la determinación de la responsabilidad penal solo podrán tomarse por parte de autoridades facultadas para ello y no por funcionarios que pretendan extralimitarse en sus funciones o abusar de su poder. De este contenido podemos concluir que así como la Fiscalía no puede declarar si una persona es responsable penalmente por la comisión de un delito, tampoco puede tomar decisiones para declarar que el acusado no es responsable de un delito, pues, aunque nuestra Constitución radicó en “la Fiscalía la titularidad para el ejercicio de la acción penal, la suerte de la misma y la definición del proceso se adscribió al juez”⁵⁵, es decir, el juez es el funcionario competente para declarar que el acusado no es responsable penalmente por la comisión de un delito.

1.2.5. Funcionario independiente y autónomo

La autonomía e independencia judicial es una garantía de que las autoridades que cumplen funciones judiciales dictaran sus resoluciones orientadas únicamente por la ley, su criterio jurídico y la valoración que hagan de las pruebas, para que sus decisiones no se vean determinadas o influidas por presiones externas, políticas, económicas, mediáticas o de otra índole que impidan decidir en Derecho⁵⁶.

Aunque la Fiscalía hace parte de la Rama Judicial su autonomía e independencia para actuar se ve limitada por los principios de jerarquía y unidad de gestión, pues para que la Fiscalía funcione de manera eficiente sus fiscales tienen que obedecer las pautas que dicte la entidad y trabajar de forma articulada y coordinada con el resto de la institución. Sin embargo, el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución afirma que en la Fiscalía rigen los principios de jerarquía y unidad de gestión “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, de lo que se infiere que los principios de unidad de gestión y jerarquía encuentran su límite en la autonomía judicial que se les reconozca a los fiscales delegados⁵⁷.

53 Constitución, Artículo 121.

54 Constitución, Artículo 122.

55 Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2007.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

57 Corte Constitucional, Sentencia C-232 de 2016.

Estamos de acuerdo que para que la Fiscalía funcione de manera proactiva es muy conveniente que su parte administrativa, disciplinaria y funcional acate los principios de jerarquía y unidad de gestión; de hecho, en ocasiones estos principios deben habilitar a las directivas de la entidad a dictar metodologías de investigación y reasignar procesos que tengan ciertos fiscales⁵⁸; sin embargo, estos principios no deben determinar la forma como los fiscales valoran las pruebas ni fijar criterios de “interpretación de la ley y la Constitución, en aras de la garantía a la autonomía judicial”⁵⁹.

Por lo anterior, consideramos que en las actividades que impliquen valoración probatoria e interpretación de la ley, como la formulación de acusación o la solicitud de preclusión, los fiscales delegados cuentan con autonomía e independencia en sus decisiones, sin perjuicio de que las directivas de la Fiscalía puedan tomar decisiones como apartar al fiscal del proceso, pues las acciones que busquen privar de la libertad a una persona deben asumirse de manera responsable por los fiscales que las realizan, sin que los excuse alegar que solo estaban cumpliendo órdenes, y, por su parte, la Fiscalía debe entender que duele en la conciencia de un fiscal pedir cárcel para un acusado cuando se está convencido de que es inocente.

1.2.6. *Non bis in ídem*

Teniendo en cuenta que con la formulación de la acusación se da impulso e inicia el juicio⁶⁰, no debe ser admisible que se formule una acusación por un hecho por el cual ya se había formulado otra acusación previamente y, por ende, ya se había comenzado a juzgar, so pena de vulnerar el derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”⁶¹ o *non bis in ídem*. Para efectos del retiro de la acusación consideramos que, si ya se formuló una acusación ajustada a Derecho, el acusador no podría retirar la acusación para acusar nuevamente, porque la garantía *non bis in ídem* no permite juzgar un hecho por el cual ya se inició su juzgamiento, salvo que se declare la nulidad de la primera acusación que implica la declaración de inexistencia jurídica de la actuación.

1.3. Principio acusatorio en la Constitución

Es de consenso generalizado que el sistema procesal penal vigente en la Constitución fue un sistema con tendencia acusatoria, pero no un sistema acusatorio puro, pues existen rasgos que no son propios de un sistema puro, como la participación directa

58 MONTEALEGRE LINETT, EDUARDO y BERNAL CUÉLLAR, JAIME. *El proceso penal, Tomo I*. Edición 6, Externado de Colombia, 2013, pp. 637-644.

59 Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005.

60 Constitución, Artículo 250.4 de la y Título 3 libro 1 de la Ley 906 de 2004.

61 Constitución, Artículo 29.

de las víctimas⁶² y el Ministerio Público. Sin embargo, la adopción de un sistema con tendencia acusatoria es un esfuerzo por garantizar una mayor imparcialidad del juez, una limitación a los poderes de los órganos políticos para afectar derechos fundamentales y un remozamiento al derecho de defensa de los procesados que comienzan a actuar como pares del ente acusador.

El sistema acusatorio adoptado tiene aspectos distintivos que influyen en la formulación de la acusación, como i) la separación de los sujetos que acusan y juzgan o declaran la inocencia o responsabilidad penal⁶³, ii) la separación procesal de las etapas de acusación y de juicio, y iii) la tendencia a igualar las potestades de la parte acusadora y la acusada⁶⁴.

La Corte Constitucional ha sido vehemente al reiterar que la ausencia de las funciones que determinan la inocencia o la responsabilidad de la Fiscalía “se armoniza con los rasgos fundamentales del nuevo modelo de investigación y juzgamiento conforme al cual, no obstante radicar en la Fiscalía la titularidad para el ejercicio de la acción penal, la suerte de la misma y la definición del proceso se adscribió al juez, ya sea a través del control sobre la aplicación del principio de oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia”⁶⁵, “De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez”⁶⁶.

Respecto de la estructura de la formulación de la acusación, no desconocemos que en ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “la acusación de la Fiscalía comporta un todo complejo entre su escrito, la formulación en audiencia y el alegato al final del juicio oral”⁶⁷; sin embargo, esta es una condición impropia de un sistema que separa las etapas de acusación y de juicio oral, pues el alegato después de la práctica de la prueba hace parte del final del juicio oral, y reñiría con la lógica decir que la acusación se formula antes del juicio oral y que el alegato final hace parte de la acusación, afortunadamente esta postura ya fue revaluada⁶⁸.

62 Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2003.

63 Constitución, Artículo 250.

64 URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *El control de la acusación*, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 38-41.

65 Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2007.

66 Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de quince (15) de agosto de dos mil trece (2013), n°. 40.093.

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP6808-2016 del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Radicación n°. 43837.

1.4. Principio de legalidad material

El principio de legalidad material en el proceso penal es el imperativo para que el Estado cumpla lo previsto en el Derecho sustancial y, con ello, los fines del proceso penal en la ley⁶⁹, verbigracia, buscar la verdad material, hacer efectivo el Derecho sustancial, proteger los derechos e intereses legítimos de los intervinientes o solucionar el conflicto penal. Esto se cumple cuando, al cometerse conductas punibles, el acusador las investiga y acusa en todos los casos y sin excepción para cumplir lo previsto en la ley sustancial e imponer la consecuente sanción penal⁷⁰. De igual forma, pero en sentido contrario, este principio también prescribe que cuando se verifique que lo investigado no es una conducta punible, que las personas investigadas no son penalmente responsables, o que no es procedente por otras razones la persecución penal se deba buscar una declaración de no responsabilidad penal, lo cual se consigue mediante la absolución o la preclusión⁷¹.

Visto esto, concluimos que con el principio de legalidad se sustrae de los funcionarios la decisión de acusar e investigar los delitos y se asegura que todo delito tendrá la reacción del Estado prevista en la ley, ya que todas las conductas punibles tienen que ser investigadas y acusadas, aunque el funcionario que conozca el asunto no quiera hacerlo.

