

# Principio acusatorio. Una visión flexibilizadora de la figura en Colombia

*Accusatory principle. A flexible vision of the figure in Colombia*

*Princípio acusatório. Uma visão flexível da figura na Colômbia*

Enrique Arteaga Córdoba

Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Abogado de la Universidad libre seccional Cali. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Magister en Derecho Penal y Justicia Transicional de la Universidad Santiago de Cali. Estudios de Derecho Penal en la Universidad de Göttingen Alemania., Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cali. Correo electrónico: enrique.artegac@unilibre.edu.co

Fecha de recepción: AGOSTO 15 DE 2019

Fecha de aceptación: OCTUBRE 25 DE 2019

Publicación online: DICIEMBRE 19 DE 2019

## Resumen

Desde la implementación del acto legislativo 003 del 2002 y la ulterior promulgación de la ley 906 del 2004, se abrió camino en Colombia al denominado sistema penal oral acusatorio. Uno de los ejes esenciales del moderno proceso penal incorporado en nuestro ordenamiento fue el principio acusatorio. Según el carácter teleológico de este componente fundamental del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, las funciones de acusación y juicio, son autónomas e independientes, a tal punto que, en su estricta concepción, el juez no puede investigar y el fiscal no puede juzgar. Analizar posibles espacios de relativización en el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, es el propósito central del presente artículo.

**Palabras clave:** Principio acusatorio, separación de funciones, garantías procesales, debido proceso.

## Abstract

Since the implementation of legislative act 003 of 2002 and the subsequent enactment of law 906 of 2004, Colombia has made way for the so-called accusatory oral penal system. One of the essential pillars of the modern criminal process incorporated into our system was the accusatory principle. According to the teleological nature of this fundamental component of the new model of criminal prosecution, the functions of accusation and trial are autonomous and independent, to the extent that, in its strict conception, the judge cannot investigate and the prosecutor cannot judge. The central purpose of this article is to analyze possible areas of relativization in the exercise of criminal action by the Attorney General's Office.

**Keywords:** Accusatory principle, separation of functions, procedural guarantees, due process.

## Resumo

Desde a implementação do acto legislativo 003 de 2002 e a subsequente promulgação da lei 906 de 2004, a Colômbia deu lugar ao chamado sistema penal oral acusatório. Um dos pilares essenciais do processo criminal moderno incorporado no nosso sistema foi o princípio acusatório. De acordo com a natureza teleológica desta componente fundamental do novo modelo de processo penal, as funções de acusação e julgamento são autónomas e independentes, na medida em que, na sua concepção rigorosa, o juiz não pode investigar e o procurador não pode julgar. O objectivo central deste artigo é analisar possíveis áreas de relativização no exercício da acção criminal pela Procuradoria-Geral da República.

**Palavras-chave:** Princípio acusatório, separação de funções, garantias processuais, devido processo.

\* Cómo citar: Arteaga Córdoba, E. (2019). Diversidad sexual y exclusión social. Revista Criterio Libre Jurídico, 16 (2), e-6446. DOI: 10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6446

## Introducción

Así como en los sistemas de gobierno actuales y las formas políticamente establecidas para la designación de sus gobernantes, la democracia se erige en la mejor alternativa contemporánea, es igualmente deseable que los poderes del Estado obren autónomamente, de tal forma, que las funciones de la rama Ejecutiva no incidan en la independencia inherente a la Administración de Justicia, y que en este mismo orden lógico, la Administración de Justicia no interfiera en la ejecución de programas sociales o la configuración de normatividad jurídica. Una forma de gobierno democrática necesita que sus poderes se separen y que ese equilibrio armónico de fuerzas redunde en la consolidación de un mejor Estado. De no ser así, reinaría entonces la anarquía y el autoritarismo. Vale decir: un ejercicio del poder sin límites, arbitrario e injusto.

Algo similar ocurre en el ejercicio del poder punitivo del Estado. La separación de funciones de investigación y juzgamiento es definitivamente una garantía que genera expectativas reales a la presunción de inocencia en la medida que el funcionario encargado de direccionar la investigación, no es el mismo que preside el juicio oral. Esto es lo que se conoce como principio acusatorio, que acorde con lo pensado por doctrina especializada, entre otras acepciones significa qué, no se puede entender condena alguna, sin la existencia previa de una pretensión punitiva representada en la acusación (Armenta Deu, 2014, p. 36). El poder del fiscal y el secreto en ese ejercicio, llegan a su fin cuando la acusación se hace pública. Ya es tiempo, en estas condiciones, que el proceso penal se oxigene y aparezca en escena el Juez, es decir, el órgano decisor e imparcial, completamente ajeno al debate litigioso que se va a suscitar entre fiscalía y defensa.

La neutralidad y objetividad del Juez se constituyen en garantía fundante de la presunción de inocencia como regla de juicio. Su ajenidad frente al conflicto y, de hecho, la ignorancia respecto de los soportes epistemológicos de la acusación y los actos de investigación de la defensa, lo sitúan como un tercero imparcial qué, desde el punto de vista de la gerencia del juicio, éticamente debe alejarse de los sesgos ideológicos que naturalísticamente subyacen en las posturas de la acusación y la defensa. De no ser así, las consecuencias para la parte débil del proceso penal, es decir, el acusado, serían, en lo fundamental, un desastre, con grave perjuicio para la transparencia del juicio, pues no podría haber peor escenario que el de la defensa precisada a luchar contra la prueba producida por la fiscalía y la simpatía previa del Juez con la postulación de los actos de convicción promovidos por el órgano de la acusación. (Guzmán, 2018, p. 180).

En el presente artículo se persigue, en esencia, realizar un análisis de la situación actual del principio acusatorio en el marco del procedimiento penal colombiano. Para tal efecto, y con el fin de llegar a tal objetivo, la propuesta se dividirá en cinco partes. En la primera se hará una breve caracterización del proceso penal forjado a partir de la concentración del poder. Una segunda parte se ocupará de generar una aproximación conceptual de lo que se entiende por principio acusatorio, identificando sus características, notas esenciales y el rol que ocupa en la construcción del sistema penal forjado a partir del enfrentamiento entre fiscalía y defensa. En la tercera parte, el estudio se enfocará en precisar, cuál ha sido la perspectiva de la jurisprudencia respecto de la significación y alcance de lo que se entiende por separación estricta de funciones de investigación y juzgamiento, y la visión de los altos tribunales sobre las repercusiones de la institución en el marco del debido proceso. Se plasmarán en cuarto lugar, algunas reflexiones críticas sobre la dimensión teórica del principio acusatorio, su enfoque realístico y las posibles repercusiones que eventualmente podrían derivarse en punto de algunas posturas de la Sala de Casación Penal de la Corte, como órgano de cierre en la justicia penal ordinaria, particularmente, aquellas que han flexibilizado sus alcances facultando el Juez para que profiera condena, aún al margen de la renuncia de la Fiscalía General de la Nación en sus pretensiones punitivas. Por último, se realizará una propuesta de flexibilización del principio acusatorio para que guarde correspondencia con el valor justicia.

