

Violación al derecho de defensa por la flexibilización del principio de congruencia en el
proceso penal

Monografía jurídica para optar por el título de abogado

Jorge Armando Herrera Salazar.

Asesor: Juan Esteban Marín
Magister en Derecho procesal Penal y teoría del delito ©

Corporación Universitaria Lasallista
Facultad de Ciencias Sociales
Derecho
Caldas-Antioquia
2018

Tabla de contenido

Introducción	5
Objetivos.....	6
General	6
Específicos.....	6
CAPITULO I Principio de congruencia.....	7
Principio de congruencia de la ley 906 de 2004 en ordenamiento jurídico colombiano.	8
Constitución Política de 1991	8
Decreto 2700 de 1991	9
Ley 600 del 2000	10
Ley 906 de 2004.....	13
Principio de congruencia de la Ley 906 de 2004 desde una mirada internacional.	14
Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	15
Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	16
Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.	17
Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Palma de Mallorca 1990 a 1992).....	18
Principio de congruencia en la ley 906 de 2004 desde una mirada doctrinal..	18
CAPITULO II Análisis jurisprudencial del Principio de Congruencia.....	22

El principio de congruencia en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su aplicación en la Ley 906 de 2004.	22
Tipos o clases de congruencia existentes en la Ley 906 de 2004 según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia	25
Congruencia rígida	26
Congruencia moderada	32
Congruencia flexible.	38
CAPÍTULO III Variación de la calificación jurídica afectación al derecho de defensa.	47
Conclusiones	55
Referencias	57

Resumen

El Estado Colombiano a partir de la constitución de 1991, con el fin de evitar la vulneración de las garantías y los derechos fundamentales de los acusados ha adoptado y establecido diferentes normas a lo largo de la historia como son los tratados, convenios internacionales, leyes, decretos, jurisprudencia, entre otros. Con la finalidad de proteger los derechos de los sujetos procesados.

Es por esto que el principio de congruencia en el marco de la ley 906 de 2004, es de suma importancia en la medida que establece unos parámetros entre el ente acusador o la Fiscalía General de la Nación, encargado de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores y los Jueces Penales que a través de su providencia absuelven o condenan al sujeto procesado.

Esta investigación pretende analizar si se vulnera o no el principio de congruencia en el marco de la ley 906 de 2004, al momento de variar la calificación jurídica del procesado. Para esto se tendrá en cuenta algunos fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal.

Se examinará en primer lugar los límites normativos existentes con relación al principio de congruencia en el marco de la ley 906 de 2004, partiendo de legislación nacional, internacional, con los aportes que ha hecho la doctrina al respecto. En segundo lugar se pretende analizar las sentencias de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el alcance y limitación del principio de congruencia. En tercer lugar se verifica si la variación de la calificación jurídica basada en la aplicación de principio de congruencia en la modalidad moderada o flexible afecta el derecho de defensa y las garantías fundamentales del procesado.

Introducción

Partiendo de que la Constitución Política es la norma suprema del Estado Colombiano, el principio de congruencia encuentra su fundamento normativo en el artículo 29 de la Carta Magna, cumpliendo un papel importante para la debida protección del derecho defensa y el debido proceso. Dicho principio está respaldado por convenios y tratados internacionales, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Sin embargo, la regulación del principio de congruencia no es suficiente, ya que se sigue presentando problemas relacionados al momento de su aplicación como es el caso de la variación de la calificación jurídica, la cual no se encuentra tipificada en la ley 906 de 2004, sin embargo, las altas Cortes dan aplicación a su regulación e interpretación, lo que conllevaría a pensar que se podría abusar de esas facultades otorgadas Constitucionalmente en contra de los intereses del procesado.

Finalmente, en esta investigación nos dedicaremos al estudio del principio de congruencia a partir de la ley 906 de 2004, mirando sus antecedentes legales, doctrinales y jurisprudenciales, y la violación o no del derecho de defensa con relación a la variación de la calificación jurídica.

Objetivos

General

Analizar si en la Ley 906 de 2004, la aplicación del principio de congruencia en su modalidad moderada o flexible afecta el derecho de defensa del procesado.

Específicos

1. Examinar los límites normativos existentes con relación al principio de congruencia en el marco de la Ley 906 de 2004.

2. Explorar las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, en vigencia de la Ley 906 de 2004, sobre el alcance y limitación del principio de congruencia.

3. Verificar si la variación de la calificación jurídica basada en la aplicación del principio de congruencia en su modalidad moderada o flexible afecta el derecho de defensa.

CAPITULO I

Principio de congruencia

La congruencia es un principio de respaldo constitucional que representa una garantía fundamental para el acusado, ya que limita las funciones de las entidades judiciales en el sentido que el juzgador solo puede fallar conforme a lo solicitado por el ente acusador en el escrito de acusación y de conformidad a lo probado durante el proceso judicial.

En este orden de ideas, podríamos afirmar que la congruencia constituye una armonía entre la etapa de acusación y la sentencia sin que pueda existir variación de la calificación jurídica que implique vulneración de derechos constitucionales o legales para el acusado o imputado, viciando de nulidad los actos procesales y vulnerando íntegramente el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de congruencia. Pero, la jurisprudencia Colombiana ha establecido una flexibilización en cuanto a este principio abriendo la posibilidad de que se pueda variar la calificación jurídica, sin embargo este tema será abordado en el capítulo II.

Ahora bien, para dar mejor claridad al principio de congruencia se identificará en primer lugar la naturaleza jurídica de este principio, partiendo de la Constitución Política de Colombia de 1991 hasta llegar a su aplicación vigente en la Ley 906 de 2004. En segundo lugar este capítulo abordará los tratados internacionales y los aportes hechos por algunos doctrinantes, para dar paso al capítulo II donde se identificarán los aportes más relevantes respecto a este principio, por parte de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Principio de congruencia de la ley 906 de 2004 en ordenamiento jurídico colombiano.

Con el fin abarcar el respaldo legal que ha tenido el principio de congruencia en el ordenamiento jurídico Colombiano, el cual es “el conjunto de normas legales que pretende regular las actividades sociales” (Pérez Pinzón, 2005, 53), se pretende iniciar un breve recorrido por las leyes que más han influenciado en la aplicación de este principio, así se comenzará por la Constitución Política de 1991, luego por la Decreto 2700 de 1991, por la Ley 600 de 2000, hasta llegar a la Ley 906 de 2004.

Constitución Política de 1991

El soporte legal del principio de congruencia parte de la Constitución Política de Colombia de 1991, allí el Constituyente le otorgó carácter constitucional a dicho principio, el cual contribuye al cumplimiento del debido proceso y al derecho de defensa del imputado, derecho de defensa entendido como “derecho subjetivo público constitucional, pertenece a toda persona a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo” (Lindquist, K, 2015, 35), esto puede verse respaldado en el artículo 29 de la Carta Magna. Sin embargo, en el artículo 235 numeral 4, asigna a los funcionarios del Estado la función del juzgamiento, como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, donde se puede inferir algunos fundamentos de la congruencia, los cuales están encaminados a que el juzgamiento que hace la mencionada Corte debe basarse en la acusación que hace la Fiscalía General de la Nación sobre los hechos facticos y jurídicos que se les imputen a los acusados. En otras palabras, esto quiere decir que entre la etapa de acusación y la sentencia debería de existir una armonía, limitando las decisiones de los jueces de las altas cortes prohibiendo variar la calificación jurídica.

Sin embargo, dicha limitación no es absoluta en la medida que la misma Constitución Política de Colombia en el artículo 228 otorga a los jueces interdependencia en sus decisiones judiciales, es decir, permite que el juez varíe la calificación jurídica siempre que se ajuste a unos parámetros ya establecidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales se plantearán en el capítulo II de esta investigación.

Decreto 2700 de 1991

El decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal, consagró la congruencia y “el numeral tercero de la norma 442, se refería a la calificación jurídica provisional” (Velásquez Novoa, 2011, 739) norma que fue demandada en sentencia C-491 de 1996 de la Corte Constitucional, al declarar que el vocablo provisional vulneraba algunos preceptos constitucionales como: el debido proceso y derecho de defensa del imputado. Pero la Corte tras un análisis detallado declaró la exequibilidad de la palabra provisional, dejando así la posibilidad abierta de la variación de la calificación jurídica sin vulnerar ningún derecho fundamental. Es así como la manifiesta la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 1996:

El carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del

juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia

De igual manera en sentencia C-O25 de 2010, la Corte Constitucional elaboró una línea jurisprudencial donde señaló que la provisionalidad de la calificación jurídica no vulneraba derechos fundamentales de la siguiente manera:

Esta Corporación elaboró unas líneas jurisprudenciales según las cuales (i) la provisionalidad de la calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa del acusado; (ii) 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 (iii) al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse

Años más tarde el decreto 2700 de 1991 fue derogado por el artículo 535 de la ley 600 de 2000.

Ley 600 del 2000

La Ley 600 de 2000 tuvo la estructura de un sistema inquisitorial, ya que concentro las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad, dicha norma “estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2004, habida cuenta de que a los delitos cometidos después del 1° de Enero de 2005, se le aplican la Ley 906 de 2004” (Calle Aguas, 2012, 26)

La ley mencionada mantuvo el principio de congruencia o consonancia que debe de existir entre el pliego de cargos y la sentencia, pero además garantizó el derecho de defensa y la estructura jurídica lógica del proceso para el imputado. Es decir, el

acusado solo podría ser condenado o absuelto por los cargos que fue llamado a responder. Así lo estableció el artículo 398 numeral 1 y 3 de la ley 600 de 2000, al indicar que la imputación que se realizaba en la etapa de acusación debía contener elementos fácticos, jurídicos, claros e inequívocos.