Para concluir con la breve explicación del principio de legalidad, reiteramos la afirmación de que los principios son mandatos de optimización que se pueden realizar en la medida que lo permitan las posibilidades reales y jurídicas. Puede ocurrir que en una situación particular un principio ordene algo, pero concurra otro principio que imponga una forma de actuar distinta, en este evento es necesario que uno de los principios ceda en determinada proporción para que se pueda aplicar el otro principio.

No obstante lo anterior, vale la pena aclarar que el principio de legalidad, como todos los principios, en ocasiones entra en tensión con otros intereses valiosos y algunas veces se impone frente a los otros intereses pero otras veces cede y se aplican los otros intereses. Esto puede ocurrir en casos como cuando el deber de sancionar penalmente entra en tensión con los derechos a la intimidad de las víctimas en los delitos querrelables o cuando un acusado esté dispuesto a colaborar con la Administración

69 BARBOSA CASTILLO, GERARDO. *Principio de legalidad y proceso penal en Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 78, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 113.

70 PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el Derecho Procesal Penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 21.

71 GUERRERO, OSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, pp. 40-41.

de Justicia a cambio de que no se le sancione penalmente y esa colaboración sea muy valiosa, en estos casos el deber de perseguir una conducta punible puede ceder ante la protección de la intimidad de las víctimas⁷² o ante el provecho que reporte la colaboración con la justicia de un acusado⁷³.

1.5. Principio de oportunidad o discrecionalidad en la acción penal

Es común para los Estados reconocer que es imposible judicializar todas las infracciones a la ley penal como lo pretende el principio de legalidad material y permitir la renuncia de la acción penal de manera discrecional, siempre y cuando esa renuncia obedezca a criterios de política criminal y no sea una renuncia motivada por la desidia y arbitrariedad del órgano acusador⁷⁴. Esta discrecionalidad para renunciar a la acción penal se ejerce en nuestro ordenamiento a través del principio de oportunidad que no es una licencia para denegar justicia, sino que es una herramienta para concentrarse en los hechos punibles que realmente exigen de una sanción penal y solucionar los otros delitos de una manera alternativa que sea más útil para satisfacer el interés general que la imposición de una pena⁷⁵.

El principio de oportunidad es una institución procesal que racionaliza y hace más eficiente la persecución de la delincuencia, flexibiliza la estricta legalidad para permitir la participación del delincuente y la víctima en la solución del conflicto, trae beneficios para la sociedad a cambio de renunciar a la imposición de una pena y eventualmente podría satisfacer en mayor medida los intereses de la sociedad, el Estado, las víctimas y los procesados, materializando de esta forma los propósitos de un Estado social y democrático como el nuestro. Por ello, consideramos que la aplicación del principio de oportunidad no puede ser una medida excepcional⁷⁶ ni entenderse como una denegación de justicia para no acusar⁷⁷.

Ejemplos en los que se pueden ver las bondades del principio de oportunidad se dan en delitos de menor gravedad como la omisión de agente retenedor, en los que se puede renunciar a la acusación a cambio de que el acusado cumpla sus obligaciones fiscales, satisfaciendo en mayor medida los intereses de la víctima; hasta en delitos de

72 MONTEALEGRE LINETT, EDUARDO y BERNAL CUÉLLAR, JAIME. *El proceso penal, Tomo II*. Edición 6, Externado de Colombia, 2013, p. 54.

73 PERDOMO TORRES, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

74 DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*, Universidad Libre, Bogotá, 2011, pp. 20-29.

75 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Editorial Nueva Jurídica, 2016, pp. 296-297.

76 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS. *La oportunidad como principio complementario (...)*, *op. cit.*, p. 67.

77 URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia número 80*, Universidad Externado de Colombia, pp. 121-125.

mayor complejidad en los que se puede renunciar a la acusación a cambio de colaboración para dismantelar organizaciones criminales. Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad exige el cumplimiento de unos requisitos constitucionales⁷⁸, como: i) concederse solo en determinadas causales de procedencia fijadas en la ley para evitar la arbitrariedad y discriminación⁷⁹, ii) aplicarse siguiendo la política criminal fijada por Estado y iii) estar sometido a un control judicial por parte de un juez de control de garantías para permitir la controversia de los sujetos procesales como la víctima y garantizar un control de legalidad de la actuación⁸⁰.

1.6. Principio dispositivo

Por principio dispositivo entendemos el mandato de hacer primar la autonomía privada de las partes que someten la solución de sus controversias a un proceso. Por ello se otorga a las partes la facultad de disponer del proceso para iniciarlo, impulsarlo o terminarlo⁸¹. Este principio es comúnmente aplicable en las controversias individuales, por eso autores muy autorizados han opinado que en un proceso penal, con pretensiones de orden público, los sistemas procesales solo pueden ser acusatorios o inquisitivos⁸² no dispositivos. A pesar de esto, hay conflictos penales en los que no se afecta de manera relevante el interés general, pero con el consecuente proceso penal si se afectan de manera intensa intereses individuales, como el derecho a la intimidad o el desgaste económico y emocional del agraviado; por tanto, es entendible supeditar la viabilidad de la acusación al consentimiento y a la decisión autónoma de la víctima.

Por otra parte, en el año 2011 se llevó a cabo una reforma constitucional al artículo 250 para prescribir que “Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima (...)”. Con esta reforma constitucional se allanó el camino para que la víctima afectada por un delito pudiera acceder directamente a la justicia y acusar penalmente o renunciar a la acusación, sin la intermediación de la Fiscalía en asuntos que solo le competan a la víctima y no al Estado ni a la sociedad.

78 Constitución, Artículo 250.

79 URBANO, JOSÉ JOAQUÍN. *El principio de oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal –Estado actual–*, en revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia número 74, Externado de Colombia, p. 196, 2003.

80 DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*, Universidad Libre, Bogotá, 2011, p. 81.

81 ROJAS GÓMEZ, MIGUEL. *La teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2002, Bogotá, pp. 301-302.

82 GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, 1985, Barcelona, p. 47.

No se puede decir que nuestro proceso penal se funda en el principio dispositivo; de hecho, su configuración constitucional propende por la realización de la justicia material y la oficiosidad de la acción penal, solo que hay ciertos delitos que apenas afectan de manera significativa a la víctima y no a la sociedad, pues en estos casos se mantienen facultades dispositivas para impulsar o renunciar a la acción penal.

2. BALANCE DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

De los principios constitucionales explicados podemos concluir lo siguiente:

- Con la formulación de la acusación se persigue justicia material, se trata de solucionar un conflicto y se tutelan derechos fundamentales de los involucrados en un proceso; por tanto, la decisión que declara la procedencia o la conveniencia de la acción penal la debe tomar un juez para asegurar la publicidad, la contradicción y la seguridad jurídica de la decisión.
- Los intervinientes en el proceso penal deben tener las posibilidades de participar, intervenir y controvertir las principales decisiones que se toman en el proceso penal y que ponen fin al proceso.
- Con la renuncia a la acción penal se desatienden unas pretensiones y derechos de las víctimas, no solo intereses que tienen como único titular al Estado.
- Cuando no sea procedente la acción penal no debería continuarse con un proceso completo o con un juicio oral, debería adelantarse un trámite más abreviado y simple.
- Cuando no se respete el debido proceso constitucional se deben reparar las irregularidades o hacer ineficaces las actuaciones irregulares a través de decisiones susceptibles de contradicción como las declaraciones de nulidad.
- Si se presentó una acusación y se inició un juicio, no se puede retirar la acusación e iniciar otro juicio por los mismos hechos con otra acusación, a menos que la primera acusación fuera declarada nula.
- Los jueces, los fiscales y demás sujetos procesales deben someterse a la ley y tomar sus decisiones por las vías procesales previstas en la ley, no inventarse actuaciones inexistentes, como el retiro de la acusación.
- La Fiscalía no tiene competencia para declarar la inocencia o la responsabilidad de un acusado ni terminar un proceso penal porque esa es una decisión de competencia de un juez.