La metodología empleada para llegar a tales finalidades, permite enmarcar este producto en el contexto de una investigación teórico descriptiva con un enfoque crítico y propositivo. Para tal efecto se accedió a fuentes directas que permitieron deconstruir, en términos inteligibles, las características, funciones y razones que, desde el punto de vista del garantismo penal, justifican la existencia del principio acusatorio. Además de ello, se realizaron contrastes entre la dimensión teórica promovida por la doctrina respecto de la separación de funciones, y lo que en términos prácticos ocurre al interior de la administración de justicia penal.

## Breve referencia al proceso penal inspirado en la concentración de funciones

Es muy complejo hablar del presente sin hacer referencia al pasado. Abordar un tema como si se empezara de cero, cuando en realidad hay toda una historia de las razones de orden político criminal que justifican la adopción de un cambio, no es tarea sencilla en realidad. Como no es el propósito buscado adentrarnos en un profundo estudio acerca de los elementos estructurales de los anteriores sistemas de procedimiento penal en Colombia, bastará por ahora mencionar que el ejercicio del poder punitivo permanentemente ha sido objeto de ajustes. Desde el surgimiento del garantismo penal con Beccaría, críticamente se propuso la elaboración de un proceso más humanizado que prescindiera de los tormentos y el maltrato al reo, que con iniquidad era objeto de torturas cuando en términos de lo razonable podría suponerse su inocencia, atendiendo la mayor probabilidad de respeto que los hombres de la época profesaban hacia la ley (Beccaría, 2003, p. 28).

La concentración del poder y la facilidad con la que históricamente se han afectado derechos tan sensibles como la libertad de un individuo, han sido la nota característica de los procesos penales. Y esa concentración en la toma de decisiones lo que ha reflejado es la falta de control en el ejercicio del poder. Así, por ejemplo, legislaciones como el decreto 0050 de 1987, el decreto 2700 de 1991 y la ley 600 del 2000 (aún vigente), modelos de enjuiciamiento previos a la ley 906 del 2004, facultaban a los fiscales para que

de manera autónoma, en el ámbito de la investigación y acusación, produjeran pruebas y ulteriormente las valoraran para imponer sin ninguna clase de restricción, medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Estos medios de conocimiento, sin mayor escrutinio, contradicción y control, dado su carácter permanente y secreto, eran valorados por el juez del caso que prácticamente refrendaba la prueba producida en la investigación que, sin controversia por la defensa, había sido practicada unilateralmente por el ente acusador. Quiere ello decir que, pese a la institucionalizada presencia del fiscal y el juez en el proceso penal, no existía en realidad una evidente separación de roles, porque en teleología, el juez pasivamente era persuadido por la prueba que un tercero ajeno a su imparcialidad, producía en un ámbito previo. Súmese a ello, que por el ejercicio de sus ocupaciones al tener que elaborar o dictar las sentencias escritas, la prueba residual que se practicaba en juicio, excepcionalmente se ejecutaba en su presencia, o sea, sin intermediación.

De otro lado, los términos y la forma en que la acusación llegaba a conocimiento del reo, se hacían de forma tal, que resultaba en no pocas circunstancias difícilmente inteligible a su capacidad de comprensión. No en vano Carrara ya expresaba su preocupación sobre el desbalance y desventaja que tenía la defensa frente a acusaciones que amén de secretas, eran maquinadas durante un tiempo importante por el fiscal, con grave perjuicio para la defensa que, en medio de su connatural ignorancia, no podía idóneamente oponerse a la acusación cuando esta se realizaba incluso ocultando pruebas (Carrara, 1944, pp. 273-274).

Surge en medio de este panorama, profundamente impregnado por la carencia sistemática de garantías para el destinatario de la ley penal, la necesidad de hacer un nuevo ajuste al modelo de enjuiciamiento criminal. Este nuevo direccionamiento apuntaría a la separación material de funciones de investigación y juzgamiento, y con ello la promoción del principio acusatorio.

### **Principio acusatorio. Aproximación conceptual**

La introducción del sistema penal acusatorio en Colombia y su hegemonía generalizada en América Latina, abrió paso a un nuevo paradigma en los modelos de enjuiciamiento criminal, buscando eliminar así escenarios mezquinos y nugatorios de garantías esenciales como el derecho defensa, elemento axial del debido proceso. La búsqueda de una orientación democrática, es decir, un proceso penal con mayor acceso de garantías para el acusado, propició el diseño de una separación rígida de funciones de investigación y juzgamiento. Con este nuevo enfoque, se elimina el carácter permanente de la prueba y la facultad del fiscal para adoptar medidas restrictivas de garantías fundamentales.

De lo anterior se sigue qué, cuando el juicio de probabilidad se construye en la acusación, el juez de conocimiento sólo tiene acceso a los hechos jurídicamente relevantes. La prueba en estricto sentido, se practica en el juicio oral con la presencia del acusado, su defensor y con pleno apego a los principios de contradicción, confrontación, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Es desde luego un enfoque que en una importante dimensión elimina prejuicios al juzgador y en el contexto de la cultura jurídica lo deja como un tercero completamente ajeno a los intereses de la acusación que promueve la fiscalía. Esta es quizá una de las manifestaciones más preponderantes del principio acusatorio, un imperativo del nuevo orden que traduce la naturalística imposibilidad de llevar a feliz término un juicio oral sin la existencia de una acusación previa.

Por su parte, Hendler (1999) concibe el principio acusatorio como una categoría política vivamente representada en la división de funciones procesales que rompe la concentración del poder y adjudica a dos instituciones diferentes las funciones de acusación y las funciones de juzgamiento. En estas circunstancias, el órgano de la acusación en virtud del principio de oficialidad, adquiere a su juicio unos estándares relativos de independencia. (Hendler, 1999, pp. 459-460). Se comparte esta orientación conceptual, porque de todas formas la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, compele jurídicamente al fiscal a promover el juicio de responsabilidad criminal si se satisfacen los presupuestos cognoscitivos de la presunta infracción penal y el nexo probatorio que vincule al acusado como probable responsable del hecho.