La sentencia con radicado 20134 del 9 de junio de 2004 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, manifiesta la importancia de la claridad de lo fáctico y lo jurídico en la resolución de acusación:

De cara a una muy reciente reforma del proceso penal colombiano, contenida en la Ley 600 de 2000, la Corte ha dado en reconocer que en la acusación debe estar vertida, de manera clara, diáfana e inequívoca, tanto la imputación fáctica (atribución de la conducta objeto de reproche con la exacta indicación de todas sus circunstancias), como la jurídica (señalamiento preciso de las normas que recogen de forma abstracta aquellos condicionantes fácticos)

En este orden de idea, la claridad de la imputación fáctica y jurídica no podría predicarse al principio de congruencia en el sentido como una perfecta armonía existente entre la resolución de acusación y el fallo, ya que existe el concepto de la variación de la calificación jurídica el cual guarda una estrecha relación con tal principio.

Como señala la revista de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla de 2013, sobre el principio de congruencia, error en el nomen iuris y variación de la calificación,

el principio de congruencia ha sido tomado como: la simetría o correspondencia de lo personal (acusado o condenado), factico

(circunstancia) y jurídico de la conducta objeto de acusación y la sentencia, pero habida consideración de la naturaleza progresiva del proceso penal se involucra en ese concepto la variación de la calificación que se haga únicamente por la fiscalía en las alegaciones del juicio oral, supuestos que deben estar no implícitos sino expresamente determinados en los actos procesales correspondientes.

El artículo 404 de la ley 600 de 2000, estableció los procedimientos de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible. De la cual, se puede inferir que la variación de la calificación se hace en la imputación subjetiva (componente psíquico del procesado) y es precisamente en este aspecto donde la calificación tiene relevancia, ya que el juez tiene la facultad de disminuir la responsabilidad del procesado o modificar la conducta tipificada, entre otros. Cosa distinta que no aplicaría para la imputación objetiva, pues es claro, que los hechos de tiempo, modo y lugar que se alleguen en la etapa de investigación serían inmodificables, ya que sobre esos hechos el juez debe basar su decisión. De lo contrario se estarían vulnerando garantías constitucionales y legales del procesado.

Según la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2010, indica la variación de la calificación jurídica en los siguientes términos:

La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de

coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

Con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, quedó derogado la ley 600 de 2000, sin embargo, antes de entrar en materia es necesario hablar del acto legislativo 03 de 2002, el cual dio origen al sistema penal acusatorio, modificó la constitución, limitó las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación, creó figuras como el juez de control de garantías, se le confirió mucha fuerza al principio de congruencia y consagró como uno de los principios básicos la igualdad de armas entre acusador y acusado. Así como lo manifiesta la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional.

Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “*igualdad de armas*”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “*que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación*”.

Ley 906 de 2004

Para empezar, el sistema acusatorio tiene fundamento constitucional, consagrados en los artículos 29 y 250 de la carta magna y se sustenta

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto internacional de derecho civiles y políticos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, contentivos de normas superiores relativas a los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción

propias del sistema acusatorio. (Organización de los Estados Americanos, 2005)

Para efectos de este trabajo no es de sumo interés el conocimiento de los tratados o convenios internacionales a los que Colombia está suscrito, sin embargo se mencionará posteriormente para saber el alcance de protección normativa internacionalmente que tiene el principio de congruencia directa o indirectamente.

Con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 a partir del primero de enero del año de 2005, el principio de congruencia se consagró tácitamente en el artículo 442, la cual describe “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” norma que fue demanda por inconstitucionalidad y donde la Corte Constitucional la declaró exequible, mediante sentencia C 025-2010, por no encontrar violación alguna al debido proceso.

Por otro lado, la norma trajo cambios sustanciales como la incorporación de otros principios que no estaban consagrados en las leyes anteriores y dejó a merced de la jurisprudencia todo lo relacionado a la variación de la calificación jurídica. Es decir, no hay una norma en la Ley 906 de 2004 que regule esta materia. Pero si blindo a las partes a recurrir al recurso de casación cuando ven vulnerados o trasgredidos el principio de congruencia y el derecho de defensa durante el proceso.

Principio de congruencia de la Ley 906 de 2004 desde una mirada internacional.

La Constitución Política de 1991 es la norma suprema del estado colombiano, norma que a su vez hace parte del bloque de constitucionalidad, es decir, que junto con

los tratados y convenios internacionales sirven de parámetro para garantizar y buscar los fines que el estado se ha propuesto. Como lo consagra la sentencia C-255 de 1995 de la Corte Constitucional.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Con relación al principio de congruencia, no se encuentra explícitamente consagrado en los tratados o declaraciones internacionales, pero si se puede afirmar en un sentido amplio que el principio de congruencia cumple con las garantías mencionadas dentro de la noción genérica del debido proceso.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Con la finalidad de que no se volviera a repetir las trasgresiones o violaciones de los derechos de las personas, en 1948 se adoptó y se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, convirtiéndose en un texto garantista para el ejercicio libre e igualitario de cada individuo.

En el artículo 11 señala “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.” Es de suma importancia este artículo, ya que se empieza a deducir las bases del principio de congruencia internacionalmente: Por un lado consagró la

garantía universal para el individuo o no ser condenado por un delito que no estuviese tipificado en el ordenamiento jurídico al momento de la realización de la conducta, conducta entendida como “resultado de la actividad humana en la cual entra en juego factores biológicos, psíquicos, fisiológicos” (Hoyos Botero, 2013,30), y por otro lado, proporcionó las herramientas a las entidades que ejercían un control social en limitar sus funciones, es decir, fueron las bases para que al individuo se le respetaran todos sus derechos por el solo hecho de ser persona sin ninguna discriminación alguna por las entidades que ejercían justicia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Conocida como PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, dispuso en su artículo 9, denominado Principio de Legalidad y de Retroactividad, que

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (Organización de los Estados Americanos, 1969).

En la parte subrayada del artículo 9, se puede evidenciar el principio de congruencia y la variación de la calificación jurídica ligada al principio de legalidad. En este orden de ideas, la calificación jurídica se podría interpretar como una limitante para el juez al momento de dictar sentencia, es decir, el juez no podría imponer una sanción más gravosa para el imputado que la debatida en cada una de las etapas

procesales. De lo contrario se estaría vulnerando no solo el principio de congruencia, sino también el debido proceso y el derecho de defensa.

Esto conllevaría a que el procesado podría solicitar la absolución por encontrar una violación a la calificación jurídica y a sus derechos Constitucionales y legales dentro del proceso.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Es conocido como la convención Europea de Derechos Humanos, este convenio es de suma importancia, ya que tiene por objeto la protección de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el control judicial respecto de los derechos individuales.

El artículo 6 hace referencia a un proceso equitativo, dispuso en el inciso 2 que “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” y en el artículo 7 denominado que no hay pena sin ley dispuso, que “no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”. En la parte subrayada de los artículos, aunque no está explícito el principio de congruencia si es posible deducirlo, puesto que guarda una estrecha relación con el debido proceso y el derecho de defensa, incluyendo una certeza para el procesado a no ser sorprendido por hechos nuevos o la imputación de cargos diferentes, agravando la situación jurídica del imputado.

Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Palma de Mallorca 1990 a 1992).

Conocido como reglas de Mallorca, este tratado es importante en el sentido que analizó la justicia penal y tomo como base la dignidad humana como parámetro para respetar el debido proceso y así crear un conjunto de reglas mínimas encaminadas a una función investigativa y persecutora por parte del estado contra los infractores de las normas. Por otro lado, la función juzgadora estaría separada y sería impartida por los jueces de manera independiente, sometidos únicamente al imperio de la ley y a la imparcialidad.

También estableció reglas donde se abarcaba garantías fundamentales para el imputado como el derecho de defensa y el principio de legalidad, respetando la congruencia en cada fase procesal.

Principio de congruencia en la ley 906 de 2004 desde una mirada doctrinal.

Los doctrinantes, entendido como “el conjunto de juicios emitidos por los juristas en su tarea por encontrar la verdad jurídica...” (Velásquez Velásquez, 2013, 130) a través de los tiempos han realizado un análisis interpretativo del principio de congruencia basándose en las leyes preexistentes, por tanto es de gran importancia indicar cuales han sido algunos de los más importantes aportes hechos por estos estudiosos del derecho que han servido de base para interpretar la norma.

Es así como encontramos a Heliodoro Fierro Méndez quien en su libro: *Manual de derecho procesal penal* indico que el principio de congruencia es una regla que condiciona la competencia de los jueces, en la medida que:

“Solo puede resolver sobre lo solicitado y probado por las partes. De tal suerte que el juez en su sentencia. No puede reconocer lo que no se ha pedido (extrapetita) ni más de lo pedido (ultrapetita)”

Respecto a lo anterior se puede indicar que según Fierro la aplicación del principio de congruencia es de carácter rígido, en la medida que solo permite al juez emitir un fallo basado en lo solicitado por las partes, por tanto toda decisión que tome el juez a su arbitrio, se podría considerar como una extralimitación de sus funciones.

También encontramos posturas más tradicionales como las que realiza Jorge Clariá Olmedo, que en su libro *el Principio de congruencia en el proceso penal*, argumenta lo siguiente:

La regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como indispensable la coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud del principio – “lura curia novit.” (363).

