

VARIACIÓN DE LA CALIFICACION JURÍDICA POR PARTE DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO

Estudiantes

GUSTAVO ADOLFO CARREÑO CORREDOR

MARÍA DEL PILAR CARREÑO CORREDOR

UNIVERSIDAD LIBRE

SECCIONAL SOCORRO

POSGRADO EN ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

SOCORRO

2020

RESUMEN

El tema variar la calificación jurídica como problema jurídico parte de una revisión documental de conceptos, sistémica y normativa, jurisprudencial del “principio de congruencia en el proceso penal y los límites del juez a la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación”. Se propone como solución la posibilidad que “el fiscal presente múltiples acusaciones en alternativa o subsidiarias en su acusación”, de tal forma garantizando el derecho de defensa en el juicio frente “a todas las posibles calificaciones jurídicas” aportadas, y donde el juez podrá optar por cualquiera de ellas, según el material probatorio aportado. Dentro del contexto de la investigación también se aportan los posibles yerros de la Fiscalía al proferir calificación jurídica, y se propone una solución para evitar que el juez pronuncie nulidad del asunto procesal. Para el lector que desee profundizar el tema se incorporó la línea jurisprudencial para el principio de congruencia en tres eventos: congruencia rígida, congruencia moderada y congruencia flexible. Se aplicó una metodología de Investigación básica jurídica al pretender determinar las posibles variaciones en la calificación jurídica por parte del operador judicial penal, donde se toman las teorías para la argumentación en el objeto de estudio de la realidad fáctica-teórica, para llegar a la validación de un resultado que partió de premisas aceptadas en el contexto penal.

Palabras clave

Congruencia flexible, congruencia moderada, congruencia rígida, imputación fáctica, imputación jurídica, Principio de Congruencia, sistema penal acusatorio, Variación de la calificación,

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	2
PREFACIO.....	6
GENERALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
Pregunta problema.	9
Objetivos.....	9
Metodología	9
CAPITULO 1	10
PRINCIPIO DE CONSONANCIA	10
Del principio de congruencia	10
Definición	10
Calificación Jurídica	10
De la titularidad de la acción Penal.....	11
El principio de congruencia al tenor de la Corte Suprema de Justicia	13
Petición de absolución de la Fiscalía	13
No puede agravarse la condición jurídica	14
Congruencia en segunda instancia.....	14
Del “error en la Calificación Jurídica”	16
Yerro por parte de la Fiscalía.....	16
La función judicial del Fiscal y del Juez	17
De la intervención del Fiscal en las audiencias preliminares	18

CAPITULO 2	19
EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA IGUALDAD DE ARMAS	19
Igualdad de armas.....	19
Conceptualización.....	19
Herramientas de persuasión y elementos de convicción	20
Principio entre formulación de acusación y la sentencia.....	21
Del instituto de Derecho Procesal.....	21
El principio de Congruencia y su vínculo con el derecho de defensa	23
Línea Jurisprudencial: Principio de Congruencia	24
Congruencia Rígida	24
Congruencia Moderada	25
Congruencia Flexible	26
CAPITULO 3	28
CONDENAS POR DELITOS DISTINTOS A LOS SEÑALADOS EN AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN O DE ACUSACIÓN	28
Correspondencia entre acusación y sentencia.....	28
De la imputación fáctica y Jurídica.....	28
El juez no puede conocer conductas punibles diferentes	29
De la conducta a favor del procesado	29
El juzgador puede apartarse de la imputación o de la acusación	29
Del Principio de Favorabilidad.	30
La Constitución Política (1991) y el principio de favorabilidad	31
condena por otro ilícito distinto al de la acusación	31
Doctrina de la Corte Suprema de Justicia.....	31
Margen del fallador frente a la congruencia.....	32
CONCLUSIONES	34
BIBLIOGRAFIA	37

PREFACIO

Gustavo Adolfo Carreño Corredor¹

María del Pilar Carreño Corredor²

Se plantea como problema jurídico consistente en determinar si las facultades que tiene el juez penal de conocimiento le permiten variar la calificación jurídica de la acusación realizada por el ente fiscal en el “sistema penal acusatorio sin trasgredir el principio de congruencia”.

El contenido del documento consta de tres capítulos, el capítulo 1 se refiere al “Principio de Consonancia o de congruencia”, Tiene dos partes, en la primera se hace la definición del principio, la calificación jurídica, así como “quienes tienen la titularidad de la acción penal”, cual es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre este principio, también se toca un ítem donde se manifiesta que la condición jurídica del imputado no puede gravarse, y para concluir esta primera parte se trata de forma general el principio de congruencia en la segunda instancia. En la segunda parte se toca el tema de yerro en la calificación jurídica, se comenta sobre el yerro que puede ocurrir por parte de Fiscalía, al fin y al cabo, por la premura se pueden cometer errores y estos funcionarios son humanos; luego se hace referencia la función judicial del Fiscal y del Juez, como los actores trascendentales en el proceso, y finalizando se hizo una revisión documental de la intervención del Fiscal en las audiencias preliminares, donde todo empieza.

En el capítulo 2, también se manejan dos partes, en la primera se revisa la literatura sobre la igualdad de armas, dentro de lo que se puede tratar en el principio

¹ Abogado, UNISANGIL (2014), especialista en Derecho Administrativo, Universidad Libre (2015) y especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre (2017). E-mail: gustavo-823@hotmail.com

² Abogada, UNISANGIL (2018), especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre (2019). E-mail: pilar.corredor22@gmail.com

de Congruencia; en el tema de igualdad de armas se tratan los ítems de conceptualización, las herramientas de persuasión y de los elementos de convicción con los que comunicamos los eventos o hechos y del material probatorio que el Juez debe conocer para tomar su estudio y análisis para llegar a la decisión de la sentencia. También se hizo una referencia del principio entre formulación de acusación y la sentencia; se trató como complemento aspectos del Instituto, y finaliza esta primera parte haciendo una relación entre el principio de Congruencia y su vínculo inmediato con el derecho de defensa.

La segunda parte del capítulo 2, revisa y expone la “línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, para el principio de Congruencia”. Inicialmente se menciona y define la congruencia rígida, y seguidamente se hace una relación de tipo cronológico de las jurisprudencias que tratan este tema; luego se trata la Congruencia Moderada, con sus sentencias en orden cronológico; y por último se trata el tema de la Congruencia Flexible, que es la resultante del estudio de la Corte Suprema de Justicia, también se relacionan las sentencias en orden cronológico; esto último a manera de complemento e información para los estudiosos que quieran profundizar el tema o elaborar un proyecto de grado.

El Capítulo 3, se hace revisión y se trata el tema de las Condenas por delitos distintos a los “señalados en la audiencia de imputación o de acusación”; este capítulo se divide en tres partes, la primera trata sobre la correspondencia entre acusación y sentencia, donde se manifiesta lo relacionado a la imputación fáctica y jurídica, y donde el juez no puede conocer conductas punibles diferentes a las conocidas en estas audiencias; la segunda parte se refiere a la conducta a favor del procesado, donde de forma general se manifiesta que el juzgador si puede apartarse de la imputación o de la acusación, más si puede incursionar en el debido proceso como es el principio de favorabilidad; la tercera parte trata sobre la condena por otro ilícito distinto de la acusación, según la “doctrina de la Corte Suprema de Justicia”, y el margen que puede tener el fallador frente a la Congruencia.

GENERALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN

Variar la calificación jurídica es un problema jurídico que, dentro de las dinámicas del derecho penal, sobre todo en el Sistema Penal Acusatorio y su oralidad, contempla aspectos que se desarrollan desde una congruencia rígida, luego con una congruencia moderada, y por último a una congruencia flexible. Son estas dinámicas del derecho penal que le permiten al juez de conocimiento variar la calificación jurídica a favor del investigado; todo depende de la argumentación y el material probatorio que presenta la Fiscalía.

Las garantías que deben regir la actuación procesal penal, dependen esencialmente del modelo de constitución del Estado, y en Colombia, es el derivado de una “concepción antropocéntrica”, es decir, el hombre es el núcleo fundamental, modelo denominado “Estado social de derecho” y por ende, el proceso penal debe ceñirse a tales postulados, los cuales se encuentran contenidos en un conjunto de normas de rango constitucional y legal, cuya finalidad es la “promoción de una eficiente y eficaz actuación procedimental penal”, contando siempre con extensas garantías en favor del individuo procesado en una acción penal. Una de estas garantías que cobijan al procesado es el principio de congruencia, que consistente en la concordancia que debe existir entre el fallo emitido por el juez y lo petitionado por la Fiscalía en la formulación de acusación, así las cosas, cuando el juez en su decisión se aleja de los términos de la acusación, podría calificarse que el fallo tiene un defecto de congruencia.

Se hace entonces evidente la importancia que recobra en el Estado Social de Derecho el tema planteado, pues la variación de la acusación en la sentencia, puede vulnerar el debido proceso, provocar desventajas al procesado y afectar su derecho a la defensa, de ahí que contar con una definición clara y unívoca del instituto facilitaría en gran medida la labor de administrar justicia, en tanto para las partes e intervinientes especiales del proceso penal, representaría la claridad de las reglas del juego, y para el juzgador, haría las veces de un límite claro y preciso en la definición de la regla del caso concreto.

Sin embargo, la interpretación del “principio de congruencia en el esquema de la Ley 906 de 2004” por parte de la “Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia” no ha sido pacífico, lo cual en parte se origina de una regulación legal escueta e imprecisa, que sumado a la novedad del modelo en la historia jurídica del país, ha conllevado posiciones jurisprudenciales poco estables, incluso en la actualidad algunas en construcción, no obstante los 14 años transcurridos desde la entrada en vigencia parcial del régimen procesal penal, hoy por hoy imperante en todo el territorio.

Pregunta problema.

¿Variar la calificación jurídica por parte del juez de conocimiento puede interpretarse a favor del investigado dentro de los principios de favorabilidad y de congruencia en el derecho penal?

Objetivos

Objetivo General, Examinar las posibles situaciones en las cuales se puede variar la calificación jurídica por parte del juez penal de conocimiento a la acusación. Se plantean los siguientes objetivos específicos: a) Determinar las facultades del juez en el sistema penal acusatorio, b) Valorar si se quebranta el principio de congruencia al realizar el juez penal de conocimiento la variación de la calificación jurídica del punible, c) Identificar los casos en los cuales se podría llegar a aplicar la variación por parte del juez penal de conocimiento.

Metodología

Investigación básica jurídica al pretender determinar las posibles variaciones en la calificación jurídica por parte del operador judicial penal, donde se toman las teorías para la argumentación en el objeto de estudio de la realidad fáctica-teórica, para llegar a la validación de un resultado que partió de premisas aceptadas en el contexto penal. Se hace una revisión del ordenamiento constitucional, marco legal penal, y relatoría jurisprudencial.

CAPITULO 1

PRINCIPIO DE CONSONANCIA

DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Definición

El Consejo de Estado, hace una definición al respecto: “El principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo” (Consejo de Estado, 2014), sin que “sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión” (Consejo de Estado, 2014)

Calificación Jurídica

Se puede afirmar que se da una clara mutación sobre la interpretación de los preceptos que regulan la congruencia, con lo que también sucede con las interpretaciones que la Corte Suprema de Justicia adoptara en sus decisiones. Se evidencia una variación en la línea jurisprudencial en cuando a la decisión de condenar, aun mediando expresamente una solicitud de absolución; incluso si esta proviene de la Fiscalía. El juez en la sentencia se puede alejar de la calificación jurídica que se le dio a la conducta delictual en la acusación, estableciendo un margen de relatividad respecto del principio de congruencia.

En el año 2004 se promulgó la ley 906 de 2004, con esto se produjo el fenómeno que en el campo jurídico se conoce como tránsito de legislación, toda vez que ya existía una ley que regía el asunto de otra manera, que era la ley 600 de

2000. Ambas legislaciones contemplaban la protección al principio de congruencia, de hecho, la corte sobre esto emite el siguiente pronunciamiento:

En la nueva normatividad (Ley 906, 2004) “se mantiene el principio de congruencia o consonancia que debe existir entre el pliego de cargos y la sentencia”, que en la práctica propende por garantizar “el derecho de defensa y la lealtad procesal, sino la estructura jurídica y lógica del proceso”, como lo expresa la Corte Suprema de Justicia (2005), “porque un acusado sólo puede ser condenado o absuelto por los cargos por los cuales fue llamado a responder” (Corte Suprema de Justicia, 2005). Ahora bien, se dio un cambio en la legislación sobre procedimiento penal, la posterior conserva el mandato que en virtud del derecho de defensa exige congruencia entre lo acusado por la Fiscalía y lo decidido por el juez.

De la titularidad de la acción Penal

La Corte se refiere a este aspecto, ya sea en su inicio como en su continuación, de la siguiente manera, a saber: “el censor cuestiona que se profiriera sentencia de condena en contra de H.R.Á. pese a que la Fiscalía solicitó en la audiencia pública de juzgamiento que fuera absuelto, encuentra la Sala que sobre tal planteamiento manifestó el *ad quem* en la decisión atacada que “la aplicación favorable de lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, que en su artículo 448, expresa: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, denominado principio de congruencia (Ley 906, 2004, Art. 448); De tal forma que no puede condenarse sin petición del Fiscal acusador”; en el Acto legislativo 03 de 2002, manifiesta, “tanto la iniciación de la acción penal, su continuación, principio de oportunidad en los casos taxativamente previstos, como la disponibilidad de la acusación están radicados, exclusivamente, en la Fiscalía , por disposición constitucional” (Acto Legislativo 03, 2002).