- Es una obligación de la Fiscalía acusar cuando la acusación sea procedente y solicitar la preclusión cuando no sea posible desacreditar la presunción de inocencia del acusado, inclusive después de que se hubiera acusado.
- Cuando no sea conveniente continuar con la acusación, se puede tramitar el principio de oportunidad para renunciar a la persecución penal.
- Cuando el proceso penal se inicie por un conflicto que afecta intereses eminentemente privados, la víctima podría renunciar a la acción penal sin justificar su decisión.

3. LA ACUSACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

La acusación, en virtud del artículo 250 de la Constitución, se instituye como un deber constitucional de la Fiscalía al tener conocimiento de “hechos que revistan las características de un delito” siempre y cuando “medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. De este artículo constitucional también se observa que este acto de la Fiscalía debe contener por una exposición de “motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia” de un delito (hechos y una calificación jurídica⁸³); presentarse en un primer momento de manera escrita y ante el juez que cumpla las funciones de conocimiento; y con la actuación se deben entregar, por intermedio del juez de conocimiento, los elementos de prueba y la información legalmente obtenida con que cuente la Fiscalía, incluyendo lo que beneficie al acusado.

Este artículo de la Constitución, además de regular aspectos de la acusación, establece que cuando “según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar” es un deber de la Fiscalía solicitar la preclusión de la persecución penal. Esta norma constitucional no restringe la solicitud de preclusión, que materialmente es una solicitud de renuncia a la persecución penal, a alguna etapa del proceso penal ni a razones de Derecho sustancial (ausencia de responsabilidad penal) o a razones de Derecho procesal, siempre y cuando se evidencie que, a pesar de haber formulado acusación, “no hubiere mérito para acusar”. Además de esto, el artículo 250 señala que cuando la persecución penal de la Fiscalía sea procedente solo se podría renunciar a la misma en virtud de un principio de oportunidad que se tramite por las causales previstas en la ley, acatando la política criminal del Estado y sometiénolo a control de legalidad ante juez de control de garantías.

En el año 2011 el artículo 250 fue reformado para permitir “el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación” cuando se cometan cierta clase de delitos, dependiendo de “la naturaleza del bien

83 Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010.

jurídico o la menor lesividad de la conducta punible”, pero reconociendo que la Fiscalía podrá ejercer de manera preferente la acción penal. Al permitirse a la víctima acusar se obligaría a la Fiscalía a renunciar a la persecución penal, sin perjuicio de que posteriormente pueda retomar la acción penal de manera preferente la acción de la víctima, pues si la Fiscalía ejerciera la acción penal al mismo tiempo y de manera separada con la víctima se transgrediría la garantía de “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”, que como ya explicamos tiene eficacia y prevalencia en el ordenamiento interno. No obstante lo anterior, la víctima, a diferencia de la Fiscalía, no tiene prohibición constitucional para renunciar a la persecución penal, por ello podría renunciar a la acusación cuando funja como titular de la acción penal.

IV. MARCO LEGAL DE LA FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y SU RETIRO

Hasta el momento hemos insinuado que el retiro unilateral de la acusación en principio no es de buen recibo en nuestro ordenamiento constitucional; sin embargo, también hemos destacado que cuando la acusación no es procedente o conveniente no se debería continuar con la persecución penal, causando congestión judicial y desgaste inoficioso y perjudicial para los involucrados en un proceso penal. Por ello resulta indispensable observar la forma en que nuestro CPP regula la acusación y sus vicisitudes para determinar si nuestro CPP admite el retiro de la acusación.

1. ACUSACIÓN EN EL PROCESO PENAL ORDINARIO

La acusación, como se indicó anteriormente, se presenta en primera medida por escrito, pero no es un acto que se agote con la presentación escrita, sino que se consolida en una fase oral en la que se sanean defectos, se determina el juez competente, se reciben observaciones sobre la acusación escrita y se realizan modificaciones y correcciones de la acusación presentada entre otras actuaciones⁸⁴. En términos del artículo 336 del CPP, esta actuación se presenta cuando haya elementos de prueba que sirvan para afirmar, con probabilidad de verdad, que existió una conducta punible y la persona que se esté acusando es su autor o partícipe, lo que exige de la Fiscalía haber adelantado una investigación y tener pruebas que puedan demostrar la ocurrencia de un delito y la responsabilidad penal de los acusados.

Aunque se deben permitir observaciones de los involucrados en el proceso penal y garantizar su participación, la acusación se formula única y exclusivamente por la Fiscalía, toda vez que esta es la autoridad encargada de definir los cargos acusados y su sustento factico y jurídico, salvo los errores que ordene corregir el juez de cono-

84 La Corte Suprema de Justicia ya ha aclarado que la acusación es un “acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral”. Sala de Casación Penal sentencia SP6808-2016 Radicado n°. 43837.

cimiento en ejercicio de un control formal de la acusación⁸⁵. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “siendo el fiscal el único conocedor del rumbo de la investigación, es a él y solo a él a quien corresponde predecir la vocación de éxito de la acusación y prever cuáles elementos de prueba anunciará, descubrirá, presentará, incorporará y debatirá en el juicio”⁸⁶.

La acusación escrita se presenta ante el Juez de Conocimiento que tenga la competencia para juzgar el hecho, dando de esta forma la oportunidad de conocer el escrito de acusación al acusado, la defensa, la víctima y al Ministerio Público para que estos puedan preparar las observaciones y correcciones que pueden ser adoptadas en la fase oral de la acusación⁸⁷. Por otra parte, cuando el imputado se encuentra privado de su libertad a causa de una medida de aseguramiento, la presentación oportuna de la acusación escrita en los términos de los artículos 294 y 317 del CPP impedirá que el procesado quede en libertad provisional.

El artículo 337 del CPP exige que la formulación de la acusación cuente con:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas.

Si bien en el artículo 337 no se exige la calificación jurídico-penal de los hechos investigados, los derechos de los acusados de aceptar cargos, diseñar una estrategia de defensa, controlar la congruencia de los fallos y determinar la competencia del juez, requieren que la acusación cuente con una calificación jurídica de la conducta que se acusa⁸⁸.

Para la celebración de la fase oral de la acusación o audiencia de formulación de acusación es deseable que estén presentes la víctima, su abogado, el representante

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Auto del 13 de marzo de 2013. Radicado 39.561.

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 6 de mayo de 2009. Radicado 31.538.

87 Ley 906 de 2004, artículo 336.

88 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *La acusación*, *op. cit.*, p. 178.

del Ministerio Público y el acusado; no obstante, solo será indispensable para la audiencia la asistencia del juez, el fiscal, el defensor del acusado y el acusado cuando se encuentre privado de la libertad, a menos que este último manifieste que no desee comparecer.