Es decir, que el Juez en la sentencia debe delimitar su decisión en lo presentado en la etapa de acusación, sin ampliar o restringir el supuesto de hecho presentado por el fiscal, pues según el autor, esto conllevaría a generar la nulidad de la sentencia.

Sin embargo, otros autores abren la posibilidad de flexibilizar la congruencia en la medida que permiten al juez emitir fallos diferentes a los solicitados por las partes, siempre que el juez cumpla con unos parámetros o requisitos previamente estipulados, es así como Devis Echandía, manifiesta que la congruencia es:

El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado., sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas. (Devis Echandía, 1985, 533)

Echandía, abrió la posibilidad de que el principio de congruencia fuera flexible, previó la posibilidad de que el fiscal o Juez pudiese variar la calificación jurídica del sindicado o imputado siempre y cuando estuviera facultado por la Ley, sin embargo, esta postura nos lleva a preguntarnos ¿Hasta qué punto la flexibilidad de la congruencia garantiza el derecho de defensa y al debido proceso? ¿Puede esto representar una garantía para el procesado o por el contrario lo perjudica? Y es que es indudable que el principio de congruencia es un punto de equilibrio para garantizar los derechos fundamentales del imputado o indiciado en relación con el juzgador, y por ende mantener la armonía en todas las etapas procesales, desde la acusación hasta la sentencia con el fin de salvaguardar las garantías Constitucionales y legales de los sujetos procesales. Es así como Laura Urquiza sostiene al respecto que:

El principio de congruencia se refiere a la imposibilidad de cambiar, por parte de los jueces, los hechos que fueron sometidos a juzgamiento,

por lo que nada impide que el Tribunal pueda cambiar la calificación jurídica aplicable al caso, siempre y cuando aquél se mantenga inalterado. (Urquiza C., L. s.f.)

En este orden de idea, el núcleo esencial factico del imputado es inmodificable, y es la base para que el juez pueda fallar. Sin embargo, los jueces en su discrecionalidad están facultados para variar la calificación jurídica sin agravar el tipo penal, pero tal variación desde el punto de vista de la congruencia rígida estaría vulnerando el derecho de defensa.

Ahora bien, siguiendo la postura que permite a los jueces variar la calificación jurídica del imputado sin agravar el tipo penal, es donde se pretende determinar si entre la etapa de acusación y la sentencia existe o no una consonancia como tal, puesto que dicha variación sorprendería la estrategia procesal de la defensa.

Como veremos en el segundo capítulo, es necesario entender la complejidad del principio de congruencia en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2000), e identificar los tipos de congruencias y la relación que tienen con la variación de la calificación jurídica, para determinar el problema de este trabajo y poder verificar si existe violación del derecho de defensa con la variación de la calificación jurídica del procesado.

CAPITULO II

Análisis jurisprudencial del Principio de Congruencia.

En este segundo capítulo se podrá evidenciar el soporte jurisprudencial que el principio de congruencia ha tenido en la legislación Colombiana, mostrando los aportes que ha realizado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la aplicación del principio de congruencia en el proceso penal de la Ley 906 de 2004, la cual ha permitido una flexibilización en cuanto a su aplicación, en la medida que permite al juez condenar por un delito diferente al imputado en la acusación, esto siempre que se cumplan con unos requisitos estipulados por la Corte y de los cuales se hablara en el desarrollo de este segundo capítulo.

El principio de congruencia en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su aplicación en la Ley 906 de 2004.

En el capítulo anterior, se evidenció que el principio de congruencia es aquel que en su forma más rígida busca darle protección al procesado dentro del proceso penal de la Ley 906 de 2004, en la medida que busca que solo sea condenado por el delito que se le haya atribuido en la acusación, sin que exista la posibilidad de que se realice una variación en la calificación jurídica del delito. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en relación al principio de congruencia, y en sentencias tales como: radicado 21596 del 13 septiembre de 2006 y radicado 42388 del 14 de octubre de 2015 se establece lo siguiente:

La congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en los aspectos personal, fáctico y

jurídico. En el primero, debe haber identidad entre los sujetos acusados y los indicados en la sentencia; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos del fallo; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en la sentencia.

Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, indica que solo los aspectos personal y factico son de carácter absoluto, en la medida que no se puede realizar una variación en el proceso penal entre los sujetos acusados con los sujetos indicados en la sentencia por ejemplo en la acusación no se puede acusar a Juan y en el fallo condenar a Luisa, así mismo los hechos que motivaron la acusación no pueden variar en los fundamentos del fallo, es decir las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Pero, respecto al aspecto jurídico, indica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que es de carácter relativo, en la medida que el juez puede condenar a un sujeto por un delito diferente al presentado en la acusación, sin que esto vulnere el principio de congruencia, es decir que una persona acusada por el delito de acceso carnal violento se le puede condenar por el delito de acto sexual violento, siempre que se cumplan los requisitos de que hablan sentencias tales como la del 3 de junio de 2009 con radicado 28649 y la emitida el 31 de julio de 2009 con radicado 30838:

(I)Es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; (II) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género; (III) el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; (IV) La tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico

de la acusación, (V) y no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Lo anterior es lo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha llamado congruencia moderada, que será abordada más adelante, y la cual hace referencia a la capacidad que tiene el juez de condenar por un delito distinto al que fue objeto de acusación, siempre que se cumpla los requisitos anteriores. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, establece la posibilidad de que el juez condene por un delito diferente al acusado, así el ente acusador no sea quien solicite la modificación del delito, esto es lo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha llamado congruencia flexible.

Sin embargo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 29338 del 8 de octubre de 2008, ha establecido que se verá quebrantado el principio de congruencia por acción u omisión cuando:

(I) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación (II) Condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica, ni jurídicamente en la acusación (III) Condenar por el delito atribuido en la audiencia de formulación de acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y (IV) Suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que le fue reconocida en audiencia de formulación de la acusación.

Lo anterior, da muestra que la Corte considera que el principio de congruencia si bien permite la variación jurídica del delito, si impide al juez que condene a un sujeto mediante la variación fáctica y personal de los hechos presentados en la acusación, puesto que obstaculiza la igualdad de armas dentro del proceso, ya que se estaría condenando a una persona basados en los hechos diferentes a los que dieron pie a la acusación de un delito, por tanto para dicha Corte se vulneraría a su vez el derecho de defensa, de contradicción y al debido proceso. Así mismo, se puede apreciar que hay una vulneración al principio de congruencia cuando variándose el delito, no se tienen en cuenta los beneficios del procesado, los atenuantes y agravantes, condenando al sujeto por un delito de mayor entidad y/o por un delito de diferente género.

Tipos o clases de congruencia existentes en la Ley 906 de 2004 según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Corte estableció tres tipos de congruencia: flexible, moderada y rígida, con la finalidad de permitir que dentro del proceso penal de la Ley 906 de 2004 pueda variar la calificación jurídica de un delito por otro, siempre que se sigan unos parámetros o reglas que la misma Corte ha definido y las cuales ya fueron mencionadas anteriormente.

Teniendo claro, los parámetros o reglas comentadas al principio de este capítulo, que permitir la modificación del delito dentro del proceso penal de la Ley 906 de 2004, es que se pasa a explicar cada uno de los tipos o clases de congruencia, y por medio de sentencias mostrar cómo funciona y como es aplicada en cada caso en concreto.

Congruencia rígida

La congruencia rígida dentro de la Ley penal Colombiana está sustentada en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 y la define como aquella que solo permite al juez condenar por los hechos y delitos que fueron invocados en la acusación, es decir no permite la variación de la calificación jurídica del delito, por tanto si al sujeto se le acuso por el delito de lesiones personales, el juez no podrá condenar al acusado por un delito diferente a este.

A continuación se podrá observar casos en concreto en los que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia falla conforme al principio de congruencia rígida.

Radicado 24026 del 20 octubre de 2005

La Fiscalía le imputa a una mujer el delito de porte de estupefacientes cuando es capturada mientras portaba dos gramos de cocaína, una vez en la audiencia la mujer acepta los cargos imputados. Sin embargo, la Fiscalía modifica su acusación y solicita al juez que condene a la acusada por el delito de venta de estupefacientes, pero el juez considerando que la procesada se allano y teniendo en cuenta que solo eran dos gramos los que portaba, la dejo en libertad.

La Fiscalía inconforme con la decisión interpone recurso de apelación, para lo cual el Tribunal accede a su petición y condena a la mujer por el delito de venta de estupefacientes. Respecto a esta decisión la defensa interpone recurso de casación.

La Corte, considera que hay una inminente vulneración al principio de congruencia en la medida que si una persona acepta la responsabilidad por un delito que le fue atribuido por la Fiscalía, queda claro que jurídicamente es esa la conducta por la cual se le debe juzgar. Ahora bien, expresa la Corte que si bien es cierto que el

acusado no debe ser condenado por un delito que no conste en el escrito de acusación, en este caso en particular se debe tener en cuenta que el proceso tiene un terminación abreviada en la medida que hay allanamiento en la audiencia de control de garantías, por tanto resulta siendo esencial la imputación jurídica, es decir, que debe ser clara, ajustada y sin variación sustancial del núcleo esencial factico.