Aunque Montero Aroca (1997) no se refiere explícitamente al principio acusatorio, cuando hace un análisis de las actuaciones de las partes en el proceso penal, puntualmente sí cataloga el ritual procesal como un puro enfrentamiento entre acusación y defensa, dejando en manos del juez el poder decisorio sobre el litigio. Esta fundamentación ideológica sólo concibe el derecho de defensa cuando se ejercita en condiciones de igualdad, aceptando, desde luego, que la igualdad de armas tiene matices, porque en la fase de investigación no se presenta tal fenómeno de manera ideal, empero sí sucede lo propio en el desarrollo del juicio oral, cuando a la defensa se le conceden iguales posibilidades de intervención y actuación que al llamado ministerio público. Respecto de este actor institucional, conocido como fiscal en nuestro entorno, aduce que sus peticiones no son vinculantes ni preponderantes para el órgano decisor, motivo por el cual su poderío es legalmente equiparable al de la defensa desde una óptica formal, aunque ello no suceda en el plano material, dada la supremacía del estado frente al individuo en el proceso penal, más aún, si hay vulnerabilidad económica y social de por medio. (Montero Aroca, 1997, pp. 145-146).

Con un criterio hermenéutico similar, Roxin (2000) indica que desde el punto de vista constitucional sólo es admisible la existencia de un sistema penal acusatorio con principio acusatorio, cuando el mismo Estado ha creado a la fiscalía. Así entonces, al margen de que la figura del Juez, igualmente sea una creación estatal, en teleología lo que importa es que se trata de dos actores institucionales distintos porque fiscal y juez no son la misma persona. Queda entonces en cabeza del Fiscal el ejercicio de la acción penal y el monopolio de la acción penal, con excepción de aquellos asuntos susceptibles de trámite a través de la querrela. Roxin (2000), aunándose a estos planteamientos, considera que la carga de la prueba y el imperativo de soportar cognoscitivamente la acusación es una responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación. Este paradigma, no sólo es propio de Alemania y Colombia. Es, en palabras simples, parte de un lenguaje universal en los procesos penales contemporáneos, porque al provocar un juicio de responsabilidad

criminal, tiene la fiscalía un compromiso ético, cual es, llevar ante el juez los medios probatorios que respaldan su teoría del caso. Los jueces de los regímenes penales democráticos no practican prueba para complementar los déficits suasorios del órgano acusador. Esta es la esencia de la separación de funciones.

En una perspectiva similar, el padre del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, define el juicio y sus formas como un fenómeno inevitable del cual el juez no se puede sustraer. En la profundidad de su pensamiento, el órgano decisor debe inflexiblemente estar separado de las partes, y en la dinámica del proceso penal, la acusación y el ejercicio de la acción penal son obligatorias para la fiscalía que, por mandato de la ley, ejerce forzosamente el proceso penal en un juicio oral, asumiendo la carga de probar la acusación en condiciones de igualdad frente a la defensa. Es en su inteligibilidad, la separación del juez con la acusación, el elemento teórico que mayores grados de preponderancia exhibe en el principio acusatorio, erigiéndose de hecho en elemento condicionante y justificador de todos los demás componentes del sistema penal acusatorio. (Ferrajoli, 2001, pp. 561-567).

Dado lo anterior, es por demás comprensible que la separación de funciones de acusación y juzgamiento se caracterice como el elemento fundante del principio acusatorio. De esta categórica, división de roles, se entiende que el juicio se concibe siempre y cuando haya una acusación previa, cuya prosperidad es exclusiva responsabilidad del órgano de la acusación que ética, política y, desde luego, probatoriamente, asume el compromiso de demostrarla. Cuando el juez se separa de la acusación, su pasividad frente a los hechos jurídicopenalmente relevantes se asume como sinónimo de imparcialidad, con mayor razón si es de su pleno conocimiento que, dado el rol que ejerce, no tiene vocación o interés en la consecución de elementos suasorios para lograr su convencimiento respecto de una decisión. Es por ende quien promueve la acción el que debe probar, y el juez verificar si sus manifestaciones acerca de los hechos fueron o no acreditadas.

En la doctrina nacional, Guerrero Peralta (2007) destaca que el principio acusatorio tiene en realidad un carácter multifuncional y que son varias sus manifestaciones al interior del proceso penal. Para tal efecto, su punto de partida es que la independencia del juzgamiento frente a la investigación se erige en la principal caracterización teórica del procedimiento penal, porque se trata de un elemento con la capacidad de influir en toda la estructura del modelo de enjuiciamiento criminal. Sobre la base de esta ideología construye otra serie de categorías como la separación de funciones, la imparcialidad del juez y el carácter limitante de acusación de cara a la condena, comprendiendo estas restricciones, no solo las conductas delictivas, sino también los individuos pasibles de la acción penal. (Guerrero Peralta, 2007, pp. 80-87).

Una vez se ha fijado, a título de aproximación, el panorama conceptual del principio acusatorio, es momento de apreciar su construcción legal y referenciar de manera sucinta los criterios jurisprudenciales, especialmente las posiciones fijadas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de cara a lo que podría ser la puesta en marcha de la separación de funciones de investigación y juzgamiento.

### **Dimensión legal y jurisprudencial del principio acusatorio**

Con la entrada en vigencia del acto legislativo 003 del 2002, y en especial el análisis de la exposición de motivos que tuvo el legislador para abandonar el sistema mixto con tendencia acusatoria, se vio reflejada la necesidad político criminal de modificar la Constitución Nacional en sus artículos 116, 250 y 251. Ya desde esta época se perfilaba la promoción de un principio acusatorio tácitamente incorporado en el orden constitucional. Ello se entiende de los actos precursores a la reforma de la Constitución, teleológicamente concebidos para suprimir las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación y potencializar su capacidad investigativa. Se perseguía entonces un proceso penal de tinte garantista, con mejores estándares de eficacia y rendimiento en la promoción de la acción penal, fortaleciendo así la capacidad investigativa del órgano a cargo de la acusación con la búsqueda y hallazgo de elementos materiales probatorios que sirvan de soporte epistémico a la acusación. (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Era entonces, por demás evidente, que ya no se tornaba deseable en la constitución y el ordenamiento jurídico, que un fiscal con súper poderes fuese juez de sus propias investigaciones; no era compatible con el nuevo orden de valores y con un proceso penal de estirpe democrático, que el mismo funcionario que investigaba, produjera prueba y la valorara ulteriormente para detener al imputado o afectarle garantías fundamentales sin que mediara ninguna clase de control. Se promovía bajo este contexto situacional, una nueva fiscalía, encargada de la acusación con estrictez y, responsable además de su verificabilidad en el juicio oral. Un espectro rodeado de todo este entorno, fortalecía el ejercicio de la acción penal y su monopolio en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Otro giro hermenéutico que subyace con la implementación del acto legislativo 003 del 2002 es qué, a diferencia de lo ocurrido en el decreto 2700 de 1991, la fase de investigación deja de ser el centro gravitacional del proceso penal. Con la asunción del nuevo orden, hay una separación entre las funciones de investigación, acusación y juzgamiento; las dos primeras serán responsabilidad del Fiscal General de la Nación y sus delegados, en tanto que la fase de juicio es asunto del Juez. (Constitucional, 2003) El protagonismo en el proceso penal contemporáneo se vive en la fase de juzgamiento, porque es en esta donde fiscalía y defensa se enfrentan dialécticamente ante un Juez, tercero imparcial, con intermediación en la práctica de la prueba, con pleno derecho a controlar la actividad de parte y en medio de una actividad litigiosa que permite el acceso a la sociedad por medio del principio de publicidad.