Después de que se verifique la asistencia de los sujetos indispensables para la formulación de la acusación el juez verificará que los intervinientes hayan conocido oportunamente el escrito de acusación; se plantearán las observaciones de los intervinientes respecto a la incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades para que se resuelvan y se sanee el procedimiento; se propondrán las correcciones y modificaciones al escrito de acusación al fiscal y este a su vez anunciará las correcciones y modificaciones a la acusación escrita que desea hacer por petición o iniciativa propia; se verbalizará la acusación escrita y se harán las aclaraciones y precisiones, se resolverán las confusiones y observaciones que se planteen las partes respecto de la acusación verbalizada; se reconocerán por parte del juez de conocimiento las víctimas y sus representantes judiciales; se tomarán medidas de protección para las víctimas, los testigos que actuarán en el juicio oral y sus familiares; se hará un descubrimiento de todas las pruebas que tenga la Fiscalía, y se programará la forma de entregar copia de las pruebas descubiertas.

Además de esto, el CPP en sus artículos 350 y 351 dispone que cuando se hubiera hecho un preacuerdo antes de la presentación del escrito de acusación o se hubieran aceptado cargos en la audiencia de imputación, se hará un escrito de acusación que deberá contener dicha información y esto valdrá como acusación para proceder a verificar la aceptación de cargos o la legalidad del preacuerdo y proferir fallo condenatorio con los correspondientes beneficios propios de la justicia premial por evitar la realización del juicio.

2. ACUSACIÓN EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO

La Ley 1826 de 2017 modificó el CPP y lo adicionó para crear y regular el proceso penal abreviado y reglamentar la acusación privada para los delitos querellables y los incluidos en el numeral 2 del artículo 534 del CPP, siempre y cuando no se cometan en concurso con conductas tramitadas por el proceso penal ordinario. Aunque los aspectos medulares de la acusación del proceso penal ordinario se conservan en el proceso penal abreviado, este procedimiento ordena a la parte acusadora que puede ser la Fiscalía o el acusador privado, a dar traslado del escrito de acusación y el descubrimiento probatorio al iniciado, su defensor, el Ministerio Público y la víctima y su abogado (cuando no haya acusador privado) antes de la presentación escrita de la acusación ante el juez de conocimiento, lo que propicia y abre un espacio para intentos de conciliación antes de que la etapa de juicio inicie formalmente.

Aparte de los elementos esenciales que anunciamos que debe tener la acusación escrita, y que están previstos en los artículos 337, 350 y 351 del CPP, el procedimiento penal abreviado exige que la acusación escrita incluya:

1. La indicación del juzgado competente para conocer la acción.
2. Prueba sumaria que acredite la calidad de la víctima y su identificación.
3. Indicación de la posibilidad de allanarse a los cargos.
4. La orden de conversión de la acción penal de pública a privada, de ser el caso⁸⁹.

Una vez se lleve a cabo el traslado de la acusación escrita con las pruebas que la sustentan a los intervinientes, el acusador deberá presentar de manera escrita la acusación ante el correspondiente juez de conocimiento dentro de los 5 días siguientes al traslado con lo siguiente: “1. La constancia de la comunicación del escrito de acusación al indiciado. 2. La constancia de la realización del descubrimiento probatorio. 3. La declaratoria de persona ausente o contumacia cuando hubiere lugar”⁹⁰.

Pasados 60 días después del traslado de la acusación a la defensa, el juez de conocimiento programará una audiencia concentrada en la que se harán las mismas actuaciones que se realizan en la audiencia de formulación de acusación del proceso ordinario (fase oral de la acusación). En esta audiencia se entenderá formulada la acusación y en caso de que se hubieren aceptado cargos antes de la presentación de la acusación escrita ante el juez de conocimiento, no se adelantarán las formalidades de esta audiencia, sino que se verificarán la aceptación de cargos o la legalidad del preacuerdo al que se hubiere llegado.

En principio, la Fiscalía es la encargada de formular acusación, aunque si se permite a la víctima acusar (conversión en acusador privado), esta podrá formular acusación cumpliendo los mismos deberes de un fiscal de conocimiento. Para que la víctima pueda actuar como acusador privado deberá estar representada por abogado y hacer la solicitud de conversión de la acción penal de pública a privada a la Fiscalía hasta antes de que se haga el traslado del escrito de acusación; en este caso solo podrá actuar acusador en los delitos a los que se refiere el proceso penal abreviado, excepto los que atenten contra bienes del Estado. Ocurrido esto, el fiscal convertirá la acción penal en privada para que la ejerza la víctima salvo que se incurra en alguna de las

89 Artículo 538 de la Ley 906 de 2004.

90 Artículo 540 de la Ley 906 de 2004.

circunstancias que establece la ley para negar la conversión de la acción penal en privada o que la Fiscalía decida retomar la facultad preferente de ejercer la acción penal después de haberla convertido en privada⁹¹.

3. EL RETIRO UNILATERAL DE LA ACUSACIÓN

El retiro de la acusación es una decisión unilateral por medio de la cual el ente acusador se retracta y retrotrae la acusación escrita presentada ante el juez de conocimiento o la formulación de acusación en audiencia para corregir la acusación presentada, complementar y robustecer la acusación o terminar el procedimiento sin que el acusado sea condenado. Esta decisión no está prevista ni regulada en el CPP, razón por la cual, en principio no habría un momento, oportunidad ni escenario procesal en el cual se pueda llevar a cabo; incluso, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no hubiera contemplado la existencia de esta actuación pone en tela de juicio la procedencia de la misma, ya que las herramientas para aplicar el Derecho sustancial deben tener una regulación, aunque sea general y abierta para evitar que los funcionarios actúen de manera arbitraria e imprevisible.

Además de este inconveniente encontramos que el retiro de la acusación tiene ciertos problemas indeseables como los siguientes:

I. Genera inseguridad jurídica para el acusado, ya que este no tiene certeza de cómo queda definida su situación y estaría con la zozobra de no saber si posteriormente el ente acusador emprenderá nuevamente la persecución penal por los mismos hechos.

II. La víctima tampoco sabe si el ente acusador (en los casos que el acusador no sea la misma víctima) decidió de manera definitiva proteger o no su derecho a una tutela efectiva de derechos, y de no protegerse los derechos de las víctimas, el Estado podría incurrir en fallas del servicio por denegación de justicia que traerían eventuales condenas patrimoniales en su contra.

III. Las víctimas no tendrían un escenario procesal para controvertir o impugnar la decisión de renunciar a la acusación.

IV. La existencia de la decisión de retirar la acusación posibilita que se formulen acusaciones sin rigor y fundamentación para presionar a un acusado a aceptar cargos con el alivio de saber que si no se obtiene la aceptación de cargos no será necesario realizar un juicio.

91 La solicitud de conversión de la acción penal podrá ser negada o la acción penal podrá ser reasumida por la Fiscalía cuando se dé un abuso o uso negligente de la acusación o se incurra en alguna causal del artículo 554.

V. El retiro de la acusación por parte del ente acusador le daría la posibilidad a este sujeto de terminar el proceso y en la práctica declarar la inocencia del acusado y, como lo hemos expresado, esta es una función de los jueces.

VI. El retiro de la acusación no tiene control judicial y una decisión sin control judicial podría producir perjuicios irreparables y decisiones equivocadas y susceptibles de desviación de poder.

Si este retiro de cargos fuera admisible en el CPP podría darse i) por una decisión injustificada y sin motivación; ii) por una decisión sustentada en política criminal o conveniencia de la Administración de Justicia y del Estado; iii) porque la acción penal se ha adelantado con violación del debido proceso o de derechos fundamentales y sea necesario reparar esas irregularidades, o iv) porque a pesar de haberse acusado se considera que el acusado no es responsable penalmente o que continuar con la acción penal no es procedente. Esto último puede ocurrir cuando el acusador cambia de consideración después de conocer el descubrimiento de pruebas de la defensa o el Ministerio Público, cuando sobreviene una causal de preclusión, cuando al acusador le inadmiten, rechazan o excluyen pruebas necesarias para sustentar su teoría del caso, cuando de la práctica de pruebas se observa que el acusado no es penalmente responsable, cuando hay un cambio de funcionario en la Fiscalía por otro que no esté de acuerdo con la acusación formulada o cuando hay un cambio de criterio jurídico por parte del acusador después de revisar nuevamente el caso, entre otros supuestos.