Aun cuando el proceso en donde el imputado se allana a los cargos no tiene las etapas ni fases del juicio normal (artículo 336 de la ley 906 de 2004), lo cierto de ello es que la imputación que da origen al allanamiento debe contener una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2008, radicado 24026)

Esta sentencia establece la forma más rígida de la congruencia, en la medida que exige al juez y al ente acusador la no variación jurídica de la conducta punible, cuando se está frente a un allanamiento de cargos, en la medida que se busca que sea solo juzgado y condenado a un sujeto por los delitos a los cuales allano, y no que le sean modificados en la condena por otros diferentes. Sin embargo, se puede apreciar en esta sentencia que la Fiscalía incurría en la vulneración al principio de congruencia, en la medida que buscaba que se le condenara a la mujer por un delito más gravoso, al que le había imputado al inicio del proceso.

Radicado 15843 del 13 de julio de 2006

En esta sentencia es condenado un sujeto por el delito de Homicidio agravado en primera instancia y ratificada en segunda instancia, a pesar de que el ente acusador

solicito el juez de primera instancia la absolución del procesado toda vez que no se encontró material probatorio que lo inculpara directamente.

Sin embargo, el defensor del condenado interpone recurso de casación solicitando la nulidad de la sentencia por violación al debido proceso. Ante este caso la Corte niega la solicitud del apoderado de declarar nula la sentencia, toda vez que no encuentra vulneración al debido proceso, a su vez afirma la Corte que solo es válido el retiro de los cargos solicitado por el ente acusador, cuando este abandona su rol de fiscal para demandar la absolución, ante esto dice textualmente la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal radicado 15843 del 13 de julio de 2006.

En aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípole acusación –petición de condena- sentencia.

Es de gran importancia esta sentencia en la medida que se puede resaltar de ella la rigidez de la congruencia, ya que la Ley 906 de 2004 no permite al ente acusador la solicitud de la absolución del acusado, y aunque esto no es nada nuevo puesto que en la Ley 600 de 2000 dicha posibilidad era nula, podemos apreciar que por medio de esta sentencia, la jurisprudencia ha permitido al Fiscal realizar esta petición

de absolución toda vez que éste abandone su rol de acusador, puesto que a pesar de que su función no es otra que pedir al juez que condene a un sujeto por un delito cuyos hechos y pruebas lo incriminan, esto no implica que si el Fiscal encuentra probable que una persona no cometido el delito no pueda pedir su absolución, por el contrario podrá hacerlo siempre que se cumpla con el requisito contemplado en esta sentencia (abandonar su rol de acusador).

Radicado 27413 del 13 de marzo de 2008

Interpone recurso de casación el apoderado del condenado por el delito de acto sexual en menor de catorce años, argumentando que durante el proceso de primera instancia no se practicaron algunas de las pruebas decretadas, además el Fiscal solicitó la absolución al juez. Sin embargo este lo condeno por el delito mencionado anteriormente, así mismo dicha decisión fue respaldada por el Tribunal.

Ante esta situación la Corte considera que a pesar de que existió omisión probatoria, el apoderado no demostró su conducencia, pertinencia y trascendencia frente al fallo, es decir no se argumentó el por qué la omisión de esas pruebas condujo a una decisión negativa para el procesado o en qué medida la realización de esas pruebas hubiese variado el sentido de la providencia condenatoria.

Respecto a la solicitud de absolución hecha por el ente acusador establece la Corte que al momento de realizarla estaba sometida a los parámetros de la Ley 600 de 2000, los cuales prohíben al Fiscal emitir dicha solicitud. Así mismo establece la Corte que no podrá darle aplicación al principio de favorabilidad y aplicar la Ley 906 de 2004 toda vez que “al cotejar los dos sistemas (mixto con tendencia acusatoria y acusatorio) no existe una norma que en idéntico sentido regule el mismo supuesto de hecho con

consecuencias jurídicas más benignas para el procesado”. Lo cual se da por que las facultades, calidades de la Fiscalía y del Juez de conocimiento son diferentes en los dos sistemas procesales.

Ahora bien, pesar de que el ente acusador solicitó la absolución, la Corte confirmo el fallo condenatorio del Juez de primera instancia en la medida que de acuerdo con la crítica valoración de los medios probatorios incorporados en el proceso, se halló responsable en la comisión de dicho delito.

Este caso evidencia la necesidad de flexibilización de la congruencia en la medida que la Ley 600 de 2000 no permitía bajo ninguna excepción que el ente acusador pudiese pedir la absolución del procesado, sin embargo tal y como se pudo evidenciar en la sentencia anterior a pesar de que en la Ley 906 de 2004 establece que:

La Fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.

La sentencia con radicado 15843 del 13 de julio de 2006, permite al ente acusador, demandar la absolución del procesado siempre que este renuncie a su calidad de ente acusador; con esto a pesar de la rigidez que se mantiene en la congruencia del proceso se deslumbra una flexibilidad en la medida que es generada una excepción.

Radicado 28961 del 29 de julio de 2008

Interpone recurso de casación el apoderado de un condenado por el delito de falsedad en documento público cuando dicta al agente de tránsito un número de cédula falso al momento de imponerle un comparendo. Considera el apoderado que el Tribunal debió revocar la decisión de primera instancia en la medida que: (I) El Tribunal vulnero el derecho de igualdad, ya que no existía identidad en sus sentencia puesto que en una sentencia anterior había absuelto por un hecho idéntico, (II) en la apelación el fiscal coadyuvo al defensor y solicito la absolución, Y (III) Se demostró que el agente que elaboro el comparendo no se encontraba en servicio al momento de imponer el comparendo.

En cuanto a la vulneración al derecho de igualdad expresa la Corte que la decisión del juez puede variar, debido al respaldo constitucional que concede independencia a los jueces en sus decisiones, siempre que ellas estén sometidas al imperio de la Ley. Respecto al segundo argumento, la Corte establece que la petición que hace la Fiscalía no es vinculante, puesto que el fallo de segunda instancia tiene una naturaleza y efectos distintos a la sentencia de primera instancia, en palabras de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal radicado 28961 del 29 de julio de 2008:

Cuando se emite decisión de primer grado, ya la pretensión del fiscal ha sido consultada y decidida, y no sigue siendo del resorte suyo la facultad de que esa pretensión decaiga o produzca efectos diversos a los originalmente trazados en la formulación de acusación.

Finalmente, respecto al tercer argumento del apoderado, la Corte reconoce que a pesar de que no se encontraba en su horario laboral, si estaba cumpliendo con una orden de su superior, al pedirle a él y a otros que por tratarse de un día de alta movilidad siguieran laborando. Sin embargo, dice la Corte que respecto a la falsedad de documento público se hace evidente una interpretación distorsionada del artículo 11 del código penal y el artículo 287, ya que la conducta del condenado “no puso efectivamente en peligro el bien jurídico objeto de tutela” por tanto, la Corte absuelve al condenado de dicho delito.

La congruencia en este caso se muestra rígida, en la medida que la solicitud de apelación va encaminada en revocar, modificar o confirmar la decisión del juez y no la pretensión del ente acusador, es decir en esta instancia ya las pretensiones del Fiscal no son vinculantes, en la medida que ya hay decisión en firme y por ende quien decida controvertir esa decisión, lo hará respecto a los fundamentos que dieron sustento a dicho fallo.

Congruencia moderada

La congruencia moderada encuentra respaldo en la jurisprudencia del Ordenamiento Jurídico Colombiano, por medio de los fallos que ha emitido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que consideró que el juez puede condenar al procesado por un delito diferente al planteado en la acusación, si y solo si se cumplen los requisitos planteados por la misma Corte, requisitos que han sido estipulados en varias de sus sentencias, por ejemplo una de ellas es la sentencia con radicado 28649 del 3 julio de 2009, que establece dicha posibilidad siempre que:

(1). el ente acusador lo solicite de manera expresa, es decir siempre que lo solicite la Fiscalía, (2.) La nueva calificación verse sobre sobre una conducta punible del mismo género de la anterior, (3). la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (4). la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (5) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Con base a los anteriores requisitos, se pretende dar a conocer algunas sentencias en las que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia emite fallos basados en la congruencia moderada sustentada en la aplicación de dichos requisitos.

Radicado 27518 del 28 de noviembre de 2007

Acusa la Fiscalía al señor Guzmán por el delito de acto sexual abusivo en menor de catorce años, agravado. Sin embargo en la audiencia de juicio oral, la Fiscalía afirmo que demostraría que se trataba de un delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años agravado en concurso sucesivo y homogéneo, ya que el señor Guzmán lo había realizado en varias ocasiones.

Por lo anterior el Juez condena al señor Guzmán por el delito imputado por la Fiscalía en la audiencia de juicio oral, ante este hecho el apoderado del condenado apela la decisión, pero el Tribunal confirma la decisión del juez de primera instancia, razón por la que el apoderado presenta recurso de casación, argumentando vulneración al principio de congruencia toda vez que la Fiscalía había variado la pena por una más gravosa para el acusado, adicional había variado los hechos que motivaron la comisión del delito en la medida que argumentaba la Fiscalía que se habían realizado en varias fechas y en varios lugares de la casa.

Respecto a lo anterior argumenta la Corte que no queda duda de la vulneración al principio de congruencia y al principio de contradicción, toda vez que al acusado no se le puede hacer imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni declarado responsable por imputaciones jurídicas que agraven su situación punitiva. Y aunque el ente acusador tiene la facultad de solicitar la modificación del delito, esta debe respetar el núcleo factico de la acusación objeto de controversia.