La incorporación explícita del principio acusatorio por parte de la jurisprudencia constitucional se visibiliza en el año 2005. Hace la Corte Constitucional un examen exhaustivo de la estructura, configuración y referenciación jurídica de un proceso penal con identidad propia, que no es de partes en términos radicales, por la concurrencia de otros actores institucionales como las víctimas y el ministerio público, pero que tampoco se puede adscribir al sistema continental europeo por la estricta separación de funciones que ocurre en las fases de investigación y juzgamiento. Se destaca la reserva judicial en cabeza del juez con función de control

de garantías de cara a la imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva o frente a los actos de investigación que tengan la capacidad para afectar garantías de orden fundamental; así, igualmente se subraya el hecho de que tanto el juez de conocimiento, como el de garantías, no son simples refrendadores de formalismos, sino que su intervención debe ir orientada a ser guardianes del respeto de los derechos del imputado y de la víctima, particularmente, el derecho de estas a conocer la verdad sobre lo ocurrido y su realización efectiva de justicia. (Constitucional, 2005).

Como se observa, las decisiones del Tribunal Constitucional en Colombia establecieron una serie de parámetros importantes en los que se hace una clara arquitectura del actual proceso penal. El nuevo paradigma, según el órgano de cierre en materia constitucional, aunque promueve una separación radical en las funciones de investigación y juicio, no deja al juez como simple espectador en la disputa, pues dada su calidad de juez constitucional, tiene el deber político de velar por las garantías del imputado y por los derechos de las víctimas en el establecimiento de la verdad. Esa es, fundamentalmente, la nota característica del principio de imparcialidad. De todas formas, es preciso aclarar, que la Corte Constitucional elabora sus juicios desde una perspectiva política y en abstracto. Sus raciocinios se deben al carácter teleológico del proceso penal y su correspondencia con el orden constitucional. No hace, por tanto, análisis de caso y desde esta perspectiva, es a la jurisdicción ordinaria en lo penal a la que corresponde hacer los exámenes en concreto y su eventual correspondencia o no con la principalística.

El rol asumido por la Corte Suprema de Justicia para el desarrollo del modelo de enjuiciamiento criminal colombiano ha sido sumamente importante, y se trata desde luego de una labor compleja, porque a lo largo de estos 15 años de vigencia de la ley 906 del 2004, a la Corte como Tribunal de Casación, han llegado infinidad de problemas jurídicos desde los que se han construido importantes líneas de pensamiento en gran variedad de instituciones jurídicas del proceso penal. Tal es el caso de los preacuerdos; el rol del juez con función de control de garantías frente a la imputación; la construcción de hechos jurídicamente relevantes; y entre otros, el manejo del principio de congruencia, de cara a las limitaciones que impone al juez, la imputación fáctica y jurídica de la acusación.

Aunque todos son temas altamente inquietantes, y se escapan del propósito central del presente trabajo, se toma con excepción del principio de congruencia, cuyos elementos configuradores, delineados en el artículo 448 de la ley 906 del 2004, son una viva expresión del principio acusatorio. Este instrumento jurídico, conocido también como principio de coherencia en el sistema interamericano de derechos humanos, se erige en un límite objetivo para las pretensiones punitivas del fiscal y la forma en que decide el juzgador en su sentencia al culminarse el juicio oral. Es una manifestación legal del principio acusatorio, porque, en primer lugar, la fundamentación fáctica de la acusación, además de ser un condicionante del tema de prueba y del consecuente debate jurídico, lo es también para el juez en la medida que todos los hechos con relevancia jurídico penal que no consten en la acusación, quedan excluidos en un eventual juicio de culpabilidad. En un segundo orden, pero con similar trascendencia ideológica, los delitos que no hayan sido objeto de solicitud de condena por el titular de la acción penal, quedan igualmente por fuera del ámbito de la declaración de culpabilidad. Esta es desde luego una lectura realizada en la lógica del positivismo jurídico que, en el marco de garantías de las formas propias del juicio, es sinónimo de confiabilidad en el Estado de Derecho.

En términos generales, la Corte Suprema de Justicia ha sido particularmente celosa del respeto que se debe profesar por el principio de congruencia, como faceta medular del principio acusatorio. Así por ejemplo, la Corte indicó que en un caso en el que formalmente se había acusado por el delito de porte ilegal de armas en concurso con secuestro extorsivo, nada se dijo en el debate probatorio respecto de la conducta lesiva de la seguridad pública, razón que la llevó a reprobar los análisis que realizaron primera y segunda instancia acerca de este comportamiento, ya que antes de la absolución por el cargo, lo coherente en el marco del debido proceso era declarar la nulidad y volver a desarrollar el juicio oral para que el debate probatorio tuviera una efectiva materialización que legitimara en realidad la discusión sobre la ocurrencia o no del delito de porte ilegal de armas de fuego. Se dijo en términos simples que, construir alegatos de cierre artificiosos cuando en ningún espacio del juicio oral se hizo referencia al delito, era en verdad una falacia insoportable para las formas propias del juicio. (Sentencia de Casación, 2017).

Lo que se advierte del fallo resaltado en precedencia es que, al margen de la independencia de las funciones de investigación y juicio, una y otra se erigen en una síntesis dialéctica del debido proceso, dado el carácter teleológico y vinculante de la acusación frente al juicio. Expresado en forma distinta: sin acusación previa, no se concibe el juicio; o mejor, una acusación sin debate probatorio en el juicio, no es en términos reales una acusación.