No ignoramos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que consideran que la formulación de la acusación es una simple pretensión punitiva sin efectos jurídicos y, por tanto, podría ser retirada por la simple decisión del Fiscal⁹², y posiciones más moderadas que reconocen que la formulación de la acusación en audiencia sí tiene efectos jurídicos, pero la presentación escrita de la misma ante el juez de conocimiento no surte efectos y, por tanto, podría retirarse hasta antes de la audiencia de formulación de acusación⁹³.

A pesar de respetar estas posturas, no las compartimos, porque la acusación no es un acto sin efectos jurídicos, sino que es un acto que afecta de manera intensa derechos fundamentales del acusado, como el buen nombre; da inicio y delimita el objeto de un juicio; comunica los hechos y los cargos de los que se deben defender el acusado⁹⁴; valora pruebas y determina si hay probabilidad de verdad para determinar que el imputado cometió un delito, y genera efectos sustanciales, como restringir viabilidad

92 Sentencia del 13 de marzo de 2008 del Proceso de Número 27413.

93 Sentencia del Proceso 38.256 del 21 de marzo de 2012.

94 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *La acusación en Revista de derecho penal y criminología n° 74*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 181 y 182.

de la solicitud de libertad provisional⁹⁵ y limitar el margen de negociación de un eventual preacuerdo⁹⁶. En consecuencia de lo anterior, al entender que la acusación no solo es una solicitud o una pretensión, debemos considerar que la decisión de retirar a la acusación tampoco es un acto sin efectos.

Opinamos que cuando no es procedente o conveniente continuar con la acusación, no se debería obligar al ente acusador a continuar con el juicio hasta terminarlo; sin embargo, el retiro de la acusación no debe ser la salida eficiente en estos casos ya que, como hemos indicado, esta actuación es riesgosa, inconveniente y, desde nuestro punto de vista, adversa a los valores, principios y normas de nuestro Estado. No obstante, consideramos que en vez de acudir al retiro de la acusación deberíamos estudiar si en nuestro ordenamiento hay actuaciones que suplen lo que este busca y, de esta forma, concluir que no solo no es procedente el retiro de la acusación en nuestro Estado, sino que tampoco es necesario.

4. SUCEDÁNEOS AL RETIRO DE LA ACUSACIÓN

El CPP contempla unas actuaciones que si se aplican adecuadamente lograrían lo buscado con el retiro de la acusación, pero a diferencia de este, sí son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico y respetan los derechos de los acusados y las víctimas. Estas actuaciones son la declaratoria de nulidad, el trámite de preclusión, el principio de oportunidad y el desistimiento.

4.1. Saneamiento del proceso

Cuando la parte acusadora, después de haber presentado la acusación, considera que en el proceso hay irregularidades que riñen con debido proceso o los derechos fundamentales de los intervinientes y esto hace inviable la pretensión punitiva y el proceso, no debería apelar a retirar la acusación para volver a acusar e iniciar otro juicio sin irregularidades, porque esto constituye una violación palmaria al derecho “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”, es una actuación que deja abierto y en el limbo el proceso que tiene irregularidades y porque la decisión de retirar la acusación no tiene previsto un escenario ni oportunidad procesal para interponer recursos ni oposiciones.

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico tiene herramientas adecuadas e idóneas para corregir irregularidades que tengan grande, mediana y pequeña trascendencia. Entre las medidas de corrección de yerros procesales de pequeña y mediana trascendencia encontramos que en la audiencia de formulación de acusación la parte acusadora puede hacer las correcciones y modificaciones de los yerros que pueda

95 Artículos 294 y 317 del CPP.

96 Artículo 352 del CPP.

contener el escrito de acusación⁹⁷ y que el artículo 10 de nuestro CPP establece que de oficio o a petición de parte “El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.

Por otra parte, hay irregularidades de mayor trascendencia que vulneran el debido proceso y derechos fundamentales. Para esta clase de yerros, nuestro CPP ha previsto las nulidades, que son decisiones del juez para hacer ineficaz lo actuado y declarar de esta forma la inexistencia jurídica de la actuación viciada y todo lo que se derive de ella. Entre las atribuciones de la Fiscalía del artículo 114 del CPP se encuentra la de “Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar”, y por ello consideramos claro que cuando la parte acusadora observe una violación al debido proceso, en vez de retirar la acusación para corregir lo actuado, debe solicitar la corrección o la nulidad de las actuaciones irregulares para que el juez corrija o declare nulidades y se le concedan recursos a los demás intervinientes.

Resta advertir que, para impedir que la solicitud de nulidad se convierta en un instrumento para dilatar indebidamente el proceso, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando la parte interesada en solicitar la nulidad dé su consentimiento expreso para que se continúe con el proceso o no alega oportunamente la nulidad y deja que el proceso continúe (consentimiento tácito) se sana la irregularidad y no se podrá alegar posteriormente, salvo que con la irregularidad se afecten de manera relevante garantías fundamentales⁹⁸, caso en el cual se declarará la nulidad sin que se convalide la irregularidad⁹⁹.

4.2. Preclusión

La preclusión es una forma abreviada y ágil de terminar el proceso por una decisión judicial que tiene los mismos efectos que una absolución cuando la parte acusadora, y excepcionalmente la defensa y el Ministerio Público, consideran que no procede la declaración de responsabilidad penal y solicitan durante las etapas de indagación, investigación y juicio que se termine el proceso¹⁰⁰. Esta decisión debe ser tomada exclusivamente por un juez de conocimiento cuando ocurran los supuestos de hecho de los artículos 332 del CPP¹⁰¹ y 42 de la Ley 600 de 2000¹⁰², y a diferencia de lo que ocurre con el retiro de la acusación, la decisión de preclusión permite a la víctima

97 Artículo 339 del CPP.

98 Sentencia del 18 mar. 2009, rad. 30710.

99 Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008

100 PEDRAZA JAIMES, MIGUEL. *La preclusión de la actuación penal*, en *Revista de la Defensa Caribe número 1*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2014, p. 186.

101 Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005.

102 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia de abril trece (13) de dos mil once (2011), Proceso 35946.

controvertir la solicitud y la decisión de renunciar a la persecución penal, y define con efectos de cosa juzgada la situación jurídica del acusado.

Por regla general, la preclusión debería ser solicitada por la parte acusadora, pues la etapa para que la defensa pueda contradecir al acusador debería ser el juicio¹⁰³; sin embargo, nuestro CPP le permite a la defensa solicitar la preclusión: i) cuando sobrevengan en el juicio las causales 1 y 3 del artículo 332; ii) cuando la conducta acusada por el acusador privado no esté tipificada en la ley¹⁰⁴; iii) cuando no se formule acusación oportunamente en los términos del artículo 294 del CPP¹⁰⁵; y iv) cuando el acusador solicite la preclusión y el defensor coadyuve la solicitud alegando una causal distinta a la del ente acusador¹⁰⁶.

La solicitud de preclusión que hace el acusador se puede formular en cualquier momento¹⁰⁷ y cuando i) sea imposible iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; ii) se tenga clara la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, la falta de intervención del procesado en la conducta investigada o la atipicidad o inexistencia del hecho investigado; iii) sea imposible desvirtuar la presunción de inocencia¹⁰⁸, o iv) cuando se indemnicen integralmente los perjuicios de las víctimas en los delitos del artículo 42 de la Ley 600 de 2000, excepto cuando se hubiera precluido otro proceso por esta causa dentro de los 5 años anteriores al momento en que se quiera invocar esta forma de preclusión.