De tal forma que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar la investigación de los hechos que revistan características de un delito (Acto

Legislativo 03, 2002, Art. 2). En la Ley 906 del 2004, se expresa la titularidad y obligatoriedad de la Fiscalía (Ley 906, 2004, Art. 66), artículo que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1826 de 2017, cuyo nuevo texto es el siguiente: “El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición, querrela o cualquier otro medio” (Ley 1826, 2017, Art. 1)

La acción penal en “los delitos que requieren petición especial se inicia por petición del Procurador General de la Nación”, si el delito se cometió en otro país, que no haya sido juzgado, que el sujeto activo este en Colombia; para este caso se exponen cuatro requisitos (Ley 906, 2004, Art. 75). Esta acción penal puede también ser ejercida por el Fiscal General de la Nación, para las siguientes situaciones: Investigar y acusa a los servidores público con fuero, asumir cualquier investigación y proceso en cualquier estado en que se encuentre; y por último determinar el criterio y la posición de la Fiscalía (Ley 906, 2004, Art. 116), Situación que permitiría cambiar o mantener la calificación jurídica que hasta ese momento exista. En el párrafo del artículo 325, se consagra: “El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo... (...)” (Ley 906, 2004, Art. 325 párrafo). De tal forma que “la Fiscalía quien puede disponer de los aspectos atinentes a la acción penal, dentro de sus deberes. Por lo que solo en el evento en que dicha entidad solicita que el sujeto pasivo del proceso sea condenado, y si retira los cargos debe atenderse el juez a dicha disposición”, que en estos casos se mantiene la calificación jurídica, todo dentro del principio de oportunidad, control judicial en la aplicación del principio de oportunidad (Ley 906, 2004, Art. 327). Este artículo fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 del 2009, cuyo contenido quedo de la siguiente forma: “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas... (...)” (Ley 1312, 2009, Art. 5)

El principio de congruencia al tenor de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 2005, consagra: “tanto en la ley derogada como en la actual, la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de acusación y el fallo”, porque solo es una garantía procesal conceptual de interés jurídico que le “sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como atadura irreductible”, prosigue a manera de explicación, “por lo que en la sentencia, al fallar sobre los cargos imputados, el juez puede, dentro de ciertos límites, degradar la responsabilidad, sin desconocer la consonancia” (Corte Suprema de Justicia, 2005). “El juez de casación aclara que, aunque se emitió una nueva legislación que regula el procedimiento penal, no se varía la forma en que se debe interpretar el principio de congruencia” (Corte Suprema de Justicia, 2005)

Petición de absolución de la Fiscalía

A partir de la Ley 906 del 2004, la petición de absolución por parte de la Fiscalía pasa a tener un efecto vinculante del juez de primera instancia. Ahora bien, en distinta medida ocurre con el fallo en sede de alzada, de lo cual la corte dijo que “bajo el contexto anterior, el *ad quem* con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó de manera razonada que la petición absolutoria de la Fiscalía tuvo consecuencias vinculantes para el a quo, pero que carecía de los mismos efectos frente a la decisión del Tribunal que así procedió a resolver la impugnación” (Corte Suprema de Justicia, 2010). Como en pronunciamientos precedentes, la corte califica como vinculante una petición por parte de la Fiscalía que busque la absolución de los cargos de procesado. Sin embargo, aclara que esta condición desaparece respecto del fallo de segunda instancia, concepción que se adapta a lo que antes se dijo sobre la diferencia que existe sobre la congruencia cuando se da en la decisión de primera y segunda instancia. De hecho, en la misma providencia la Sala Penal del máximo órgano en la especialidad de lo ordinario.

No puede agravarse la condición jurídica

En conceptos anteriores de la Corte Suprema de Justicia, se manifestó al respecto: “el juez puede alejarse de la calificación jurídica contenida en la acusación siempre y cuando no modificara el género de la conducta delictiva y no se desmejorara la condición de la víctima” (Corte Suprema de Justicia, 2005). “No puede darse una degradación de la responsabilidad, el juez no puede agravar la condición jurídica que en la acusación se plasmó” (Corte Suprema de Justicia, 2005)

El contenido del escrito que en Audiencia de Formulación de Acusación es ventilado por la Fiscalía puede ser modificado por la Fiscalía en etapas posteriores del proceso, uno de estos casos es que el juez en los alegatos conclusivos, por algún motivo solicita la absolución del procesado, aun habiéndose antes pronunciado contrariamente.

Congruencia en segunda instancia

La congruencia en segunda instancia no converge en “torno de la pretensión del fiscal, sino de la justeza de lo decidido y la legalidad del trámite”, dado que los “argumentos de las partes se dirigen exclusivamente a controvertir los fundamentos del fallo (fácticos, jurídicos o probatorios)” (Corte Suprema de Justicia, 2010), y la naturaleza de “la sentencia de segundo grado ausculta precisamente estos factores, para ver de confirmar, revocar o modificar, no la pretensión del fiscal, sino la decisión atacada”. La doble limitación del tribunal de alzada está en “las pretensiones y defensas planteadas en los escritos introductorios del proceso”, es decir que no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra limitado a poder tratar sólo aquello que fue materia de conocimiento en la primera instancia”, este principio de congruencia de manera fáctica es el eje del dispositivismo del proceso (Loutayf R. & Solá, 2013). Teóricos y expertos en el tema se refieren a la Congruencia de esta forma: Jaime Guasp (1968), define al Principio de Congruencia" como "la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto

delimitan este objeto" (Guasp, 1968, pg. 517); Jorge Peyrano (1978), que hace una referencia a la congruencia como "la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima" (Peyrano, 1978, pg 64), para concretar se cita a Augusto Morello quien precisa: "la congruencia se concreta en definitiva en una comparación entre dos vértices: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador" (Morello, 1977, pg 37-38)

Para entender con la mejor claridad posible la diferencia existente entre la congruencia en los distintos momentos, es menester retomar el argumento que indica que para el *a quo* la congruencia debe darse entre el escrito de acusación y la sentencia, para el *ad quem* este principio se debe entender de la decisión en primera instancia y la de alzada. Verbigracia, a manera de caso: "En una providencia del año 2014, la Fiscalía emite acusación continente del tipo penal establecido en el artículo 372 de la ley 599 de 2000, en concreto la corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.

Este tipo penal se compone de dos incisos y la Fiscalía califica jurídicamente la conducta basado en el segundo. Al momento de dictar sentencia el juzgador lo hace genéricamente sobre el artículo mencionado, lo cual fue objeto de reproche por parte de la defensa del condenado, toda vez que según este, se ha vulnerado el principio de congruencia, al respecto la corte señaló que "en esas condiciones, el comportamiento imputado a N.S. guarda consonancia con la acusación, en tanto que su condena obedece a la conducta descrita en el tipo penal del artículo 372" (Corte Suprema de Justicia, 2014)", que sanciona en sus dos incisos y con igual pena al que "comercialice producto médico envenenado, contaminado, alterado, deteriorado, caducado o incumpliendo con las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia" (Corte Suprema de Justicia, 2014)".

De lo dicho por la corte queda claro que el tipo penal del que se habla, aunque esté separado en dos incisos, tienen igual relevancia jurídica y, por ende, deben ser

las mismas consecuencias para el condenado, no importa cuál de las dos acciones penales haya sido la que da origen a la decisión.