Otra interesante y controversial decisión es la identificada con el radicado 28649, del 3 de junio de 2009, con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quintero Milanés. Se trata del caso de una joven adolescente de 15 años de edad que consumió bebidas embriagantes en una importante cantidad, quedando a consecuencia de ello en incapacidad de resistir una embestida erótico sexual del acusado. La fiscalía en este caso solicitó condena por el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207 del C. Penal). De acuerdo con lo ocurrido en juicio, la primera instancia estimó probado el delito de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir (artículo 210 del C. Penal), emitiendo sentencia condenatoria por ese delito. La decisión fue atacada en segunda instancia por la defensa y el Tribunal Superior, revocó el fallo y emitió absolución porque se había desconocido el principio de congruencia. La Corte, respaldó el pensamiento de la segunda instancia.

Lo curioso del caso es que, no se discutió que se hubiese acreditado la ocurrencia del hecho, fenomenológicamente concebido; como tampoco la consubstancial responsabilidad penal del acusado. La decisión de absolución se fundamentó en la quiebra del principio de congruencia, porque el acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir y el acceso carnal con persona en incapacidad de resistir, según la lectura de la Corte, son modelos delictuales completamente distintos con identidad fáctica y jurídica diversa.

Esta postura, es desde luego profundamente discutible, porque a la luz del derecho substancial, uno y otro fenómeno delictual tienen componentes con amplio margen de convergencia que no necesariamente transgreden el principio de congruencia. (Arteaga, 2019). Como se indicó, el desarrollo promovido por la Corte Suprema de Justicia en punto del principio acusatorio, ha sido prolijo, y la tendencia como elemento de referenciación es la de separar a los jueces de garantías y de conocimiento de las labores de investigación y acusación. Lograr esa separación, no es tarea fácil, porque el monopolio del ejercicio de la acción penal es una institución que, a pesar de su regulación jurídica, no deja de ser una obra humana y por esa sola circunstancia, se encuentra expuesta a las connaturales falibilidades de quien acusa. Tampoco se escapa del rol del juez, la tentación de incidir en la edificación de las hipótesis delictivas de la fiscalía, que en sede de imputación y acusación se construyen sobre la base de una inferencia razonable o probabilidad de verdad.

Por estas razones, la independencia y autonomía de las funciones de investigación y acusación respecto de la función del juicio oral, han de apreciarse concibiendo al proceso como una estructura lógica, consistente e indivisible. Se trata de una conjunción armónica, porque los límites jurídicos y fácticos del proceso penal, es decir, la pretensión punitiva del Estado frente al individuo, se fijan desde la audiencia de imputación. Es esta una actividad de parte que en ordinarias circunstancias, permanece inalterada hasta la acusación; y es a su turno ésta la que condiciona y delimita las personas y delitos por los que se podrá emitir una sentencia condenatoria.

Esta línea de pensamiento se siguió construyendo pacíficamente hasta el año 2016, cuando la Corte Suprema de Justicia en juicio adelantado por abuso sexual de una niña acogió una sentencia de condena promovida en virtud de un recurso de apelación que invocó la representación judicial de víctimas. Según el trámite procesal, el Juez de primera instancia absolvió a petición de la fiscalía y, la víctima interpuso recurso de apelación. Al desatarse el medio de impugnación, la segunda instancia, revocó la decisión y condenó. El fallo de segunda instancia fue recurrido en casación y la Corte, otorgó la razón a la Sala de Decisión Penal, optando por refrendar la condena. (Sentencia de casación, 2016).

En esta ocasión, el Alto Tribunal dio respuesta al siguiente interrogante, ¿puede condenar el juez de primera o segunda instancia, a pesar de que medie solicitud de absolución por parte de la fiscalía? Se trata de una pregunta fuerte, de profundas repercusiones y qué, hasta ese momento no había sido objeto de riguroso análisis por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La trascendencia del problema auspiciado, radicaba precisamente en analizar si se tornaba respetuoso de las garantías y comprensible, emitir una sentencia condenatoria, al margen de que explícitamente la fiscalía hubiese declinado sus pretensiones punitivas en el alegado de cierre con una petición de absolución. Según la dinámica del caso, al no insistir en una sentencia de condena, el ente acusador estimó que no satisfizo con su actividad probatoria los presupuestos substanciales del artículo 381 del C. de P. Penal; quiere ello significar que no logró desvirtuar la presunción de inocencia en su variable de regla de juicio. Desde el punto de vista procesal, en una exégesis coherente, puede indicarse que el titular de la acción penal decidió apartarse del análisis prospectivo que había construido en su teoría del caso, actitud que en términos jurídicos comportaba el retiro de los cargos, es decir, de la acusación.

El anterior pensamiento, que se sostuvo hasta el año 2016, y de hecho en la actualidad es mayoritario, gobernó un gran número de decisiones en la Corte, pues se entendía que condenar al margen de una petición de absolución, era tanto como reemplazar la acusación y concentrar en el juez las funciones de acusación y juicio. Se decía entonces, que el principio acusatorio no se podía quebrantar, porque ello equivalía a golpear uno de los pilares esenciales del llamado sistema de partes. El Tribunal de Casación decidió apartarse de esta postura, indicando que el ejercicio de la acción penal no es una facultad o atribución. Es un deber jurídico, un imperativo que se deriva del principio de oficialidad de la acción penal, salvo los casos de aplicación del principio de oportunidad, destacando que la fiscalía en los casos de preclusión, absolución perentoria o celebración de preacuerdos, no tiene facultades para disponer del ejercicio de la acción penal. El fiscal, simplemente postula una pretensión, pero la decisión de fondo en todos los casos se encuentra en cabeza del juez. (Sentencia de casación, 2016).

Recientemente la Corte, dentro de un proceso penal adelantado por el delito de homicidio, acogió la tesis del Tribunal de condenar al acusado. Como ocurrió en el caso anterior, la decisión absolutoria de primera instancia adoptada en el ámbito previo, fue atacada por la representación judicial de la víctima, muy a pesar de las peticiones absolutorias que al unísono invocaron fiscalía, defensa y el ministerio público. Se indicó, por la Alta Corporación, que el valor justicia y la concreción de ésta en el marco del proceso penal no puede estar supeditado a la petición absolutoria del Fiscal. Reiteró que la decisión judicial de absolver compete al Juez y mal haría este en ignorar el valor probatorio de los medios de conocimiento para acoger una formalidad que no puede estar por encima de la necesidad de justicia. Subrayó que lo vinculante para el Juez es la valoración conjunta de los medios de prueba que se allegan al juicio y no los actos de postulación de quienes intervienen en el juicio. (Sentencia de casación, 2020).