No se puede pasar por alto que la Corte Constitucional dijo en un *obiter dicta*, que no es precedente judicial vinculante, que después de que se presente el escrito de acusación solo se puede precluir el proceso por las causales 1 y 3 del artículo 332 del CPP (imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal e inexistencia del hecho investigado)¹⁰⁹, y por su parte la Corte Suprema de Justicia afirmó que, según el parágrafo del artículo 332 del CPP, después de presentada la acusación escrita solo se pueden invocar las causales 1 y 3 del artículo 332 del CPP para precluir el proceso, siempre y cuando sean hechos sobrevinientes, pues de lo contrario se deberá adelantar el juicio y solicitar absolución¹¹⁰.

103 Corte Constitucional, Sentencia C-118 de 2008.

104 Artículo 562 del CPP.

105 Corte Constitucional, Sentencia C-806 de 2008.

106 Corte Constitucional, Sentencia C - 648 de 2010.

107 Artículo 331 del CPP.

108 Artículo 332 del CPP y artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

109 Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2007.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP9245-2014 de julio 16 de 2014 y Auto AP3724-2015, de julio 1 de dos mil quince (2015).

Estas afirmaciones son plausibles; sin embargo, consideramos que no son las soluciones más deseables, pues obligan al acusador a continuar con un juicio desgastante e ineficaz y no se consideran casos en los que, a pesar de presentarse acusación, el acusador considera que no prosperará la persecución penal, verbigracia cuando: i) el acusador conoce el descubrimiento probatorio de la defensa o el Ministerio Público y cambia de opinión sobre la procedencia de la acusación; ii) sobreviene una causal de preclusión no prevista y distinta a las de las causales 1 y 3; iii) en la audiencia preparatoria se inadmiten, rechazan o excluyen pruebas del acusador indispensables para sustentar su teoría del caso y el acusador queda inerte; iv) hay un cambio de fiscal por otro que no esté de acuerdo con la acusación formulada por el funcionario anterior; v) hay un cambio de criterio jurídico por parte del acusador después de revisar más detenidamente el caso, y vi) la acusación obedeció a un error o a una desviación de poder, entre otros casos.

En nuestro criterio, las Cortes debieron haber tenido en cuenta que el artículo 331 del CPP, que dice que “En *cualquier momento el fiscal* solicitará al juez de conocimiento la preclusión” y que, aunque el párrafo del artículo 332 del CPP dice que “Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1o y 3o, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, *podrán* solicitar al juez de conocimiento la preclusión”, en ninguna parte se dice que “Durante el juzgamiento, *solamente* de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1o y 3o, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión” y *tampoco se dice* que “Durante el juzgamiento, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, *solo podrán* solicitar al juez de conocimiento la preclusión de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1o y 3o”. Es decir, el párrafo del artículo 332 del CPP no está escrito de tal forma que impida a la Fiscalía solicitar la preclusión por todas las causales de la ley en la etapa de juzgamiento; este párrafo solo dice que en la etapa de juzgamiento la Fiscalía *podrá* alegar las causales 1 y 3 del artículo 332, pero no dice que *solamente podrá* alegar dichas causales y tampoco dice que *no podrá* solicitar la preclusión invocando otras causales en las oportunidades que refiere el artículo 331 del CPP.

Las Cortes pudieron haber interpretado el párrafo del artículo 332 orientándose por principios constitucionales, como el derecho a tener un proceso sin dilaciones injustificadas y considerar que esta norma habilitó a la defensa y al Ministerio Público a solicitar la preclusión en la etapa de juzgamiento sin que ello limite facultades de la Fiscalía; sin embargo, en vez de darle una interpretación permisiva a este párrafo, las Cortes interpretaron el párrafo del artículo 332 del CPP como una restricción a la Fiscalía, a pesar de que el artículo 331 del CPP dice que “En *cualquier momento el fiscal*” podrá solicitar la preclusión y el artículo 332 no restringe las facultades de la Fiscalía.

Hemos expresado que el retiro de la acusación en muchos casos es indeseable e inadmisibles, pero reconocemos que cuando la parte acusadora no considere que sea procedente continuar con la persecución penal se debería buscar una salida menos

desgastante y costosa que un juicio oral inviable, y por ello consideramos que las Cortes podrían replantear su posición y permitir la preclusión por causales distintas a la 1 y 3 del artículo 332 del CPP cuando se hubiera presentado la acusación y el acusador considere que no sea procedente la acción penal, haciendo efectivos el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, y el artículo 331 del CPP que dice que el fiscal podrá solicitar la preclusión “En *cualquier momento*”.

Por otra parte, también es legítimo que los jueces se separen del criterio de las altas Cortes, siempre y cuando se fundamenten en motivos claros y sólidos y reconozcan que la interpretación de las Cortes es el criterio dominante¹¹¹. La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que los jueces pueden apartarse de los precedentes de la Cortes, siempre y cuando “cumplan con la carga de reconocer su existencia y argumentar en forma clara y con suficiencia las razones por las cuales, en el caso concreto, deciden apartarse de tales lineamientos, pues aunque los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta”¹¹². Amparados en esto, los jueces de conocimiento podrían apartarse respetuosamente del criterio dominante de las Cortes e interpretar el artículo 332 y su parágrafo permitiendo a la Fiscalía solicitar la preclusión por cualquier causal después de que se presente la acusación escrita, pues cuando la Fiscalía considere que no es procedente la persecución penal, no se debería adelantar el juicio ni retirar la acusación, sino acogerse a lo previsto en el CPP y tramitar la preclusión.

4.3. Principio de oportunidad

Como ya hemos indicado, el principio de oportunidad es la potestad del acusador de renunciar a la persecución penal del delito así se esté convencido de que se cometió una conducta punible y el procesado es autor o partícipe de la misma. Con esta potestad se busca resolver el conflicto social que causa el delito por medios alternativos a la imposición de una sanción penal y traer más provechos a la sociedad, de acuerdo con la política criminal adoptada por el Estado y sin ignorar de manera supina los intereses de las víctimas¹¹³, pero sin supeditar esta potestad al querer de las mismas, pues la función de perseguir el crimen y aplicar la política criminal es del ente acusador.

El fin último del principio de oportunidad es renunciar de manera definitiva y con efectos de cosa juzgada a la persecución penal de ciertos delitos; sin embargo, el ente acusador también puede suspender o interrumpir la persecución penal mientras se verifica el cumplimiento de unas obligaciones impuestas al procesado¹¹⁴ y después sí renunciar del ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que también se

111 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2015.

112 Sala de Casación Penal, sentencia del veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013), Radicado 42.417.

113 Artículo 328 del CPP.

114 Resolución 4155 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación, artículos 9 y 10.

pueda renunciar a la acción penal sin interrumpirla ni suspenderla previamente¹¹⁵. Esta decisión ahorra el desgaste de un proceso completo, permite dar más eficiencia y eficacia a la Administración de Justicia y, a diferencia del retiro unilateral de la acusación, permite a la víctima defender sus intereses, controvertir la decisión de la Fiscalía y define la situación del acusado otorgando seguridad jurídica a la decisión de renunciar a la acción penal.

El principio de oportunidad es una decisión discrecional del acusador que i) procede desde la etapa de indagación hasta antes de la audiencia de juicio oral y “En caso de allanamiento a cargos o celebración de preacuerdos, su aplicación será viable hasta antes de la audiencia de individualización de pena y sentencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004”¹¹⁶; ii) únicamente se aplica en los supuestos que indica el artículo 324 del CPP y con las limitaciones que exigen los tratados internacionales, para evitar arbitrariedades y discriminación en su aplicación; iii) debe someterse al reglamento que prevea la Fiscalía y la política criminal del Estado¹¹⁷, y iv) estar sujeto a un control judicial del juez de control de garantías para garantizar la participación y contradicción de las víctimas.