Radicado 32370 del 4 de mayo de 2011

María Eugenia es condenada como coautora del delito de homicidio agravado hacia su cónyuge; su apoderado interpone recurso de apelación argumentado que el juez había agravado el delito, sin tener en cuenta que la Fiscalía solo había acusado a su representada por el delito de homicidio simple. Sin embargo, el Tribunal confirma la decisión del juez de primera instancia, ignorando la aparente vulneración al principio de congruencia.

En desacuerdo, el apoderado presenta recurso de casación, cuya decisión resulta favorable para la condenada, en la medida que la Corte considero que en este caso se incurrió en una evidente vulneración al principio de congruencia, puesto que en la condena de la señora María Eugenia se aplicó una circunstancia genérica de mayor punibilidad que no fue imputada por el ente acusador, estable la Corte que el acusado no puede ser sorprendido con la sentencia con una condena basada en imputaciones jurídicas no solicitadas por la fiscalía.

Termina la Corte considerando que tanto el Juez de primera instancia y el Tribunal “desbordaron el marco de la imputación jurídica contenido en la acusación, al

agregar una circunstancia genérica de agravación punitiva que no estaba incluida y por la cual no se pidió condena.”

A pesar de que se está en frente de un caso de congruencia moderada, en la medida que no se le permite al juez variar la calificación jurídica de la pena, salvo que haya sido solicitada por la fiscalía. Se puede apreciar que en este caso sobresale la clara vulneración al principio de congruencia toda vez que el juez realiza una variación a la calificación jurídica de la pena empeorando la situación de la acusada y vulnerándose sus garantías procesales y constitucionales.

Radicado 37337 del 18 de abril de 2012

El señor Ramírez es acusado por la fiscalía por el delito de tentativa de homicidio agravado por dispararle a un sujeto luego de que este pretendía devolver unos documentos que habían sido hurtados al primero. Sin embargo, a pesar de la acusación de la Fiscalía, el juez lo condena a una pena de 8 años y 7 meses por el delito de tentativa de homicidio.

Una vez se apela la decisión, el Tribunal evalúa el caso y condena a Ramírez por el delito de lesiones personales dolosas agravadas con una pena de 72 meses y una multa de 47 SMMLV.

Ante los anteriores hechos, el apoderado del acusado interpone recurso de casación, quienes emiten un fallo a favor del señor Ramírez toda vez que encuentra la Corte vulnerado el principio de congruencia. Esto en razón de que la modificación del fallo implicó una pena punitiva más gravosa para el acusado, expresa la Corte Suprema de Justicia con radicado 37337 del 18 de abril de 2012 que en la Ley 906 de 2004,

acusatorio no le resulta factible al juez, así la Fiscalía lo solicite en desarrollo de la intervención final expresada en el juicio oral, modificar en el fallo la calificación jurídica contemplada en la acusación cuando esa variación implique consecuencias punitivas más gravosas para el procesado.

De este caso, se puede evidenciar la aplicación al principio de congruencia moderada, ya que luego de la eminente vulneración a este principio el Tribunal impone una pena de mayor punibilidad, basado en unas circunstancias fácticas y jurídicas no contempladas en la acusación, es decir no solicitadas por el ente acusador, y es que es clara esta modalidad de congruencia al afirmar que sí y solo sí el juez podrá variar la calificación jurídica siempre que con anterioridad haya sido solicitada por el ente acusador. Sin embargo, como se verá en la flexibilización de la congruencia, se permitirá no solo que el juez de instancia modifique la calificación jurídica de la pena, sino que también permitirá que dicha modificación la pueda realizar el juez de segunda instancia.

Lo anterior, evidencia la arbitrariedad de los fiscales y los jueces a la hora de solicitar y condenar a los acusados, vulnerando no solo su derecho a la igualdad de armas y congruencia, también la eminente vulneración al principio de defensa y debido proceso.

Radicado 44458 del 24 de septiembre de 2014.

Encontrándose en la mochila del señor Delgado una bolsa con bolsa con 432 gramos de *canabis sativa* y 2.8 gramos de cafeína no controlada en pastillas, una máquina artesanal, papeles para la fabricación de cigarrillos y un cuaderno con

anotaciones sobre la venta de estupefacientes, es capturado y se le imputa por parte de la Fiscalía el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo” sin embargo, en la audiencia de acusación la Fiscalía le imputa el mismo delito pero en la modalidad de “vender”, sin embargo en los alegatos finales la Fiscalía imputa de nuevo el mismo delito en la modalidad de “llevar consigo” ; delito por el cual fue condenado.

Sin embargo el apoderado apela la decisión ante el Tribunal, quienes confirman el fallo del juez anterior, razón por la que el apoderado del condenado interpone recurso de casación, pero la Corte considera que si bien es cierto que el ente acusador modifico la modalidad en la acusación, el apoderado no establece las razones por las que se ve vulnerado el principio de congruencia, toda vez que la postura moderada de la congruencia, le permite al ente acusador variar el delito siempre que se encuentre dentro de los requisitos de que habla la misma jurisprudencia y que fueron tratados al inicio de este capítulo.

Conforme a lo anterior se evidencia el paso de la postura rígida de la congruencia hacia una postura moderada, en la cual se le permite al juez condenar por un delito diferente al acusado, siempre que el fiscal lo solicite de manera expresa, sin embargo a pesar de que la Corte considera que este cambio de postura no representa una lesión al principio de congruencia, ni al debido proceso en la medida que la intención no es perjudicar al procesado o condenado, si no por el contrario de bajo los hechos y pruebas presentadas aplicar el delito y la pena que se ajuste a su actuar delictivo, se puede apreciar que la Corte borrar de la memoria que cuando la Fiscalía no prueba el delito que le imputo al procesado, lo que corresponde no es que se

modifique la calificación jurídica que más se ajuste a lo demostrado, si no lo que corresponde es la absolución.

Congruencia flexible.

La congruencia flexible al igual que la congruencia moderada goza de respaldo jurisprudencial del Ordenamiento Jurídico Colombiano, es así como algunos de los fallos emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo la sentencia con radicado 32685 del 16 de marzo de 2011., se establece que podrá variar la calificación jurídica del delito, sin afectar los derechos del procesado penalmente, siempre que:

(1.) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (2.) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (3.) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (4.) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

En este tipo de congruencia se puede apreciar como la Corte ha abierto la posibilidad respecto a que no solo varíe la calificación jurídica del delito a solicitud del ente acusador, si no que la misma puede darse por parte del juez, siempre que se cumpla los requisitos anteriores y que las pruebas aportadas en el proceso demuestren que el delito que se imputo en la acusación no corresponde al que verdaderamente se le debe imputar. Por tanto, si se le acuso a un sujeto el delito de hurto agravado, pero durante el proceso no se demostró el agravante, el juez podrá condenar al sujeto por el delito de hurto simple. Y es que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en la sentencia con radicado 28649 de junio 3 de 2009, lo siguiente:

Los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado.

Por tanto, se puede concluir que mientras la congruencia moderada exige que el ente acusador es quien tiene la potestad para solicitar expresamente la modificación del delito, en la congruencia flexible dicha potestad no es absoluta del ente acusador, en la medida que el juez podrá condenar por un delito diferente al acusado, siempre que se dé cumplimiento al resto de los requisitos estipulados en la jurisprudencia.

Ahora bien, en las siguientes sentencias se puede ver como se da la aplicación de la congruencia flexible en algunos casos en concreto.

Radicado 35179 del 7 de abril de 2011

Dos niñas menores de 14 años, se dirigían a una tienda a comprar velas cuando el señor Delgado les pidió que les compraran unos cigarrillos, a lo que las niñas accedieron, una vez entregan los cigarrillos al señor Delgado, este aprovecha para entrarlas a su casa y a una de las niñas procede a besarla, la despojó de sus prendas de vestir y se le montó encima, mientras la otra niña observaba.

Una vez el señor Delgado es condenado por el delito de acceso carnal abusivo, su apoderado apela ante el Tribunal, quien modifica la conducta punible por abuso sexual en menor de 14 años, sin embargo el apoderado apela una vez más, alegando

que el señor Delgado se le debía condenar por el delito de acceso carnal abusivo en la modalidad de tentativa, toda vez que “cuando un hombre le retira todas las prendas a una mujer, es porque tiene la intención de accederla carnalmente”

La Corte Suprema de Justicia con radicado 35179 del 7 de abril de 2011, argumenta que el apoderado:

En sus argumentos recurrentes de adecuar la conducta de Delgado dentro del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en la modalidad de tentativa a fines de lograr la redosificación de la pena impuesta, olvidó en un todo que la víctima era una niña de doce años, y que cuando el legislador elevó a la categoría de injusto punible el tipo de actos sexuales diversos de aquél con esos infantes, le apostó a prohibir y sancionar cualquier despliegue de sexualidad con ellos, como aquí ocurrió, sin que se advierta ningún error *in iudicando* o agravio inferido, ni defecto estructural al postulado de congruencia.”

Bajo este argumento la Corte considera que el apoderado no se centró a demostrar con trascendencia que en el trámite o en el fallo de segunda instancia se afectaron principios, derechos o garantías fundamentales de incidencia sustancial o procesal, no se señalaron las razones que produjeron un error o violación. Además indico la Corte que el Tribunal no vulneró los derechos del señor Delgado toda vez que modificó la conducta basándose en la valoración de los medios de prueba y en el principio de prevalencia de la norma sustancian, considera la Corte que el apoderado olvida que el Juez tiene la facultad de modificar la conducta, siempre “que no exista un

desborde en el núcleo básico de la imputación”_es decir, que exista consonancia entre los cargos imputados y aquellos por los cuales se profirió sentencia.