Conocidas a grandes rasgos las fluctuaciones de la Corte, respecto de los límites jurídicos o atribuciones que tiene la Fiscalía General en el ejercicio de la acción penal, se analizará a continuación su cambio de pensamiento y las posibles repercusiones que podría tener de cara a la configuración constitucional del sistema de enjuiciamiento criminal en Colombia.

## **La búsqueda de la verdad. Un indescifrable elemento de quiebra del principio acusatorio**

Bien se sabe que el moderno proceso penal hoy, más que nunca, ha permitido que las discusiones y diferencias suscitadas al interior del litigio se realicen de manera pública. Tiene así la sociedad, por mandato legal y transparencia en la administración de justicia, la posibilidad de acceder en tiempo real al choque dialéctico suscitado entre fiscalía y defensa. Cada adversario desde su orilla, hace lo que le es humanamente posible para persuadir al órgano decisor de la mejor bondad de su insular construcción en materia de hechos jurídicamente relevantes. Si lo que teóricamente se predica del sistema penal oral acusatorio es que sirve de escenario para

un enfrentamiento entre iguales, lo deseable es que la construcción teórica del caso, igualmente sea sometida al escrutinio del Juez por parte del abogado defensor. Esto significa que, al margen de que la defensa nada deba probar porque tal carga es del órgano de la acusación, desde el punto de vista epistemológico es más compleja la decisión del Juez cuando se ve obligado a enfrentar o ponderar los pesos y contrapesos de cada tesis.

Aunque contamos con un sistema de enjuiciamiento criminal en el que la pasividad del juez es una de sus características esenciales, esa pasividad, es decir, esa prudente pero sigilosa atención a la actividad probatoria de las partes cuando incorporan elementos suavorios al juicio, es la que mayor confiabilidad transmite a fiscalía y defensa. En efecto, con un tercero ajeno frente a la discordia jurídica, mayor raciocinio y reflexión destinan las partes en sus esfuerzos encaminados a producir prueba y controlar la actividad probatoria de su legítimo contradictor natural. Sobre este elemento fundante del proceso penal contemporáneo, la ley 906 del 2004 encarna una interesante paradoja, ya que en su artículo 5, impone un mandato de imparcialidad al Juez, empero al analizarse el contenido de tal disposición le pide que, de todas maneras, ajuste imperativamente su proceder a efectos de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Es desde luego una contradicción, porque a través de una conducta naturalísticamente omisiva como es la imparcialidad del Juez, con suma dificultad es factible concebir actos propositivos que redunden en la búsqueda objetiva de la verdad y la justicia. Mayores dificultades se suscitan si el deseo del legislador queda enmarcado en la aspiración de poder establecer una verdad con objetividad. Pero ¿Cómo puede construirse una verdad de esas características, si finalísticamente el órgano decisor no interviene en la producción probatoria que le sirve de soporte a su juicio?

No hay una respuesta para tal interrogante; lo que sí resulta objetivamente indiscutible es que la toma de decisiones jurisdiccionales depende de los actos de prueba que en presencia del Juez aportan y construyen las partes. La confiabilidad y capacidad de rendimiento de cada medio de prueba, dependerá, por una parte, de los parámetros de valoración probatoria que la ley le ha encomendado al juez, pero, también a su turno, de la sapiencia de quien pretende probar. Así entonces, en un mismo panorama contextual, tanto la forma de preguntar del fiscal o defensor, como la forma de responder del testigo y la capacidad de integrar su testimonio a la teoría del caso, será fundamental para, a la postre, predicar que una u otra manifestación de la forma en que ocurrieron o no los hechos, fue debidamente acreditada.

En síntesis, el imperativo categórico delegado al Juez para la búsqueda de la verdad y la justicia, depende, en importantes proporciones noseológicas, de la ética, objetividad y transparencia de las partes en el despliegue de su actividad probatoria y postulación de pretensiones frente a la forma en que se debe resolver el litigio. De este primer planteamiento se sigue, que fiscalía y defensa producen prueba elevando cada una su pretensión respecto del caso, en tanto que el Juez, como presidente del juicio, decide conforme, no al particular punto de vista en el razonamiento probatorio de los adversarios, sino conforme a sus propios estándares de convicción que se supeditarán finalmente a lo probado en el juicio, que puede o no coincidir con lo propuesto por las partes.

Hay, en todo caso, conforme a este panorama, separación de roles o división de funciones, porque el Juez no genera conocimiento para sí mismo, ni tampoco la Fiscalía tiene atribuciones para juzgar o decidir el caso en la medida que asume cargas probatorias con el fin de persuadir al destinatario de la prueba, es decir, al órgano decisor. Taruffo (2010) encuentra sensibles dificultades frente a este mecanismo de búsqueda de la verdad, porque entendida la pasividad probatoria del Juez como sinónimo de imparcialidad, la coherencia epistémica de las decisiones estaría supeditada a la buena fe de las partes por demostrar al Juez la verdad de sus asertos. (Taruffo, 2010, pág. 139). Es por demás justificada la preocupación del profesor italiano, ya que, situándonos puntualmente en el proceso penal, muchos de los litigios se construyen sobre la base de posiciones antagónicas e irreconciliables. De esta manera, si la fiscalía indica que Pedro es autor de un homicidio, la defensa propondrá eventualmente que no fue él la persona que cometió la ilícita conducta. Es por tanto, difícil vaciar este modelo en el sistema acusatorio, con mayor razón si en consideración se tiene que el llamado a juicio de responsabilidad penal, tiene derecho a mentir por el fuero de no autoincriminación.

En fin, hablar de un criterio de verdad objetivo plasmado desde el punto de vista legal, contradice abiertamente el pensamiento mayoritario de la doctrina sobre dicha institución. Los alcances de la verdad según Nicolás Guzmán (2018), no son más que relativos o de naturaleza subjetiva, porque como ocurre por ejemplo con las sentencias judiciales, la verdad se puede concebir sólo como un valor que se adscribe a la sentencia, sin que necesariamente esa verdad sea equiparable a la verdad histórica que se pretende desentrañar en el proceso judicial (Guzmán, 2018, p. 25).

Por su parte, Tedesco (2007) describe la búsqueda de la verdad en el proceso penal como una especie de ritual que en su forma y contenido se aproxima de manera importante al de una obra teatral. En su interesante cosmovisión, tanto el teatro, como el proceso tienen un escenario, se dirigen a un público, hay instantes de espectacularidad, conservan un guion, deben tener un final, y aunque se discute que la puesta en escena de la obra teatral es una ficción, si se ahonda un poco en los meandros del proceso penal, no es del todo claro que en el mismo se construya la verdad en su naturalística concepción. (Tedesco, 2007, pp. 118-119).