Podemos concluir que cuando la parte acusadora no considere conveniente continuar con la acción penal por un delito por el que ya se acusó, no se debería retirar la acusación ni continuar con el juicio, sino tramitar un principio de oportunidad, ya que esto no se considera una denegación de justicia, garantiza la contradicción y participación de la víctima en la decisión de no continuar con la acción penal y brinda seguridad jurídica para determinar la situación del acusado.

4.4. Desistimiento

El desistimiento es la decisión de la víctima de no continuar con la persecución penal y una causal de extinción de la acción penal en los delitos querellables¹¹⁸ que, según el artículo 332 del CPP, después de presentada la acusación, se puede alegar por la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público¹¹⁹ para evitar un juicio no deseado. Esta renuncia a la acción penal no requiere justificación y procede en delitos que no trascienden la esfera individual de la víctima y no afectan de manera significativa a la sociedad y al Estado, por lo cual es totalmente entendible que la víctima tenga toda la autonomía para decidir cómo resuelve su problema y soluciona sus conflictos individuales. Sin embargo, el desistimiento requiere para ser efectivo un trámite

115 Resolución 4155 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación, artículo 8.

116 Resolución 4155 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación, artículo 6.

117 Artículo 323 del CPP.

118 Artículo 77 del CPP.

119 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Proceso No 39445, sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil ocho (2008).

de preclusión ante juez de conocimiento para verificar la validez y legalidad de la decisión de la víctima y solo puede tomarse hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, en favor de todos los acusados¹²⁰.

4.5. Solicitud de absolución

Hemos venido afirmando que no es procedente o conveniente permitir el retiro de la acusación por parte del ente acusador; sin embargo, no desconocemos que hay pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que han apuntado a que es admisible en nuestro ordenamiento jurídico el retiro de la acusación en los alegatos del juicio oral cuando la Fiscalía o el acusador solicitan la absolución, pero estas posturas ya han sido revaluadas. La parte acusadora ha previsto entre sus actuaciones, después de la práctica probatoria, dos solicitudes que buscan la absolución: i) la solicitud de absolución perentoria y ii) el alegato de absolución.

La absolución perentoria es una figura regulada en el CPP de la siguiente manera:

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

En este caso, es obvio y claro que la Fiscalía no tiene la potestad de decidir si retira la acusación, sino que lo único que hace es solicitar al juez que apruebe o niegue una absolución y la decisión de esta solicitud es del juez de conocimiento y “puede ser objeto de impugnación”¹²¹. Es decir, la petición de absolución perentoria no es un retiro de cargos, no crea efectos jurídicos, no modifica ninguna situación, y no es una decisión absolutoria.

La otra solicitud de absolución se puede realizar en los alegatos de conclusión del juicio oral, después de la práctica de la prueba, indicando que no es procedente condenar al acusado. La Corte Suprema ha señalado que “en el nuevo sistema, una petición de la fiscalía en sentido absolutorio implica el retiro de la acusación, implica desistir de la teoría del caso pues la petición de absolución es vinculante”¹²². Con pronunciamientos como este se ha afirmado que la solicitud de absolución que hace la parte acusadora en los alegatos de conclusión se retira la acusación; sin embargo, la misma Corte ha revisado el tema y ha hecho un estudio serio de las posiciones jurisprudenciales relativas al retiro de cargos por parte del acusador y sobre

120 Artículo 76 del CPP.

121 Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 2011.

122 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 31005 del 20 de enero de 2009.

la naturaleza de los alegatos de conclusión de la parte acusadora, y ha llegado a las siguientes conclusiones¹²³:

1. El poder de decisión en relación con el 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.

2. La titularidad de la acción penal en Colombia implica que el ejercicio de esta es un deber constitucional (principio de legalidad) y no una facultad discrecional; por tanto, a la Fiscalía le está vedado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo cuando sea procedente el principio de oportunidad.

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

4. Se debe garantizar a las víctimas impugnar la decisión que niegue la condena penal porque “La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal hacen parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó”.

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

6. Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral.

123 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP6808-2016 del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Radicación N° 43837.

7. Es equivocado, por la vía de la interpretación de las reglas legales, proceder a importar instituciones, como por ejemplo la del “retiro de la acusación”, por el solo hecho de que provengan de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias.

8. De este pronunciamiento icónico podemos entender que la Corte Suprema de Justicia ha adoptado algunos postulados sobre la inadmisibilidad e inconveniencia del retiro de la acusación en nuestro ordenamiento y ha optado por calificar los alegatos de conclusión que solicitan la absolución como unos simples alegatos y no un retiro de la acusación.

4.6. Negociación de culpabilidad

Los preacuerdos son una forma de terminación abreviada del proceso penal con la cual el acusado y el acusador negocian una condena más favorable para el acusado a cambio de que este acepte cargos y preste una colaboración con la Administración de Justicia. Por regla general, los preacuerdos deberían realizarse antes de la presentación del escrito de acusación para que al acusado se le condene con una tipificación más favorable, se le elimine un cargo o se pacten consecuencias penales más favorables a su conducta¹²⁴ y se ahorre un desgaste a la Administración de Justicia; sin embargo la Corte Suprema de Justicia, interpretando el artículo 352 y concordantes del CPP, ha ampliado estos beneficios a preacuerdo realizados después de presentado el escrito de acusación, siempre y cuando no se haya agotado la etapa de interrogar al acusado si acepta cargos en el juicio oral¹²⁵.

Cuando, en virtud de un preacuerdo, se elimina un cargo de la acusación, se podría interpretar que se está retirando parcialmente la acusación por un cargo. Opiniones muy autorizadas en la materia afirman que la eliminación de un cargo en virtud de un preacuerdo puede obedecer a la aplicación de un principio de oportunidad¹²⁶, mientras que otros opinan que el preacuerdo es una acusación consensuada, y otros pensamos que la eliminación de cargos en virtud de un preacuerdo es una aplicación de la justicia premial.

A. *Negociar la eliminación de un cargo no es un principio de oportunidad*

Quienes dicen que preacordar para quitar un cargo de la acusación es un principio de oportunidad, consideran que con este negocio se renuncia a acusar por un cargo de

124 Artículos 350 y ss. de CPP.

125 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 31063, sentencia del ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

126 BAZZANI, DARÍO. *Poderes del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdos y aceptación de cargos* en *Revista de derecho penal y criminología número 89*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 154-155.

la acusación, a pesar de tener todo lo necesario para perseguirlo, ya que el artículo 250 de la Constitución solo permite “renunciar a la persecución penal” con “la aplicación del principio de oportunidad”. No obstante, el artículo citado también exige que el principio de oportunidad deba estar sujeto a la política criminal del Estado, al control de un juez de control de garantías y al estricto cumplimiento de causales que estén delimitadas clara e inequívoca en la ley¹²⁷.

Bajo este entendido, no consideramos que cuando se negocia la eliminación de algún cargo de la acusación nos encontremos ante una renuncia parcial de la acusación o una aplicación del principio de oportunidad, porque estas negociaciones no están previstas en la ley como causal de principio de oportunidad y no son decisiones controladas por el juez de control de garantías, es decir, no son actuaciones que cumplan los elementos constitucionales esenciales del principio de oportunidad, y de aceptarse esto nos encontraríamos ante una situación abiertamente inaplicable por ser evidentemente inconstitucional. Además de lo anterior, el retiro de la acusación es una facultad autónoma y unilateral de la Fiscalía, razón por la cual no se puede asemejar el preacuerdo al retiro de la acusación, pues para el preacuerdo se requiere la autorización del acusado y no solo la decisión del acusador.