En esta sentencia se evidencia que no solo el juez de instancia está facultado para modificar el delito que se le imputo al procesado en la acusación, pues el Tribunal fue quien modifico el delito basado en las pruebas y hechos que sirvieron de fundamento para acusar al procesado, es decir el Tribunal respetando las circunstancias fácticas y personales, se alejó del delito por el cual fue acusado el señor Delgado, para imponer otro, sin embargo a pesar que la Corte considera que no hay vulneración al principio de congruencia toda vez que no se modificó la calificación jurídica por una que perjudicara su situación punitiva, es necesario enfatizar que a pesar que la nueva calificación jurídica resulte ser más “favorable”, se le vulneró garantías procesales tales como el debido proceso y el derecho de defensa al no permitírsele al condenado controvertir esa nueva imputación.

Radicado 33790 del 3 de julio de 2013

La Fiscalía presentó escrito de acusación en el cual le imputó al acusado la realización del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acto sexual con menor de 14 años, agravado, a su vez en concurso heterogéneo y sucesivo con incesto. Sin embargo, el juez lo condeno por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con incesto. Hecho que lleva al apoderado a presentar recurso de apelación solicitando revocar la decisión y absolver al condenado, pero el Tribunal confirma la decisión del juez de primera instancia.

Conforme a lo anterior el apoderado interpone recurso de casación, solicitando igualmente la revocación y absolución de su representando, argumentando la vulneración al principio de congruencia, y aunque la Corte indica que le asiste razón al apoderado ya que se le condeno por un delito de mayor punibilidad al que la Fiscalía lo había acusado; la Corte rechaza el trámite de casación argumentando que su solicitud resulta inconducente al solicitar la revocación de la decisión y la absolución de su representado.

Respecto a lo anterior, se pude evidenciar que la Corte no desconoce la violación inminente al principio de congruencia, lo que rechaza la misma es la solicitud que realiza el apoderado del condenado, toda vez que según la Corte cuando se denuncia la incongruencia, debe solicitarse que se ajuste la decisión que favorece al condenado y no solicitar la absolución. Andrés Felipe Arango Giraldo, en su artículo en línea *la flexibilización del principio de congruencia en la dinámica acusatoria colombiana*, argumenta que:

La falta de consonancia entre acusación y sentencia, no puede solicitarse ni la nulidad del trámite ni la absolución del enjuiciado, pues tales pretensiones obedecen a motivos de casación diversos, sino simple y llanamente ajustar la decisión de mérito a los hechos y su calificación jurídica incluidos en el escrito enjuiciatorio y la solicitud de condena formulada por la Fiscalía en sus alegaciones finales.

Según lo anterior, ante la vulneración del principio de congruencia, lo que corresponde a la defensa es solicitar un ajuste que no es más que la pena que haga menos gravosa la situación del condenado, mas no obedece al hecho de anular y

absolver a un procesado. Sin embargo, olvida la Corte que cuando el ente acusador no demuestra en el juicio la comisión del delito, lo que corresponde es absolver al procesado y no condenar por un delito que se ajuste con más precisión a lo demostrado por el ente acusador.

Radicado 40093 del 15 de agosto de 2013

Es acusado un hombre por el delito de homicidio en modalidad de tentativa, cuando le origina a otro hombre un disparo, sin embargo una vez se apela la sentencia el Tribunal modifica el delito por el de lesiones personales agravadas, razón por la cual se apela a la Corte bajo el argumento que la Ley le prohíbe al juez de segunda instancia modificar el delito, toda vez que ante tal eventualidad ya no se puede ejercer el contradictorio, dice el apelante que “pues al variar la calificación jurídica del comportamiento, varía la práctica probatoria apuntada a esa nueva situación defensiva” expresa el apelante que ante dicho hecho se ve afectado el derecho de defensa y de doble instancia, “en cuanto el superior jerárquico decidió con base en preceptos jurídicos no alegados con anterioridad a la sentencia y que por ende introducen elementos nuevos de controversia”.

Respecto a lo anterior la Sala de Casación Penal, considera que no se vulnera ningún derecho, en cuanto que el juez podrá apartarse de la imputación jurídica que realice la fiscalía, siempre que la conducta delictiva que estructura el juez no sea de especie distinta a la de la acusación, este dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico, este soportada en pruebas y que dicha conducta sea más favorable para el procesado, es decir no sea una reforma en peor (*non reformatio in pejus*) por tanto, la Corte rechaza la casación.

Aclaración de voto: El conjuer Ramiro Alonso Marín, Vásquez, se aparta de la decisión de la Corte en la medida que considera que el argumento de la defensa de que cuando la fiscalía no solicita una disminución jurídica, el juez de conocimiento evidencia otro delito de menor punibilidad, la solución no es el cambio jurídico punitivo, si no la absolución.

A pesar de la aclaración de voto, la Corte permite con la congruencia flexible que el juez goce de la facultad de condenar por un delito diferente siempre que no perjudique al procesado. Pero, a pesar que ese nuevo delito no reforme en peor la situación del procesado, si se hace evidente que dicha facultad permite la vulneración de garantías fundamentales tales como la defensa y la igualdad de armas, toda vez que no se le está permitiendo al procesado controvertir el nuevo delito que se le imputa.

Radicado 44287 del 25 de mayo de 2015

Los policías Hernández y Angulo fueron acusados por los delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado y agravado, cuando al subir a dos hombres a la radio-patrulla le pidieron un millón de pesos a cambio de su libertad y la entrega de su moto, una vez son dejados en libertad bajo la promesa de entregar a los policías la suma de seiscientos mil pesos, acuerdan encontrarse en un lugar para la entrega del dinero y de la moto, al llegar al pactado sitio los policías fueron capturados. Sin embargo el ente acusador en los alegatos de conclusión termina solicitando al juez que solo sean condenados por el delito de secuestro extorsivo agravado, pero el Juez termina absolviéndolos, decisión que fue impugnada por la fiscalía.

Impugnada la decisión, el Tribunal revoca la decisión del juez y los condena por el delito de concusión; hecho que lleva al apoderado del señor a casar la decisión ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Ante los hechos anteriores la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, considera que el Tribunal vulnero el principio de congruencia toda vez que condeno a los dos policías por el delito de concusión, sin tener en cuenta que al inicio del proceso penal, el ente acusador los había acusado por los delitos de secuestro extorsivo agravado, hecho que demuestra una eminente vulneración a dicho principio toda vez que el delito de concusión no pertenece al mismo género del delito inicialmente acusado, es decir el delito de concusión se encuentra en el capítulo II del título XV, mientras que el delito de secuestro extorsivo agravado se encuentra en el capítulo II, título III

Considera la Corte que el Tribunal vulnero el núcleo factico toda vez que los hechos que motivaron la acusación del delito de secuestro extorsivo agravado, acontecen al hecho de que los dos sujetos fueron retenidos en la radio-patrulla mientras que accedieran al pago de dicho dinero, así la Corte Suprema de Justicia con radicado 44287 del 25 de mayo de 2015, establece que:

No hay duda de que en ambos delitos hay sometimiento de la voluntad, en el secuestro extorsivo agravado, por la incertidumbre de lo que pueda pasar a quien ha sido retenido bajo su voluntad, mientras que en la concusión se soporta en el carácter oficial de los servidores públicos y el abuso de sus funciones; allí subyace la evidente mutación que del núcleo factico realizo el Tribunal, al condenar por el delito de concusión

pese a que los procesados fueron acusados por el punible de secuestro extorsivo agravado.

Finaliza la Corte condenando a uno de los policías por el delito de secuestro extorsivo agravado con una pena de 96 meses, una multa de 66.66 SMMLV e inhabilitación del ejercicio público por 80 meses, es decir que la Corte caso parcialmente la sentencia impugnada, bajo el argumento de existir una evidente vulneración al principio de congruencia y a su vez bajo la aplicación del principio de la *non reformatio impejus* es que condena por la pena ya fijada por el Tribunal.

Sin embargo, el salvamento de voto presentado por María del Rosario González Muñoz argumenta que se vulnero el principio de legalidad en la medida que los magistrados tomaron una decisión no sometida a la Ley, toda vez que no se impusieron las penas principales y accesorias del delito de secuestro extorsivo agravado, vulnerando a su vez el principio de igualdad.

Esta sentencia evidencia que la flexibilización de la congruencia no solo ha permitido que los fiscales y los jueces modifiquen arbitrariamente los delitos a los procesados, toda vez que reforman en peor su situación, sino que también queda demostrado que la nueva calificación jurídica independientemente de resultar sienta más gravosa o dócil para el procesado, atenta contra su derecho de defensa, puesto que no se le está permitiendo controvertir, solicitar pruebas o acogerse a los beneficios legales otorgados en las diferentes etapas procesales. Como lo sustenta Peña Granados y Liévano Morris, en el libro *principios rectores y garantías fundamentales, sistema penal acusatorio* “al codenado no se le puede hacer víctima de los errores cometidos por los jueces al momento de la imposición de la penal...” (1044)

CAPÍTULO III

Variación de la calificación jurídica afectación al derecho de defensa.

En el desarrollo de esta investigación se analizó el principio de congruencia en materia penal, desde una mirada internacional, doctrinal, legal y jurisprudencial, en la cual se evidencio que en Colombia este principio ha gozado de varias evoluciones respecto a su definición y aplicación.