La corte en este caso no casa la sentencia, argumentando que: “el reproche de ese modo resulta intrascendente, dado que la circunstancia de que la Fiscalía en la acusación a veces refiriera el inciso 2 y en otras solo el artículo 372, el a quo reprodujera en su totalidad la citada disposición o el Tribunal en un pie de página transcribiera únicamente el inciso 1 de ella, no modifica la situación del acusado (Corte Suprema de Justicia, 2014)”. En palabras de la corte, al momento de condenar por un tipo penal alternativo, no importa la modalidad en la que se comete la conducta, sino la especificación genérica, por ejemplo, por “la corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico”, contenida en el artículo 372 de la ley 599 de 2000 (Corte Suprema de Justicia, 2014)”. Hasta ese momento se había sentado un precedente acerca de dos aspectos en particular: el primero respecto de la facultad del juez de alejarse en la sentencia del contenido de la resolución acusatoria, especialmente en lo que tiene que ver con los requisitos, por su parte, el segundo tenía que la petición de absolución que la Fiscalía puede hacer en el escrito de acusación, vinculaba estrictamente el ámbito de decisión del juez de conocimiento, debiendo limitarse este a absolver al procesado, no pudiendo emitir decisión en sentido condenatorio.

DEL ERROR EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

Yerro por parte de la Fiscalía

La fiscalía puede errar “en la correcta adecuación típica de la conducta, desconociendo la tipicidad del tipo penal y violando el principio de legalidad como derecho fundamental” (Guarin M. & Arango R., 2011); este yerro causaría la nulidad del proceso, porque se estaría violando el principio de legalidad, “al interior de la actuación penal, generando una nulidad como expresión del debido proceso”, como lo consagra la Constitución Política (1991), “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con

observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” (Constitución Política, 1991, Art. 29)

Cuando la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación yerra en la calificación jurídica, donde el fiscal tiene la potestad acusadora, y donde “el Tribunal no tenía facultad para entrar a declarar inexistente la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible efectuada, porque el fiscal, pese a ser sujeto procesal en cuando la fiscalía advierta error en la calificación bien sea porque sobrevenga prueba respecto de un elemento básico del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, el desconocimiento de una atenuante o pretenda reconocer y acusar por circunstancias que agraven la conducta o modifiquen los límites punitivos, tiene la facultad constitucional” (Uribe García, 2011)

Como solución al problema de error en la calificación jurídica se plantea que la Fiscalía en el momento de la acusación o pretensión, podría optar “por una preatención principal o una subsidiaria”, de tal forma que el juez en el estadio de “proferir la sentencia, y sin recurrir a la nulidad, condene atendiendo las alternativas presentadas por la Fiscalía” (Guarin M. & Arango R., 2011).

La función judicial del Fiscal y del Juez

La Constitución Política (1991) consagra funciones para la Fiscalía General de la Nación, entre otras: “El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado” (Constitución Política, 1991, Art. 250). En otras palabras “el fiscal no tiene la potestad de decir en derecho”, esta función jurisdiccional quedo solo para los jueces, así la Fiscalía ejerce funciones de policía judicial, donde el fiscal es un funcionario judicial y sus facultades permiten que el juez administre una correcta justicia.

Es “fundamental que el fiscal conozca y esté en capacidad de aplicar los principios constitucionales que rigen la actuación judicial, pues estos serán tenidos en cuenta por los demás intervinientes y, en especial, por el juez al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento” (Guarin M. & Arango R., 2011). “De allí la importancia de que el fiscal, antes de ordenar el acto de investigación que somete a control judicial, previamente ejerza un agudo autoexamen y control del respeto a esos principios” (Guarin M. & Arango R., 2011). “Debe de estar en capacidad de explicar la legalidad (en sentido amplio) y la proporcionalidad del acto investigativo, para que el juez pueda darle aprobación en cuanto no encuentra quebrantamiento de garantías y derechos fundamentales”

De la intervención del Fiscal en las audiencias preliminares

En una audiencia preliminar “los asuntos que se resuelven pueden ser tantos como tantos pueden ser los actos de investigación o los trámites procesales que impliquen limitación de derechos fundamentales dentro de una actuación”. También lo es la calificación de los hechos, que todo en conjunto hace parte del análisis de los motivos de la captura en situación de flagrancia. “La calificación de los hechos obliga al fiscal a hacer la valoración de los aspectos fácticos, de cara a determinar si resultan penalmente relevantes, la adecuación típica correspondiente, que incluye el análisis de las circunstancias amplificadoras del tipo penal, y la determinación de las consecuencias punitivas y pecuniarias de la conducta” (Guarin M. & Arango R., 2011). “Una vez determinado el o los delitos que se le endilgan al capturado, el fiscal debe determinar cuál es la posible pena por imponer para saber si alguno de aquellos comporta medida de aseguramiento de detención preventiva y, en consecuencia, decidir si ordena la libertad o conduce al aprehendido ante el juez. De igual forma debe examinar si, de acuerdo con la calificación que les ha dado a los hechos, se cumplen o no las condiciones de procedibilidad con el fin de determinar cuáles otras solicitudes se le pueden presentar al juez, como las de imposición de medidas cautelares, la de formular imputación, solicitar medida de aseguramiento, etc”.

CAPITULO 2

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA IGUALDAD DE ARMAS

IGUALDAD DE ARMAS

Conceptualización

“La igualdad de armas en nuestra legislación, como regla, tiene un doble carácter. Es una regla de juicio que garantiza el debido proceso judicial y a la vez, es una regla de protección de los derechos fundamentales del imputado” (Bonilla S., 2012). Está relacionada con “el principio de igualdad dentro de la relación procesal, se define como el encuentro dialéctico entre la Fiscalía y la defensa en condiciones de igualdad de armas, de tal manera que las partes acudan al juez con las mismas herramientas de persuasión” (Fiscalía General & et al, 2005)

Heliodoro Fierro (2008), expresa que el “derecho a la igualdad es la fórmula clásica de inspiración aristotélica según la cual ‘hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’ (Fierro, 2008).

“El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa” (Bonilla S., 2012)

La materialización del principio de igualdad se realiza “brindando igualdad de oportunidades para equilibrar el proceso e igualdad de armas” o de la facultad de acceder a los peritos oficiales por parte de la defensa o de acudir a sus propios peritos, sino también igualdad en la aplicación de la ley” (Fiscalía General & et al, 2005), “por ejemplo, el no cambiar de manera arbitraria el sentido de las decisiones cuando las circunstancias de hecho y de derecho sean sustancialmente similares”.

En el contexto internacional, los instrumentos jurídicos expresan: Todas las personas son iguales ante la Ley (Convención Americana de Derechos Humanos Art.24) y (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 11), Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley (Declaración Universal de Derechos Humanos. Art.7), Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art.14).