B. Negociar la eliminación de un cargo no es una nueva acusación

Otros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que indican que cuando se llega a un preacuerdo sobre una conducta, el acuerdo que resulta de la negociación se debe tener como la conducta acusada y no como una consecuencia posdelictual que solo afecta la punibilidad¹²⁸. Esto conllevaría decir que con el preacuerdo no se modifica la cuantificación de la pena, sino la acusación, y si con la negociación se elimina un cargo de la acusación, se podría afirmar que habría un retiro parcial de la acusación.

Pero, insistimos, el preacuerdo no es una decisión unilateral del ente acusador ni una facultad libre y autónoma como el retiro de la acusación, sino que es un negocio bilateral que depende del acusado y su disposición de aceptar cargos; por tanto, no sería correcto asimilar el preacuerdo a una actuación unilateral de retiro parcial de la acusación por parte del ente acusador. Además de esto, la Corte Suprema de Justicia, al referirse de una manera precisa a la eliminación de un cargo de la acusación, afirmó que la “naturaleza que la ley le otorgó a los preacuerdos resultan incompatibles con la renuncia al ejercicio de la acción penal, son mecanismos de política criminal para la terminación del proceso sin impunidad, no para absolver sino para condenar a los responsables de delitos, con derecho a una rebaja de pena, (...) De ahí que, la eliminación de un cargo permitida en el numeral primero del artículo 350 del CPP

127 Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005.

128 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de junio 1 de 2016, SP7100-2016, radicado 46101.

no puede equivaler a la renuncia al ejercicio de la acción penal. Por lo que se ha explicado, el preacuerdo no conlleva a la exoneración de responsabilidad, la que en la hipótesis de marras debe declararse, solo que en virtud del preacuerdo se otorga una exención de punibilidad”¹²⁹.

C. *Negociar la eliminación de un cargo es un beneficio de justicia premial*

Nosotros consideramos que el preacuerdo que elimina un cargo de la acusación es un descuento en la punibilidad propio de la justicia premial, es decir, no es una renuncia parcial a la acción penal, sino un tratamiento punitivo más favorable a quien acepte los cargos que se le han acusado; en otros términos, con el preacuerdo no se va a dejar de acusar parcialmente o se va a retirar algún cargo, sino que se va a acusar penalmente por todos los cargos y si el acusado los acepta se le va a castigar como si no hubiera cometido una de las conductas acusadas. En este evento nos encontraríamos ante una figura totalmente admisible en nuestro ordenamiento constitucional y legal.

CONCLUSIONES

El retiro de la acusación es una actuación poco deseable por ser ajena a los principios y valores que orientan nuestro Estado, no estar conforme con nuestro ordenamiento constitucional y legal, por ser una decisión sin control judicial ni seguridad jurídica, y porque desampara derechos de los involucrados en el proceso.

No se ignora que esta decisión evitaría desgaste para la Administración de Justicia y para el acusado; sin embargo, es innecesaria porque en nuestro ordenamiento jurídico hay otras alternativas ágiles y abreviadas que cumplen estos propósitos del retiro de la acusación sin ser tan problemáticas.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Baldasarre, Antonio. *Los derechos sociales*, traducción Santiago Perea La Torre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

BARBOSA CASTILLO, GERARDO. *Principio de legalidad y proceso penal en Revista de Derecho penal y criminología, número 78*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

129 Corte Suprema de Justicia, AP465-2017, Radicación n°. 49411, 31 de enero de 2017.

BAZZANI, DARÍO. *Poderes del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdos y aceptación de cargos en Revista de Derecho penal y criminología número 89*, Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BENDA, ERNESTO; MAIHOFER, WERNER; HESSE, KONRAD y HEYDE, WOLFGANG. *Manual de Derecho constitucional*, traducción Antonio López, Marcial Pons, Edición 2, Madrid, 2001.

BERNAL PULIDO, CARLOS. *El derecho de los Derechos*, Externado de Colombia, 2008.

CHEVALIER, JACQUES. *El Estado de Derecho*, traducción Oswaldo Pérez Orozco, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*, Universidad Libre, Bogotá, 2011.

DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*, Universidad Libre, Bogotá, 2011.

FIORAVANTI, MAURICIO. *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*, Trota, Madrid, 2001.

GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

GOLDSTEIN, ABRAHAM. *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos, Revista lecciones y ensayos*, número 49, Astrea, Buenos Aires, 1988.

GÓMEZ COLOMER, JOSÉ LUIS. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, 1985, Barcelona.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; ESPARZA, IÑAKI; PÉREZ, MARÍA ÁNGELES; PLANCHADELL, ANDREA y GÁNEM, ESKÁNDAR, *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal, segunda parte*, Giro Editores Ltda., Bogotá, 2009.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria en Estudios de Derecho penal y procesal penal*, Jorge Armando Otálora (coord.), Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2013.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Introducción al Derecho penal constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Editorial Nueva Jurídica, 2016.

GUERRERO, OSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2013.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS. *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

HOYOS, ILVA MYRIAM. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.

MONTEALEGRE LINETT, EDUARDO y BERNAL CUÉLLAR, JAIME. *El proceso penal, Tomo I*. Edición 6, Externado de Colombia, 2013.

MONTEALEGRE LINETT, EDUARDO y BERNAL CUÉLLAR, JAIME. *El proceso penal, Tomo II*. Edición 6, Externado de Colombia, 2013.

MONTOYA, CAMILO. *La protección de la víctima en el sistema penal acusatorio*, en *El sistema penal acusatorio en el contexto colombiano*, Universidad Libre, Bogotá, 2009.

MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *El sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis, Bogotá, 2006.

O'DONNELL, DANIEL. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá.

PEDRAZA JAIMES, MIGUEL. *La preclusión de la actuación penal*, en *Revista de la Defensa Caribe número 1*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2014.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el Derecho procesal penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

PICÓ, JOAN. *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL. *El control de convencionalidad*, Temis, 2014, Bogotá.

RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. *Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización*, en *El Derecho en el contexto de la globalización*, coordinador Gonzalo Ramírez Cleves, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2014.

RESTREPO OSPINA, ADRIANA. *Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana*, en *Revista diálogos de derecho y política*, número 6, Universidad de Antioquía, 2011.

ROJAS GÓMEZ, MIGUEL. *La teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2002 Bogotá.

ROXIN, CLAUS. *Pasado, presente y futuro del proceso penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

RÚA, JHON Y LOPERA, JAIRO. *La tutela judicial efectiva*, Leyer, 2002, Bogotá.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *El debido proceso en la jurisprudencia constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional*, coordinador Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *La acusación en Revista de Derecho penal y criminología n.º 74*, Externado de Colombia, año 2003.

SUÁREZ, ALBERTO. *El debido proceso penal, edición 2*. Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *El control de la acusación*, Externado de Colombia, 2013.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *El control de la acusación*, Universidad Externado de Colombia, 2013.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia* número 80, Universidad Externado de Colombia.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ. *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*, en *Revista de Derecho penal y criminología* número 80, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

URBANO, JOSÉ JOAQUÍN. *El principio de oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal –Estado actual–*, en *revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia* número 74, Externado de Colombia, 2003.

URBANO, JOSÉ JOAQUÍN. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, segunda edición, Nueva Jurídica, Bogotá, 2013.

VILLAR BORDA, LUIS. *El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho* en *Revista de Derecho del Estado* número 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho Constitucional Colombiano*, edición 13, Legis, Bogotá, 2014.