Ferrajoli (2013), al respecto, propone una concepción de verdad en el proceso penal, pero fundamentada en criterios de verificabilidad y refutabilidad. Una verdad llena de garantías judiciales que permitan razonadamente verificar en el ámbito probatorio la hipótesis de la acusación; un concepto de verdad que restrinja al máximo parámetros subjetivos de valoración en el Juez. Propone una fórmula de verdad holística, omnicomprendensiva, de inmunidad del ciudadano frente a posibles arbitrariedades del funcionario judicial. Todo al final, sin dejar de lado la fragilidad del concepto de verdad y su contenido altamente relativo. (Ferrajoli, 2013, pp. 454-455).

Miremos ahora, con sentido crítico y de manera reflexiva, la posible tendencia en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia. La decisión identificada con el radicado 43837 del 2016, en la que se juzgó un presunto abuso sexual, se construye sobre una base conceptual sólida que, desde el punto de vista jurídico, es difícilmente objetable. Nadie discute, que por regla general, la Fiscalía se pronuncia a través de actos de postulación y que no tiene atribuciones para disponer libremente sobre el ejercicio de la acción penal. La mayoría de sus decisiones tienen control judicial, hasta incluso los archivos que autónomamente profiere en aplicación de los artículos 69 y 79 de la ley 906 del 2004 son eventualmente revisables por el Juez de Control de Garantías, que de hecho está facultado para ordenarle que siga adelante con los actos de indagación. Siguiendo estas disquisiciones, si la imputación o acusación no están inteligiblemente construidas, tales actuaciones son susceptibles de rechazo o inadmisión.

La acción penal no se ejerce tan libremente en realidad. Hay presupuestos de legalidad en el delito y formalidades sustanciales en la construcción de los hechos que se erigen en diques insoslayables para el ente acusador. No se puede imputar una conducta atípica; realizar una imputación que no tenga un lenguaje claro y comprensible impide el inicio de un proceso penal, porque en elemental lógica, nadie se puede defender de lo que no entiende. Esos límites son, desde luego, positivos y es válido ejercerlos de manera excepcional, particularmente en aquellos casos donde la titularidad en el ejercicio de la acción penal se ejerce de manera arbitraria. Si esto ocurre con los actos de composición del debido proceso, también es aceptable que en un momento dado el juzgador no encuentre razonable una petición de condena, cuando la realidad probatoria o el alcance suasorio de los medios de convicción ilustran que no se cumplen los presupuestos materiales y probatorios para vincular al acusado con la conducta delictiva. La verdad como eje esencial del valor justicia, no sólo se ve reflejado en el acceso de las víctimas a la administración de justicia; que éstas tengan acceso al proceso penal y puedan hacer valer sus derechos, no significa que toda petición deba resolverse favorablemente a sus intereses. También se administra justicia cuando se absuelve a quien se presume inocente.

Pero en el otro eje dialéctico, la hermenéutica de la Corte se orienta a fijar como una alternativa viable que el Juez se aparte de la postulación absolutoria cuando discrepe de la solicitud que en tal sentido ha realizado el ente acusador. En las dos decisiones, axialmente soporta la Alta Corporación su sentir en el entendido de que el Juez no puede quedar fatalmente vinculado a la petición absolutoria de la Fiscalía, si en su fuero interno lo que le revela el examen de la actividad probatoria es que sí concurren los presupuestos jurídicos para emitir una sentencia condenatoria. Atendiendo esta nueva exégesis, si la Fiscalía postula peticiones absolutorias, y esos requerimientos no son ideológicamente compartidos por el Juez, los derechos de las víctimas y la concreción material de sus expectativas en el proceso penal, habilitarían la quiebra del principio acusatorio, porque al órgano decisor ya no lo ataría el pedimento de quien representa a la acusación, sino que por el contrario, en estricto sentido, lo vinculante sería la valoración racional que haga de la prueba.

Algún sector de la doctrina argentina es del criterio que cuando el juez desconoce el principio acusatorio en los eventos de petición absolutoria, asume los poderes de acción y jurisdicción, actitud que es desde luego indeseable en el marco de las garantías del imputado. De hecho, apoyan su tesis en posturas asumidas por la Corte que finalmente propugnaron por un respeto del debido proceso y respaldo íntegro del principio de congruencia (Fleming, 2008, pp. 514-521).

Esta orientación dialéctica de la doctrina argentina se fortalece aún más, si en consideración se tiene que, cuando el Juez concentra en sus facultades la acción y la jurisdicción, lo hace con el propósito de alcanzar la verdad como elemento configurador de la justicia, pero hay un problema. La búsqueda de la verdad real en el proceso penal y un modelo de aproximación para su configuración es prácticamente una utopía. Claro está que esas limitaciones conceptuales de lo que se entiende por verdad, y cuál es su significado en el proceso penal, tampoco pueden ser un elemento perturbador en la concreción del valor justicia.

Lo anterior significa que, el anhelo constitucional que la Corte fijó en sentencia C-591 del 2005, para que las víctimas vean en el proceso penal el medio para tener acceso a la verdad de lo ocurrido y la realización de justicia, es necesario adaptarlo a escenarios particulares que se correlacionen con la realidad probatoria que gobierna el caso puntualmente examinado. Podrían elaborarse una serie de subreglas o criterios hermenéuticos que propedéuticamente orienten la toma de decisiones en las bases de la administración de justicia, elementos que desde luego racionalizarían la flexibilización del principio acusatorio. Desafortunadamente, la Corte no se ocupó de ello, y si se miran sus decisiones con orientación a las consecuencias, se correría el grave riesgo de que sobre la base de criterios eminentemente subjetivos, el Juez se aparte de la postulación absolutoria del ente acusador.

Llama la atención que, en los dos fallos analizados, fiscalía, defensa y ministerio público coincidieron en su pretensión absolutoria. El ataque al fallo de primera instancia, lo realizó la representación judicial de víctimas; la absolución fue revocada por la segunda instancia; y en sede de casación, no prosperó el recurso extraordinario contra la decisión del Tribunal. Se legitimó entonces la verdad, según el criterio de la Corte; desde luego se realizó un proceso de valoración probatoria, pero en teleología, la verdad impuesta en la sentencia fue la fijada judicialmente por el órgano decisor, sin que se establecieran parámetros específicos que, desde una perspectiva constitucional, dotaran de mayor peso y certidumbre a las sentencias.