Herramientas de persuasión y elementos de convicción

El principio de congruencia señala que las partes enfrentadas, como es “la Fiscalía y la defensa cuenten con las mismas herramientas de persuasión y los elementos de convicción ante el juez”. De las múltiples providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que hacen relación al principio de congruencia regulado por la ley con la ley 906 de 2004, que implementó el denominado sistema acusatorio penal con el acto legislativo 003 de 2002, que a su vez modificó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, han surgido varias situaciones problemáticas que se desarrollan en modificaciones jurídicas,

La Corte Constitucional (2010) ha expresado que en relación con los poderes que acompañan al fallador para la resolución de fondo del asunto sometido al juzgamiento penal, que involucra el poder de la pretensión final del acusador, la expectativa legítima que le asiste a la defensa en la resolución de su caso conforme con una acusación inmodificable, y la de las víctimas y la comunidad en punto al cumplimiento del fin esencial del Estado; la corporación se refiere al principio de congruencia en el proceso penal entre la acusación y la sentencia, y en sus líneas jurisprudenciales expresa: “la provisionalidad de la calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa del acusado; a pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia; y al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse” (Sentencia C-025, 2010)

Principio entre formulación de acusación y la sentencia

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a la aplicación del principio de congruencia en el sistema penal acusatorio, sí: lo define como un principio cardinal “entre la formulación de la acusación y la sentencia”; su aplicación se da entre los estadios de audiencia de imputación de cargos y la formulación de acusación; solo se podrán hechos previamente imputados al procesado; también se refiere a la valoración jurídica subjetiva, es decir que no permanece incólume porque se da una dinámica en el proceso penal. “En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos” (Sentencia C-025, 2010)

El Acto legislativo 03 de 2002, preciso las finalidades del principio de Congruencia entre la acusación y la sentencia dentro del sistema penal acusatorio, y reitera que este sistema penal propende por las siguientes finalidades: “fortalecer la función investigativa de la Fiscalía para concretar el material probatorio; instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; introducir el principio de oportunidad; y crear la figura del juez de control de garantías” (Sentencia C-025, 2010)

Del instituto de Derecho Procesal

Siguiendo las enseñanzas del insigne Eduardo Couture (Couture, 1981), manifiesta: que el Estado, tanto para “su subsistencia, como para la preservación de la paz y el orden jurídico, ejerce en forma exclusiva el monopolio de la fuerza, y correlativamente prohíbe a los particulares el uso de ella para su defensa, de donde deviene el deber – poder de administrar la justicia a través de la jurisdicción, que como función pública se ocupa de resolver los conflictos y controversias de relevancia jurídica, a través de decisiones con autoridad de cosa juzgada que

definen el derecho que corresponde a las partes y son susceptibles de ejecución”. (Couture, 1981). Por su parte, el procesalista colombiano Hernando Devis Echandia (2017), refiere del concepto polisémico, que la jurisdicción en sentido estricto, que es el que reviste interés para este escrito, es la función pública de administrar justicia por un órgano especial, como una potestad emanada de la soberanía del Estado, que tiene como fin realizar o declarar “el derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social” (Echandia, 2017. pg 66-93). Destaca como el instituto desde este punto de vista a su vez tiene diversas connotaciones jurídicas. Una como derecho subjetivo, por cuanto representa que cualquier habitante del territorio puede acudir a la jurisdicción entendida como el órgano que ostenta el poder de juzgar, con el fin de ponerlo en movimiento en busca de la tutela efectiva, o para que se adelante la investigación previa o sumarial del caso. Otra como un derecho público, a su vez con múltiples implicaciones, pues comporta la obligación del Estado, a la par de la potestad pública de actuar mediante “el órgano jurisdiccional para la realización de los derechos y para la protección del orden jurídico, cuando el particular o una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales”, o cuando ocurre un delito, con el poder de someter a quienes necesiten la composición de un litigio o la realización de un derecho o hayan incurrido en un ilícito penal, por lo que está provisto de todas las facultades coercitivas, y conlleva una correlativa obligación para los particulares de sujeción y acatamiento.

Sobre la congruencia, el mismo maestro Devis Echandia enseña que “se trata de un principio general normativo del proceso, que delimita las facultades resolutorias del juzgador, como una consecuencia lógica de la relación de jurisdicción como derecho y deber del Estado, el cual exige la identidad jurídica entre lo resuelto en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, o entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste, así como entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelta de oficio por el juzgador, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas” (Echandia, 2017. pg 427-438).

El principio de Congruencia y su vínculo con el derecho de defensa

Destaca Devis Echandía (2017) “que el principio en cuestión tiene una importancia extraordinaria, en tanto está vinculado íntimamente con el derecho de defensa, porque exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las imputaciones que contra él se formulan, de modo que la violación de la congruencia implica la de la defensa, ya que la actividad probatoria, las acciones de defensa y las alegaciones, se orientan por las imputaciones formuladas en el proceso, así como se relaciona con la cosa juzgada, porque determina su verdadero contenido” (Echandía, 2017. pg 427-438). Además, en materia penal también “exige que exista congruencia entre las imputaciones o pretensiones punitivas, pero como hechos no como su calificación jurídica, y la decisión contenida en la sentencia que resuelva sobre la absolución o condena, para no sorprender al enjuiciado con decisiones ajenas, porque se lesiona su derecho constitucional de defensa” (Echandía, 2017. pg 427-438).

Ahondando sobre el principio en el ámbito del derecho penal, los doctores Bernal Cuellar y Montealegre Lynett (2002), refieren al principio de congruencia como la exigencia de correlación entre acusación y sentencia, “la cual deberá tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso” (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2002. pg 624) y concretado en la acusación, que a su vez cumple la función delimitadora del objeto del proceso, ya que la decisión judicial de fondo tiene que corresponder “con los hechos que motivaron la acusación y con respecto a los imputados a quienes se formuló los cargos” (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2002. pg 624).

Los doctrinantes avanzan acudiendo a la ilustración del jurista español Francisco Soto Nieto (2007), quien refiere que “la congruencia se puede determinar a través del sistema naturalista, que se caracteriza porque la correlación se fundamenta en el hecho histórico investigado, independientemente de cualquier denominación jurídica que se le dé” (Soto N., 2007). “El objeto identificador de la acción es un hecho del mundo real y no un crimen o modelo típico, lo cual admite el

cambio del juzgador de un tipo siempre que permanezca inmutable el hecho; o del sistema normativista, que inicia del naturalista en cuanto se remite primeramente a la identidad del hecho, pero lo califica jurídicamente dentro de algún tipo de la parte especial, dado que se entiende que sin un especial enfoque jurídico penal no hay una plena identificación procesal del mismo” (Soto N., 2007).

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Congruencia Rígida

“El juez solo puede condenar por los hechos y delitos planteados en la acusación y por los cuales se solicite condena. Art. 448”. (Arango Giraldo., 2015)

Se incluyen las siguientes sentencias, como sigue:

- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicación 24.026. M.P. Mauro Solarte Portillo”
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 06 de abril de 2006. Radicado 24668. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de junio de 2006. Radicación 24.529. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de junio de 2006. Radicación 15.843 M.P. Alfredo Gómez Quintero”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Radicado 26087. M.P. Marina Pulido de León”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de marzo de 2007. Radicado 25.862. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2007. Radicación 26.309. M.P. Yesid Ramírez Bastidas”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de marzo de 2008. Radicación 27.413. M.P. Augusto J. Ibáñez”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Radicación 25.913. M.P. Javier Zapata Ortiz”.

- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de julio de 2008. Radicación 28.961. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Auto Definición De Competencia del 15 de julio de 2008. Radicación 29.994. M.P. José Leónidas Bustos”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 08 de octubre de 2008. Radicación 29338. M.P. Alfredo Gómez Quintero. (Alegar nulidad por degradación de la imputación es criterio oportunista)”
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2008. Radicación 26.099 M.P. Javier Zapata Ortiz”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009. Radicación 30043. M.P. María del Rosario González (Alegar nulidad por degradación de la imputación es criterio oportunista)”

Congruencia Moderada

“El juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando el ente acusador así lo solicite de manera expresa, la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes” (Arango Giraldo., 2015).

Se incluyen las siguientes sentencias, como sigue:

- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2007. Radicación 26.468. M.P. Alfredo Gómez Quintero. (salvamento de voto Sigifredo Espinoza Pérez y Mauro Salrte Portilla)”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. 27518. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de junio de 2009. 28.649 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés”.

- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de mayo de 2011. Radicación 32.370. M.P. José Leónidas Bustos”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2011. Radicación 35.923. M.P. María del Rosario González de Lemos”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Auto del 21 de marzo de 2012. Radicación 38.256. M.P. José Luis Barceló Camacho. (Las consideraciones apuntan a la congruencia rígida)”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2012. Radicación 38.020. M.P. José Luis Barceló Camacho”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2012. Radicación 37.337. M.P. Marías Del Rosario González De Lemos”.

Congruencia Flexible

“El juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes” (Arango Giraldo., 2015)

Se incluyen las siguientes sentencias, como sigue:

- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de marzo de 2011. Radicación 32.685 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Auto inadmisorio del 7 de abril de 2011. Radicación 35.179. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de junio de 2011. Radicación 34.022. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Radicación 36.621. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán”.

- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Auto inadmisorio del 3 de julio de 2013. Radicación 33.790. M.P. José Leónidas Bustos”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia de revisión del 15 de agosto de 2013. Radicación 40.093. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación 36.108 M.P. Luis Guillermo Salazar Otero”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Auto del 24 de septiembre de 2014. Radicación 44.458 M.P. María del Rosario González Muñoz”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de diciembre de 2014. Radicación 41.315 (SP16544). M.P. Eyder Patiño Cabrera”.
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 2015. Radicación 38.179 (SP4366-2015) M.P. José Leónidas Bustos. (Con la ley 600, aplican reglas de congruencia flexible)”
- “C.S.J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo de 2015. Radicación 42.287 (SP 6354-2015) M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández”.

CAPITULO 3

CONDENAS POR DELITOS DISTINTOS A LOS SEÑALADOS EN AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN O DE ACUSACIÓN

CORRESPONDENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

De la imputación fáctica y Jurídica

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2014) en su examen sobre el “instituto previsto para la congruencia (Ley 906, 2004, Art. 448) de manera uniforme ha explicado que alude a la correspondencia que debe existir entre la acusación y la sentencia” (acusado, hechos y delitos), porque “se trata de un proceso que involucra al ente investigador, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, y se impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

En el Código de Procedimiento Penal, “la imputación fáctica y jurídica se determinará desde la audiencia de formulación de imputación, cuando se refiere a una forma de terminación anticipada del proceso, o de acusación, cuando se trata del curso ordinario del proceso; y donde la congruencia puede ser vulnerada por acción o por omisión”.

La Corte Suprema de Justicia (2008) en radicado 25.913 , expresa: “El primer supuesto se tiene cuando la condena versa sobre hechos o delitos distintos a los señalados en la audiencia de formulación de imputación o de acusación, según el caso” (Corte Suprema de Justicia, 2008, p 16); o “en el evento en que en la condena se contemple un ilícito que jamás fue mencionado ni fáctica ni jurídicamente en ninguna de las audiencias referenciadas” (Corte Suprema de Justicia, 2008, p 16); también en las “ocasiones en donde en la sentencia adversa se le deduzca a la

conducta o conductas punibles atribuidas, por igual, según el caso, una o varias circunstancias agravantes genéricas o específicas o de mayor punibilidad que no aparezcan mencionadas en las audiencias de formulación de imputación o de acusación” (Corte Suprema de Justicia, 2008, p 16); y por último “cuando se trata de delitos que tienen verbos alternativos el verbo rector de parte de la Fiscalía es diferente al deducido en la sentencia, el cual resulta claramente excluyente, contradictorio o antagónico” (Corte Suprema de Justicia, 2008, p 16).

El juez no puede conocer conductas punibles diferentes

En una comprensión del instituto, “inicialmente la jurisprudencia postuló que la congruencia impedía que el juez condenara por una conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, de manera que en los casos en que la Fiscalía no consiguiera probar la imputación jurídica de la acusación, era obligación del juzgador absolver, así la que se probara fuera otra menos grave” (Corte Suprema de Justicia, 2007). “La trasgresión por omisión se puede presentar cuando el fallador elimina una circunstancia de atenuación genérica o específica o de menor punibilidad que ha sido reconocida en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

DE LA CONDUCTA A FAVOR DEL PROCESADO

El juzgador puede apartarse de la imputación o de la acusación

Posteriormente este principio de congruencia “que admite que el juzgador puede apartarse de la imputación o de la acusación formulada por la Fiscalía”, verbigracia, un sujeto tiene una calificación jurídica por tentativa de homicidio y luego la víctima fallece, aquí la calificación jurídica en la imputación o acusación pasa a ser por Homicidio; otro caso para citar, calificación por acceso carnal por abuso sexual en menor, según el material probatorio que aporta la Fiscalía; es decir “la imputación jurídica formulada por la Fiscalía en la formulación de imputación o en la acusación, puede llegar a degradar la conducta en contra o a favor del

procesado, ya sea reconociendo circunstancias de menor punibilidad, atenuantes genéricas o específicas del delito, o condenando por un ilícito más leve” (Corte Suprema de Justicia, 2007); la congruencia puede ser rigurosa en “la imputación fáctica, porque los jueces de instancia no pueden apartarse de los hechos, ni deducir los que no constan en la acusación” (Quintero T., Ramírez P., & Salazar A., 2019), pero que también puede ser flexible en “tratándose de la imputación jurídica, que si puede ser sujeta a modificación, cumplidas varias exigencias de respeto a los derechos fundamentales” (Quintero T., Ramírez P., & Salazar A., 2019). Otras sentencias de la CSJ Sala Penal, tratan el tema; véase los radicados 32.685 de 2007, 26.468 de 2007, 28.649 de 2009, 35.293 de 2011, 36.624 de 2012, 44.458 de 2012.

Del Principio de Favorabilidad.