Es así como con la expedición de la Ley 600 de 2000, se determinó que el principio de congruencia no solo exigía la consonancia entre el pliego de cargos y la sentencia, sino que debía garantizar el derecho de defensa y la estructura jurídica del proceso para el imputado, es decir que el acusado solo podría ser condenado o absuelto por los cargos que le fueren imputados. Y aunque esta norma fue derogada más adelante por la Ley 906 de 2004 el legislador mantuvo la rigurosidad del principio, ya que no permitió la variación del delito.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dio flexibilización al principio de congruencia y en vigencia de la Ley 906 de 2004, concedió a los jueces la facultad de realizar variaciones a los delitos que habían sido imputados a un sujeto, siempre que no se reformara por un delito en peor, es así como la sentencia con radicado 28649 del 3 julio de 2009 de la misma Corte, establece dicha posibilidad siempre que:

- (1). el ente acusador lo solicite de manera expresa, es decir siempre que lo solicite la Fiscalía, (2.) La nueva calificación verse sobre sobre una conducta punible del mismo género de la anterior, (3). La modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (4). La

tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (5) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Con esto se terminó configurando tres tipos de congruencia: la rígida, que no permite ninguna variación jurídica, la moderada, que permite la variación siempre que se cumplan los requisitos anteriormente citados y la flexible que adicional al cumplimiento de esos requisitos, otorga al juez la posibilidad de variar la calificación jurídica sin que sea necesaria la solicitud expresa de la Fiscalía. Respecto a dicha clasificación se estableció un precedente judicial, que argumento que la congruencia de que habla la Ley 906 de 2004 permite que la variación de la calificación jurídica sea posible toda vez que el aspecto jurídico dentro del proceso penal es de carácter relativo y no absoluto como sí lo son los aspectos facticos y personales que no permiten modificación o variación alguna.

Sin embargo, se evidencia en esta investigación que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, desbordo su interpretación de Ley en la medida que reconoció a los jueces la facultad de variar la calificación jurídica, considerando que esto podría llegar a ser un beneficio para el procesado, pero olvido la garantía del imputado respecto a que si el delito que le imputa la Fiscalía no es probado por el mismo, lo que corresponde es absolver al imputado y no que el juez modifique la calificación jurídica que más ajuste a lo demostrado por el ente acusador. Es así como Manuel Fernando Moya Vargas en su investigación *el principio de congruencia en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004* argumenta lo siguiente:

Probablemente se quiera pensar que al haber condicionado a la conservación del núcleo factico, al género del delito y al beneficio del

procesado, se haya matizado debidamente la facultad. Pero en el intento de guarecer la garantía de defensa logro exactamente lo contrario, porque si el fiscal no demuestra lo que afirmo en su propuesta de juicio lo que corresponde es absolver. Pero si el juez puede acomodar la calificación de conformidad con las pruebas traídas al proceso, lo que hará es condenar de conformidad con lo que estimó.

Ahora bien, no solo es cierto que la Corte se opone a lo ordenado por el legislador en la Ley 906 de 2004 cuando establece que “el juez solo puede condenar por los hechos y delitos planteados en la acusación y por los cuales se solicite condena” si no que a su vez esta flexibilización de la congruencia, tal como se vio en el capítulo II de esta investigación, muestra la arbitrariedad en que incurren algunos de los jueces en la aplicación de este principio, ya que varias sentencias mostraban como éstos condenaban al procesado a un delito mayor del que había sido imputado por la parte acusadora.

Es así como las sentencias con radicado 27518 del 28 de noviembre de 2007, radicado 32370 del 4 de mayo de 2011 y radicado 44287 del 25 de mayo de 2015, de la Corte Suprema de Justicia; dejan entre ver la arbitrariedad de los jueces a la hora de condenar, ya que, abusando de la facultad otorgada por la Corte para modificar la calificación jurídica, la reforman por una peor, con ello vulnerando el principio de congruencia que en palabras de Elin Marcela Narváez Firigua argumenta lo siguiente:

El principio de congruencia irradia su efectividad al impedir que una persona pueda ser acusada por unos hechos y delitos, y termine condenada por hechos o delitos diferentes, así como también impide que

respecto del hecho esencial contenido en la sentencia, se juzgue dos veces, dado el efecto de cosa juzgada que se produce conforme lo previsto en el artículo 29 C.N.

La sentencia con radicado 27518 del 28 de noviembre de 2007 evidencia una vulneración al principio de congruencia en la medida que es declarado culpable el procesado, bajo imputaciones jurídicas que agravaron su situación punitiva, ya que inicialmente la fiscalía había imputado el delito de acto sexual abusivo en menor de catorce años agravado pero en la audiencia de juicio oral se le imputa el delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años agravado en concurso sucesivo y homogéneo, delito por el cual fue condenado.

Se evidencia no solo la vulneración del principio de congruencia por parte del juez al condenar por un delito más gravoso, si no a su vez por parte del ente acusador por solicitar que se condene por tal delito, adicional la vulneración de otras garantías fundamentales que tiene el procesado como el derecho de defensa y la no reforma en peor (*reformatio in peius*) y es que tal como lo argumenta Narváez (2011) “a pesar de las modificación que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia”

Ahora bien, otra sentencia que denota la evidente vulneración al principio de congruencia y con ello al principio de defensa es la 32370 del 4 de mayo de 2011, en la cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, condenada una mujer por el delito de homicidio agravado, cuando la Fiscalía le había imputado el delito de homicidio simple. Y es que se habla de vulneración al principio de defensa ya que la acusada no le fue posible ejercer adecuadamente su defensa frente al delito por el cual

se le condeno. Adicional, la inminente vulneración al principio de congruencia denota la arbitrariedad en las decisiones que toman los jueces, toda vez que se condenó por un delito diferente al imputado por el ente acusador.

Con lo anterior se deja entrever que tanto el principio de congruencia como el principio de defensa están particularmente vinculados, toda vez que ambos buscan que el imputado tenga la posibilidad de conocer y de controvertir la calificación jurídica, los hechos y las pruebas que le son imputadas y por las cuales va a ser condenado, esta misma tesis la plantean Moya y Escobar (2012) en su investigación *El principio de congruencia en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004*, cuando argumentan que,

El principio de congruencia está vinculado con el principio de defensa puesto que permite al acusado tener conocimiento frente a los hechos y el delito que se le imputa y con ello poder controvertir las pruebas en su contra o llegar a un acuerdo respecto a su responsabilidad

Sin embargo, se evidencia que la Corte a pesar que admite la vulneración al principio de congruencia por agravar el delito que imputo la Fiscalía a la condenada, omite que adicional a dicha vulneración ésta no tenía la posibilidad controvertir o de solicitar pruebas que pudiesen desvirtuar la nueva calificación jurídica.

Otro caso en particular que evidencia la vulneración al principio de congruencia y de defensa es la sentencia con radicado número 44287 del 25 de mayo de 2015, en la que acusados dos hombres por el delito de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado y agravado, y absueltos por el juez de primera instancia. El Tribunal revoca la decisión del juez y los condena por el delito de concusión. Y aunque en este caso la

Corte reconoció la vulneración del principio de congruencia, no deja de existir la vulneración al principio de defensa, en la medida que no se le dio la posibilidad a los condenados de controvertir la nueva calificación jurídica, y es que independientemente que la nueva calificación resulte siendo más “favorable” no se pudo controvertir la prueba y el nuevo delito, adicional que no puede acogerse a los beneficios legales ofrecidos en las etapas procesales como por ejemplo realizar preacuerdos y obtener reducciones de pena que versen sobre la nueva calificación jurídica.

Es así como Darío Bazzani (s.f.), en su ponencia sobre *el principio de congruencia y la variación de la calificación en el proceso penal colombiano*, establece que no importa si la nueva calificación jurídica es más gravosa o benigna para el procesado, pues lo que está en juego es su derecho a la defensa, en la medida que no se le está permitiendo al procesado controvertir, solicitar pruebas o acogerse a los beneficios legales otorgados en las diferentes etapas procesales.

Subsiste la crítica que hemos venido formulando en el sentido de que la solución no puede depender del resultado, es decir, de si el nuevo delito tiene prevista una pena más benigna o más gravosa, puesto que como viene de verse, lo importante es garantizar al procesado su derecho de defensa, material y técnica, frente a la nueva imputación jurídica, con independencia del resultado punitivo.

Ahora bien, ha quedado demostrado que la flexibilización de la congruencia no solo logra que el juez a su arbitrio modifique la calificación jurídica, la cual en muchas ocasiones resulta siendo perjudicial para el procesado, sino que además hay una evidente vulneración al principio de defensa, en la medida que el procesado muchas

veces conoce la nueva calificación jurídica en la audiencia de juicio oral, en los alegatos de conclusión o cuando el juez emite su condena, prohibiendo así que se pueda controvertir, solicitar pruebas para desvirtuar esa nueva calificación jurídica o por el contrario que permita al condenado acogerse a los beneficios legales que trae las etapas procesales. Por tanto, los argumentos que expone la Corte respecto a la flexibilización y moderación de la congruencia son el resultado de la vulneración a las garantías procesales para el imputado, que van desde la afectación al principio de defensa hasta el abuso en que incurren algunos de los jueces a la hora de imponer una nueva calificación jurídica. Darío Bazzani, en su ponencia sobre *el principio de congruencia y la variación de la calificación en el proceso penal colombiano* considera que la tesis de la Corte garantista en la medida que,

La tesis pasa por alto el hecho de que las solicitudes probatorias de la defensa tienen un filtro de conducencia y pertinencia en el que necesariamente incide la calificación jurídica del delito. Es decir que el procesado mal podría haberse defendido de un delito distinto aunque punitivamente más favorable, sino tuvo la posibilidad de pedir pruebas para desvirtuar esa nueva calificación.