### **Una visión integradora del principio acusatorio y la verdad**

Dadas estas circunstancias, ha de indicarse que, el pensamiento de la Corte se acoge en lo que concierne a la genérica posibilidad de condenar, aunque el órgano de la acusación eleve petición de absolución. En todo caso, como eje rector para futuras decisiones, es menester precisar que, principio acusatorio y búsqueda de la verdad son dos caras de la misma moneda para el Juez. Quiere ello significar, que una decisión judicial armónica y respetuosa del moderno proceso penal, inspirado a partir de criterios de orden constitucional, forzosamente debe albergar las dos alternativas, y es admisible que en excepcionales circunstancias, se flexibilice la separación de funciones.

En punto de la dogmática procesal, y analizando la diversidad de problemáticas que se podrían suscitar en materia de pruebas, el razonamiento probatorio podría erigirse en un primer vector a considerarse por el Juez. De esta forma, a título meramente enunciativo, el principio acusatorio podría ceder de cara un grosero y evidente yerro en la formulación de la absolución por parte del ente acusador. Sería una de aquellas hipótesis en las que la jurisdicción quedaría habilitada para apartarse del requerimiento de la acusación. Para delinear la propuesta, la decisión del Juez idealmente debe inspirarse en criterios prevalentemente objetivos en lo que se concibe como probatoriamente demostrado; tal es el caso de la muerte de un individuo, o simplemente los estigmas de violencia en el área genital de una mujer que ha sido vejada. En este aspecto, como bien lo sugiere Ferrajoli (2013), los parámetros de subjetividad y arbitrariedad en la decisión se reducen de manera importante. De esta manera, la objetivación en el conocimiento del Juez, se enarbolaría coherentemente en la salvaguarda de la verdad.

Desde otra arista epistémica, un segundo criterio sobre las facultades intervencionistas del Juez frente a la acusación, estaría fundamentado en el déficit argumentativo de la absolución requerida. Aquí el problema no sería de imprecisión en el razonamiento por el órgano de la acusación, sino de ausencia de valoración del medio de conocimiento que sirve de nexo teleológico para el establecimiento de la verdad. En términos de lo que debe considerarse justo, constituiría una abierta iniquidad el avalar una absolución inspirada en la ignorancia o el desconocimiento de los medios de prueba que se produjeron en presencia del Juez gracias a la intermediación probatoria. Cuando la prueba ingresa al proceso, no es consecuente con el valor justicia que quien juzga se sustraiga de la realidad que encarna el medio cognoscitivo producido con pleno apego a las reglas jurídicas que gobiernan el debido proceso. La prueba, en estas circunstancias, no es un monopolio de la Fiscalía General de la Nación; la prueba es del juicio, y quienes intervienen en el proceso penal, comunitariamente están habilitados para valorarla. En todo caso, los límites de intervención del juez frente a la declinación en la acusación, se encuentran materialmente condicionados por la objetiva ausencia de valoración del Fiscal. De lo contrario, la simple discrepancia sobre el alcance de la prueba, o la intuición apreciativa del Juez, arbitrariamente podrían llevar a escenarios transgresores de instituciones tan importantes como el *in dubio pro reo*. No se olvide que la razonabilidad de la duda es un soporte de estirpe antropológico que debe favorecer al acusado.

Otra perspectiva teórica a considerarse al momento de decidir y desatender la pretensión absolutoria de la Fiscalía, podría ser la acepción de verdad por correspondencia, es decir, la mayor conexión lógica existente entre la “verdad” precursora de una condena y el análisis de este mismo contexto probatorio en el que se reconoce la duda respecto de uno o varios elementos del debate jurídico. Con excepcional tino Taruffo (2009) relievra que la idea de ganar o perder subyace siempre en el escenario procesal, subrayando además que esa expectativa se soporta en la acreditación fehaciente de la verdad sobre los hechos. Para el profesor italiano, esta configuración del proceso penal contemporáneo alienta juicios probabilísticos de verdad por correspondencia entre los hechos judicialmente determinados y aquellos que ontológicamente sucedieron en el orbe fenomenológico. (Taruffo, 2009). De optar el Juez por esta figura, su conducta y proceder, desde el punto de vista ético y axiológico en la producción de la prueba, son determinantes; pues sólo en la medida que más alejado hubiese estado el órgano decisor del debate probatorio, más confiable y justa podrá ser su determinación de condenar.

No es el momento de emitir conclusiones; la complejidad del tema y las dificultades de acceso frente a posturas concluyentes, tornarían arrogante asumir ideologías pontificadoras. Este es simplemente un punto de partida en el que se genera una propuesta que, como todo en el mundo criteriológico del derecho, se encuentra sujeto a exámenes, valoración y desestimación. Lo que se busca esencialmente es abrir el camino para la emisión de decisiones justas en donde los cantos de sirena que generan los planteamientos emergentes, no se asuman acríticamente.

#### **Conflicto de interés:**

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

#### **Referencias Bibliográficas**

1. Armenta Deu, T. (2014). *Estudios de justicia penal*. Madrid: Marcial Pons.
2. Arteaga, C. E. (2019). El principio de congruencia, aplicación prevalente en delitos sexuales abusivos. *Análisis crítico del sistema penal acusatorio*, 43-66.
3. Beccaría, C. (2003). *De los delitos y las penas*. Bogotá: Temis.
4. Carrara, F. (1944). *Programa de derecho criminal, parte general*. Buenos Aires: De Palma.
5. Constitucional, C. (30 de Septiembre de 2003). C-873. Bogotá, Colombia.
6. Constitucional, C. (9 de Junio de 2005). C-591. Bogotá.
7. Corte Suprema de Justicia. (25 de mayo de 2016). SP6808-2016. [MP. Gustavo Enrique Malo Fernández]
8. Corte Suprema de Justicia. (1 de febrero de 2017). SP1003-2017/45464. [MP. José Luis Barceló Camacho]
9. Ferrajoli, I. (2001, 5a edición). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

10. Ferrajoli, L. (2013). *Escritos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
11. Fleming, A. L. (2008). *Garantías del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
12. Guerrero Peralta, O. J. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica.
13. Guzmán, N. (2018). *La verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Didot.
14. Hendler, E. S. (1999). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad-hoc.
15. Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
16. Representantes, C. d. (2002). *Exposición de motivos de proyecto de acto legislativo 237 del 2002. Exposición de Motivos* (pág. Gaceta 134). Bogotá: Congreso de la república.
17. Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
18. Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
19. Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.
20. Tedesco, I. F. (2007). *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