Este principio de favorabilidad propende por brindar una protección al sujeto que está inmerso en el asunto procesal penal o “está siendo investigado por el órgano de persecución penal y que por ende es sujeto del derecho penal y dicha protección, a la luz de este principio, se orienta a buscar la solución más favorable frente a la existencia de un conflicto de leyes, evento en el cual se debe optar por la ley menos grave a los intereses del individuo” (Gómez Pérez, 2012)

El principio de favorabilidad, como lo expresa Fernando Velásquez (2002), “es uno de los principios generales del sistema penal que desde la órbita constitucional conforma la estructura del debido proceso” (Velásquez, 2002, pgs. 253 y ss), reafirma que “es una herramienta orientada al logro de los fines de nuestro ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se debe sujetar el derecho penal y el derecho procesal pena” (Velásquez, 2002, pgs. 253 y ss)

En el ordenamiento jurídico penal los fundamentos de la favorabilidad, entre otros: “principio de legalidad y el de la ley previa, apuntan a impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y las libertades del individuo”

(Velásquez, 2002). Aunque en la actualidad pareciera que el derecho solo favorece a quienes infringen la ley, que en la jerga popular traduce en que “el delincuente tiene más derechos que el ciudadano de bien”, porque no existe un factico balance entre la política criminal y la voluntad del legislador por realizar una gestión de prevención que eduque o que imponga penas de trabajo y no únicamente intramural

La Constitución Política (1991) y el principio de favorabilidad

En el Código de procedimiento penal (2004) se consagra “a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad”, la aplicación del principio de favorabilidad “cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal” (Ley 906, 2004. Art. 38, Num. 7). Aunque no corresponde exactamente con la calificación jurídica que le antecede, puede modificar su sentencia e incluso implaria cambiar la calificación, según el material probatorio y la posición de la Fiscalía . Siempre estara presente en el asunto procesal “la ley permisiva o favorable, que se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (Constitución Política , 1991, Art. 29 Inc 2)

CONDENA POR OTRO ILÍCITO DISTINTO AL DE LA ACUSACIÓN

Doctrina de la Corte Suprema de Justicia

El derecho penal tiene una dinámica que en doctrina de la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación penal “determinó que solo era procedente la condena por otro ilícito distinto al de la acusación”, en los siguientes casos: “cuando sea solicitado por el ente acusador de manera expresa; cuando la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género; cuando la modificación se deba orientar hacia un delito de menor entidad” (Corte Suprema de Justicia, 2007); “cuando la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y por último, cuando no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes” (Corte Suprema de Justicia, 2007). Esta doctrina se encuentra condensada en los radicados de las providencias de la CSJ Sala Penal: 20.309 de 2007, 25.913 de

2008, 28.649 de 2009, 38.838 de 2009, y 30.838 de 2009. (Corte Suprema de Justicia, 2007)

La Corte Suprema de Justicia (2012) en sus sentencia “afirmo que los juzgadores de instancia podían apartarse de la imputación jurídica formulada hacia una degradada aunque la Fiscalía no lo solicite” (Corte Suprema de Justicia, 2012), porque el juez está facultado “para reconocer cualquier clase de atenuante, genérica o específica, el delito complejo en lugar de un concurso delictivo, la tentativa, la ira o intenso dolor, mientras respete la intangibilidad fáctica como límite de la acusación” (Corte Suprema de Justicia, 2012), “porque lo que si le está vedado es suprimir atenuantes reconocidas al procesado, adicionar agravantes y en general hacer más gravosa la situación del acusado” (Corte Suprema de Justicia, 2012).

Margen del fallador frente a la congruencia

La Corte Suprema de Justicia manifiesta que al fallador le asiste un mayor margen de movilidad frente a la congruencia, siempre que cumpla con los requisitos: “la nueva conducta corresponda al mismo género; la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y no se afecten los derechos de los sujetos” (Corte Suprema de Justicia, 2012), En este sentido véase las providencias de la corte suprema de justicia con radicados: 35.293 de 2011, 32.685 de 2011, 36.621 de 2011, 44.458 de 2014, 41.253 de 2014, 45.865 de 2015, 41.685 de 2015, 44.287 de 2015.

La Corte Suprema de Justicia en providencias del 2011 al 2015 habilito “una mayor potestad de variación a la congruencia de parte del juzgador, al entender que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que puede condenarse aun sin la salvedad expresa de la Fiscalía , siempre que sea por una conducta punible de menor entidad distinta a la definida en la acusación, sea del mismo o de género diferente” (Quintero T., Ramírez P., & Salazar A., 2019), como puede verificarse en los radicados 32.685

de 2011, 45.589 de 2016, 41.253 de 2015, 43.041 de 2017, 49.186 de 2017, 47.680 de 2018; de la sala penal.

La adecuación jurídica de los hechos es exigible, por cuanto se deben señalar todas las circunstancias en que ocurren los hechos, su incidencia en la calificación jurídica y en la fijación de la pena; son exigibles por que la parte procesada debe conocerlas y de esta forma controvertirlas oportunamente, según la argumentación del acusador (Corte Suprema de Justicia, 2017, ps. 12 a 32). De tal forma que el “juzgador, como tercero supra parte, no puede derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, por elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía, ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador, resolviendo el caso conforme con los delimitados y precisos términos *que defactum y de iure* fueron formulados” (Corte Suprema de Justicia, 2017)

CONCLUSIONES

El principio de congruencia y su correlación con el debido proceso y el derecho a la defensa no tiene una suficiente reglamentación normativa, y prácticamente es la Corte Suprema de Justicia quién fija doctrina y señala un protocolo para su desarrollo, considera que este principio no es absoluto, porque circunstancias especiales y por medio del juez se puede cambiar una valoración a la calificación jurídica, desde luego bajo el principio de favorabilidad que no permite la agravación de la situación jurídica del procesado.

Las circunstancias fácticas citadas en la acusación hacen que el principio de congruencia sea inmodificable; pero con el aspecto jurídico no sucede lo mismo, el juez tiene la competencia para variar la calificación jurídica siempre que siga los protocolos determinados.

Un principio de congruencia en primera instancia la Fiscalía en la fase de juicio oral puede pedir la absolución; pero en segunda instancia el juez no está obligado a ceñirse a esta petición, porque se considera cosa juzgada, además en segunda instancia el principio de congruencia se aplica entre la sentencia de primera instancia y la que resuelva la alzada. Como lo consagra el Código de Procedimiento Penal, la persona que formalmente fue acusada por la Fiscalía solo podrá ser declarada por los hechos y los delitos por los cuales se le acuso, así mismo el fallo debe tener relación con los aspectos personales y fácticos. Es decir que el acusado no podrá ser condenado por imputaciones jurídicas que no hayan sido solicitadas previamente por la Fiscalía en el debate oral.

Lo anterior nos permite considerar que los sujetos y los supuestos fácticos de la providencia necesariamente deben ser los mismos; pero la jurídica es muy relativa, porque cada juez podrá condenar por una especie delictiva distinta a la imputada; como en el ejemplo, si se condena por tentativa de homicidio, pero la víctima fallece, necesariamente la calificación varía a la de Homicidio, en este caso

se está respetando el núcleo básico de la conducta imputada, pero la condena aumentaría la pena, no aplica el principio de favorabilidad porque la conducta punible es muy específica en el Código Penal.

Sobre la absolución, el juez no está obligado, no importa que el alegato del ente acusador fue eximente, aquí se puede dar un principio acusatorio, parcial y de igualdad de armas, y administrar justicia de acuerdo al material probatorio y la función de la Fiscalía en el proceso.