Por tanto, no es lógico que ante la eminente vulneración a la garantías y principios procesales del derecho penal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, opte por establecer que ante dicha vulneración lo que procede es ajustar la pena que permita favorecer al acusado, ya que ante las variabilidades y excesos en contra del procesado, el juez simplemente debe absolverlo, así mismo lo

planeta Manuel Fernando Moya Vargas en su investigación *el principio de congruencia en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004*

Lamentablemente, la Corte creyendo avanzar, reitero las facultades iura novit curia del juez al permitirle modificar la calificación del fiscal. Es cierto que lo limita al reafirmar que solo puede hacerlo en favor del procesado, pero lo afecta sensiblemente puesto que en fiel observancia de los principios acusatorios y adversarial, debía absolver a la persona allí donde la Corte autorizo acomodar la condena conforme a la propia teoría del juez.

Por lo anterior, esta investigación establece que la flexibilización y moderación de la congruencia pueden permitir nuevas calificaciones jurídicas siempre que, al procesado se le permita hacer uso de su derecho de defensa, es decir que tenga nuevamente la oportunidad de controvertir y solicitar pruebas, de acogerse a beneficios probatorios como el allanamiento, rebaja de penas y acuerdos judiciales, esto frente a las situaciones en la que el procesado conoce de la nueva imputación jurídica durante el juicio oral, los alegatos de conclusión, la sentencia condenatoria u otra etapa procesal que le impida hacer uso de su derecho de defensa.

Finalmente, no se trata de imponer una pena que agrave o favorezca la situación judicial del procesado, se busca es que se le permita ejercer todas aquellas garantías procesales para demostrar su inocencia o allanarse frente a la nueva calificación jurídica, es decir que tenga la posibilidad de tener un juicio justo, en el que conozca el delito que se le imputa y el que pueda controvertirlo.

Conclusiones

1. La congruencia es una garantía fundamental para el acusado, que limita las funciones de las entidades judiciales en el sentido que el juzgador solo puede fallar conforme a lo solicitado por el ente acusador en el escrito de acusación y de conformidad a lo probado durante el proceso judicial. Sin embargo, la jurisprudencia en Colombia ha dado a esta garantía fundamental flexibilidad y moderación en cuanto a su aplicación, ya que bajo unos criterios, permite la variación de la calificación jurídica.

2. La variación de la calificación jurídica no se encuentra tipificada en la ley 906 de 2004 sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal da aplicación a su regulación e interpretación.

3. La congruencia en Colombia permite la variación en la calificación jurídica bajo el entendido que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en emitidas sentencias permite al ente acusador solicitar dicha variación (moderada) o arbitrio del juez realizarla (flexible), siempre que dicha modificación no vulnere los derechos del procesado.

4. La variación de la calificación jurídica puede realizarse siempre que, la nueva imputación verse sobre un delito del mismo género; el cambio de calificación este orientado hacia una conducta punible de menor entidad; La tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y esta no afecte los derechos de los sujetos intervinientes.

5. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, considera que la variación de la calificación jurídica no representa una vulneración a los derechos del

procesado, toda vez que se le deberá imponer la pena y el delito que resulte más “favorable” para su situación.

6. La facultad otorgada a jueces y fiscales para la variación de la calificación jurídica muchas veces genera abusos a la hora de imponer penas y delitos, puesto que perjudican la situación del procesado penalmente.

7. La Corte considera que la vulneración de derechos y garantías al procesado dentro del proceso penal, genera la modificación de la pena por una más benévola, olvidando que ante dicha situación debe absolver al procesado.

8. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal excluye el derecho de defensa al no permitirle al imputado un juicio en el que pueda desvirtuar esa nueva calificación jurídica.

9. La variación de la calificación jurídica, debería permitir al imputado el ejercicio de su derecho a controvertir la prueba, igualdad de armas, derecho de defensa, de intermediación, no reforma en peor y contradicción.

Referencias

- Arango Giraldo, A. F. (2015). *La flexibilización del principio de congruencia en la dinámica acusatoria colombiana*. Recuperado de <http://derechoprocesalpenalcontemporaneo.blogspot.com.co/.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Bazzani Montoya, D. (s.f.). *El principio de congruencia y la variación de la calificación en el proceso penal colombiano*. Recuperado de http://www.acj.org.co/images/descargas/trabajos_academicos/Ponencia-Dario-Bazzani.pdf
- Calle Aguas, G. E. (2012). *La regla técnica de la congruencia en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004. (Monografía de grado no publicada) Universidad EAFIT. Medellín. Colombia*.
- Clariá Olmedo, J. (1981). Principio de congruencia en el proceso penal. *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, pág. 363.
- Colombia, P. d. (1991). *Código de procedimiento penal Decreto 2700 de 1991*. Bogotá: Congreso.
- Congreso de la Republica de Colombia. (2000). *Ley 600 de 2000 Por medio de la cual se expide el código de procedimiento penal*. Bogotá: Congreso.
- Congreso de la Republica de Colombia. (2002). *Acto Legislativo 03 de 2002 Por medio de la cual se reforma la Constitución Política*. Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004 Por medio de la cual se expide el codigo de procedimiento penal*. Bogotá: Congreso.

Convenio Europeo de Derecho Humanos. (1950). *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Recuperado el 14 de Noviembre de 2016, de <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia C-255 de 07 de junio de 1995*. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-491 de 26 de septiembre de 1996*. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-591 de 09 de junio de 2005*. Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-025 de 27 de enero de 2010*. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2004). *Radicado 20134 del 9 de junio de 2004*. Magistrado Ponente Jorge Aníbal Gómez Gallego. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2005). *Radicado 24026 del 20 de octubre de 2005*. Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2006). *Radicado 15843 del 13 de julio de 2006*. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2006). *Radicado 21596 del 13 septiembre de 2006*. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2007). *Radicado 27518 del 28 de noviembre de 2007*. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal . (2008). *Radicado 27413 del 13 de marzo de 2008*. Bogotá: Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Pena . (2008). *Radicado 28961 del 29 de julio de 2008*. Magistrado Ponente Sigifredo Espinoza Vélez. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal . (2008). *Radicado 29338 del 8 de octubre de 2008* . Bogotá: Magistrado Ponente: Alfredo Gonzales Quintero. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2009). *Radicado 28649 del 3 de julio de 2009*. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2009). *Radicado 30838 del 31 de julio de 2009*. Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bástidas. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2011). *Radicado 32370 del 4 de mayo de 2011*. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2011). *Radicado 32685 del 16 de marzo de 2011*. Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2011). *Radicado 35179 del 7 de abril de 2011*. Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero. Colombia.

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2012). *Radicado 37337 del 18 de abril de 2012*. Magistrado Ponente María del Rosario Gonzales Muños. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2013). *Radicado 33790 del 3 de julio de 2013*. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2013). *Radicado 40093 del 15 de agosto de 2013*. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2014). *Radicado 44458 del 24 de septiembre de 2014*. Magistrada Ponente María del Rosario Gonzales Muños. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2015). *Radicado 42388 del 14 de octubre de 2015*. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2015). *Radicado 44287 del 25 de mayo de 2015*. Magistrados Ponentes: María del Rosario Gonzales Muños y Gustavo Enrique Malo Fernández. Colombia.
- Devis Echandía, Hernando. (1985). *Teoría General del Proceso, II*. Argentina: Editorial Universidad.
- Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2013). Congruencia, error en el nomen iuris y variación de la calificación judicial. *Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla*, 12-20.
- Fierro Méndez, H. (2013). *Manual de derecho procesal penal, sistema acusatorio y juicio oral y público*. Bogotá: Editorial Leyer.

- Hoyos Botero, C. (2013). *Dilemas psicojurídicos en materia de derecho penal juvenil*. Medellín: Ediciones UNAULA.
- Lindquist, K. R. (2015). *El sistema mixto como acusatorio, la meta incumplida*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés morales.
- Moya Vargas, M. F., y Escobar Solano, J. A. (2012). *El principio de congruencia en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004*. Bogotá: Editorial Universidad la Gran Colombia.
- Narváz Firigua, E. M. (2011). El principio de congruencia en la imputación fáctica y jurídica. *Revista Jurídica Ideas de Ideas*, 3(2), 73-84
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración universal de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención americana sobre los derechos humanos*. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos. (1992). *Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal* . Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/privadas/reglasdemallorca.htm>
- Organización de los Estados Americanos. (2005). *El sistema acusatorio en Colombia*. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-sa.pdf
- Pérez Pinzón, Á. O. (2005). *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis .
- Peña Granados , J. E., y Liévano Morris, M. M. (2015). *Principios rectores y garantías fundamentales, sistema penal acusatorio. Tomo 1*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés morales.

Urquiza C., L. (s.f.). *El principio de congruencia a la luz del fallo "Luna"*. Recuperado el 14 de Noviembre de 2016, de <http://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/El-principio-de-congruencia-a-la-luz-del-fallo.pdf>

Moya Vargas, M. F. (2006). *El principio de congruencia en el procedimiento penal ley 906 de 2004*. Bogotá: Universidad Gran Colombia.

Velásquez Novoa, N. a. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y actos prueba. Sistema mixto inquisitivo y mixto acusatorio. Tomo I*. Medellín: biblioteca jurídica DIKÉ.

Velásquez Velásquez, F. (2013). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés morales.