La actual línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sala penal, ha dejado claro que se puede proferir sentencia por vía ordinaria y por conductas punibles diferentes a los “contenidos en la acusación, pero se deberá someter a que su modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; que la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación; y por último que no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes”.

La regla jurisprudencia actual, señala: los aspectos fácticos que se mencionan en la acusación, son los únicos que pueden ser tenidos en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia; sobre la acusación, esta parte desde el escrito de acusación hasta el alegato final en el juicio oral; así mismo los cargos del escrito de acusación y a la audiencia pública deberán refrendarse por el alegato de cierre de la Fiscalía.

Dentro del Sistema Penal Acusatorio la congruencia es fáctica donde la variación de la calificación se da por la estructura del proceso y por general beneficia punitivamente al procesado; sin mencionar que el procesado pueda aceptar los cargos o acogerse a un preacuerdo, significaría dos cosas que la posible calificación es muy evidente por los hechos y el material probatorio, o porque las circunstancias pueden modificar la calificación, por ejemplo, en un robo el delincuente causa heridas graves a la víctima, y esta dura un tiempo en la clínica pero no se recupera y fallece; es decir que de la tentativa de homicidio se pasa a Homicidio; o en el mejor de los casos que solo sea tratado y se recupere, entonces la calificación varía de tentativa de homicidio a lesiones personales o a hurto calificado; todo lo anterior

tiene que darse antes del fallo. En los eventos donde la prueba fue controvertida y se eliminan los hechos que no son probados y que impactan la calificación, como por causales de atenuación punitiva o se pueda suprimir la una circunstancia de agravación punitiva, aquí se permite el cambio de calificación en el fallo; desde luego el reo no tendrá una posibilidad amplia de allanarse a la nueva calificación bajo el sistema de la justicia premial.

Creo que en la Ley 600 del 2000 contemplaba la regla que permitía degradar la responsabilidad al cambiar la calificación jurídica por una más favorable y que en la Ley 906 de 2004 no la contenía y solo con las doctrinas de la Corte se pudo avanzar a una congruencia flexible.

BIBLIOGRAFIA

- Acto Legislativo 03. (2002). *Por el cual se reforma la Constitución Nacional*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional Diario Oficial 45040 del 20 de Diciembre de 2002.
- Arango Giraldo., A. F. (2015). *La flexibilización del principio de congruencia en la dinámica acusatoria colombiana*. Bogotá, Colombia: Consultado el 16 de junio de 2020, disponible en <http://derechoprocesalpenalcontemporaneo.blogspot.com/2015/07/la-flexibilizacion-del-principio.html>.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política* . Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional número 114 del domingo 4 de julio de 1991.
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2002). *El proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bonilla S., J. A. (2012). *La igualdad de armas entre Fiscalía y Defensa en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia: Universidad la Gran Colombia .
- Consejo de Estado. (2014). *Boletín 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15)*. Bogotá, Colombia: Consultado el 15 de junio de 2020, disponible en [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-42-000-2014-01139-01\(2458-15\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15).pdf).
- Constitución Política . (1991). *Constitución Política 1 de 1991 Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional No. 114 del 4 de julio de 1991.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). *Sala de Casación Penal, Sentencia No. 23871 de 2005*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 10 de agosto de 2005.

Corte Suprema de Justicia. (2006). *Sala de casación penal, Sentencia No. 25515 de 2006*. Bogotá, Colombia: Gaceta de la Corte Suprema de Justicia del 6 de julio de 2006.

Corte Suprema de Justicia. (2007). *Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas. Radicado 26.309. p. 62*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 25 de Abril de 2007.

Corte Suprema de Justicia. (2007). *Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Radicado 26.468. p. 103*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 27 de Julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia. (2008). *Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Radicado 25.913. p. 1*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 15 de mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia. (2008). *Sentencia No. 27523 de 2008, sala de casación penal*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 02 de diciembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia. (2010). *Sentencia No. 33931 de 2010, sala de casación penl*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 18 de Agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia. (2012). *Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Augusto Ibañez Guzman. Radicado 36.621. p. 103*. . Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 28 de mayo de 2012.

Corte Suprema de Justicia. (2014). *Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de octubre de 2014. Magistrado ponente Gustavo Enrique Malo Fernández,*

Radicado 41.253 p. 55. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Suprema de Justicia del 15 de octubre de 2014.

Corte Suprema de Justicia. (2014). *Sentencia No. 39492 de 2014. sala de casación penal.* Bogotá, Colombia: GAceta Corte Suprema de Justicia del 26 de Febrero de 2014.

Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de marzo de 2017. MP. Patricia Salazar Cuellar, radicado 44.599.* Bogotá, Colombia: Gaceta de la Corte Suprema de Justicia del 8 de marzo de 2017.

Couture, E. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires, Argentina: Palma.

Echandía, D. (2017). *Teoría General del Proceso.* Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.

Fierro, H. (2008). *Manual de Derecho Penal.* Bogota, Colombia: Leyer.

Fiscalía General, d. I., & et al, .. (2005). *Tecnicas del proceros oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, manual para operadores jurídicos.* Bogotá, Colombia: Ingeniería Gráfica.

Gómez Pérez, M. P. (2012). *El principio de favorabilidad en la jurisprudencia colombiana.* Medellín, Colombia: Universidad EAFIT, tesis de Maestría de profundización, Derecho Penal con énfasis en la teoría del delito .

Guarin M., V. C., & Arango R., C. (2011). *Línea jurisprudencial del error en la calificación en el nuevo Sistema Penal Acusatorio.* Pereira, Colombia: Universidad Libre seccional Pereira, Tesis de especializacion.

Guasp, J. (1968). *"Derecho Procesal Civil"*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.

Ley 1312. (2009). *"Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad"*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional Diario Oficial 47.045 del 9 de julio de 2009.

- Ley 1826. (2017). *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional Diario Oficial No. 50114 del 12 de enero de 2017.
- Ley 906. (2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional Diario Oficial No. 45658 del 1 de septiembre de 2004.
- Loutayf R., R. G., & Solá, E. (2013). *La Sentencia de segunda instancia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni .
- Morello, A. M. (1977). *"Prueba, Incongruencia, Defensa en Juicio"*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Peyrano, J. W. (1978). *El proceso civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Quintero T., M. A., Ramírez P., S. D., & Salazar A., M. L. (2019). *La incidencia de la jurisprudencia en el principio de congruencia del Sistema Penal Acusatorio*. Medellín, Colombia: Universidad Autónoma Latinoamericana, tesis de maestría.
- Sentencia C-025. (2010). *PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL SISTEMA PENAL-Aplicación/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL SISTEMA PENAL-Contenido y alcance/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL SISTEMA PENAL-Importancia*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Constitucional del 27 d enero de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Soto N., F. (2007). *Correlación entre acusación y sentencia*. Madrid, España: Montecorvo.
- Uribe García, S. (2011). *"La Congruencia, error en la calificación y variación de la calificación jurídica"*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica.
- Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal General, 3ra. edición*. Bogotá, Colombia: Temis.

