

**POSICIÓN DEL JUZGADOR ANTE UNA DEFECTUOSA IMPUTACIÓN:
¿DECLARARA LA NULIDAD O LA ABSOLUCIÓN?**

LINA MARÍA CASTELLANOS ESCOBAR

7000797

ÍNGRID MÁRQUEZ BERNAL

7000792



Universidad Militar Nueva Granada
Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar

Bogotá, D.C., 21 de junio de 2013

**POSICIÓN DEL JUZGADOR ANTE UNA DEFECTUOSA IMPUTACIÓN:
¿DECLARARA LA NULIDAD O LA ABSOLUCIÓN?**

LINA MARÍA CASTELLANOS ESCOBAR

Código 7000797

ÍNGRID MÁRQUEZ BERNAL

Código 7000792

Doctor

JAIRO RESTREPO

Magistrado Auxiliar Corte Suprema de Justicia

Tutor



Universidad Militar Nueva Granada

Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar

Bogotá, D.C., 21 de junio de 2013

RESUMEN

El sistema Penal Acusatorio se implantó con el propósito de seguir los postulados de la Constitución Política de 1991 y los tratados internacionales, teniendo como base el respeto del derecho fundamental al debido proceso. A pesar de ello, la Ley 906 de 2004 aún no responde, por sí sola, a los dilemas o necesidades originadas con supuesta en práctica; tal es el caso de la acusación errónea de la Fiscalía, percibida durante el juicio por el juzgador. ¿Qué debe hacer el juez ante esta situación? Lo cierto es que se desencadenaría una pugna de posiciones, en relación con la decisión del Juez de Conocimiento, si absuelve o declara la nulidad a partir de la defectuosa imputación; defensa y Fiscalía propondrán tesis opuestas.

Frente a este aspecto, la fuente legislativa será insuficiente para el juzgador, pues el artículo 448 de la misma codificación procesal consagra simplemente el principio de consonancia, según el cual el juzgador no puede condenar al acusado por hechos y delitos distintos de los contenidos en el escrito de acusación.

En consecuencia, el presente escrito encuentra su justificación en investigar o conocer el desarrollo jurisprudencial frente a este tema, y la posición de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, e identificar los principios aplicables al caso, con el objeto de llegar a una conclusión de aplicabilidad al problema.

Siguiendo este sendero, se determinarán las bases constitucionales del proceso penal, identificando los aspectos más relevantes de la filosofía del Sistema Acusatorio, particularmente en el análisis del principio de congruencia o consonancia entre la acusación y la sentencia; a su vez, se resaltarán las decisiones judiciales del máximo Tribunal de Casación y, finalmente, se extraerán una serie de conclusiones.

Palabras claves: Debido proceso, sistema Penal Acusatorio, calificación jurídica, congruencia, consonancia, acusación, sentencia.

ABSTRACT

The adversarial system was implemented in order to follow the principles of the 1991 Constitution and international treaties, based on fundamental basic right to due process. However, Law 906 of 2004 is still not responding, alone or needs to dilemmas arising in their implementation, as is the case for the prosecution prosecutors wrongly, perceived during the trial by the judge. What should the judge in this situation? The truth is that it would trigger a clash of positions in relation to the decision of the trial judge, if acquitted, or declared invalid from the defective complaint, defense and prosecution propose opposing views.

Given this aspect, the legislative power is insufficient for the judge, as Article 448 of the same procedural coding simply enshrines the principle of harmony, according to which the Court can not convict the accused for acts and offenses other than those contained in the indictment.

Consequently, this paper is justified by research or know the legal development jurisprudential address this issue of Supreme Court closed-body-ordinary jurisdiction, and identify the principles applicable to the case, in order to reach a solution to this problem.

Following this path, it will determine the constitutional foundations of the criminal process, identifying the most relevant aspects of the philosophy of the adversarial system, particularly in the analysis of the principle of consistency or consonance between the accusation and the sentence, in turn, will highlight the decisions highest court of the Court of Cassation, and finally some conclusions drawn.

Keywords: Due process, adversarial criminal justice system, legal classification, consistency, consonance, prosecution, sentencing.

POSICIÓN DEL JUZGADOR ANTE UNA DEFECTUOSA IMPUTACIÓN: ¿DECLARARA LA NULIDAD O LA ABSOLUCIÓN?

1. Constitucionalización Del Proceso Penal.

1.1. Robert Alexy (Bernal, y Montealegre, 2004, p. 18) ha enseñado el “efecto irradiador” de los derechos consagrados en las constituciones, no sólo de persona a Estado, sino también hacia los ordenamientos jurídicos. Este aporte para el derecho constitucional contemporáneo, llevó a lo que conocemos ahora como la constitucionalización del derecho, tanto sustancial como procedimental, ocurrido en varios Estados Democráticos de Derecho donde la constitución es norma de normas.

El derecho procesal, dentro del cual se encuentra el proceso penal, está constitucionalizado. En efecto, el derecho comparado muestra cómo las cartas políticas establecen garantías necesarias para todo proceso judicial, con la finalidad de prevenir que el legislador, los jueces o cualquier autoridad pública menoscaben los derechos principales de las personas.

Adicionalmente a ello, la cláusula del bloque de constitucionalidad en la ley fundamental, hace que las garantías procesales vayan más allá de su enunciación taxativa en la Carta Política, pues se incorporan los tratados internacionales suscritos por los Estados, con rango supra legal, cuando versen sobre derechos humanos. Tales garantías son, por ejemplo: a tener un juicio público por un Tribunal independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable; a que se presuma su inocencia hasta que se demuestre lo contrario (art. 8 C.I.D.H.); a que se le informe de la naturaleza y el motivo de la acusación formulada (art. 9 P.I.D.C.P.); a ejercer adecuadamente su defensa material y técnica (art. 12 Reglas de Mallorca); a su derecho de contradicción de las pruebas aducidas en su contra y presentar los elementos de convicción favorables, entre otros.

- 1.2.** Colombia no se queda atrás, con la Constitución Política de 1991 se proclamó como un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, estipulando un catálogo de derechos fundamentales como los mecanismos para su protección, respaldado en el principio de la primacía constitucional (art. 4 C.), adicionalmente mandó que los tratados internacionales de derechos humanos prevalecerán en el orden interno (art. 93 C.).

Dentro de los derechos fundamentales llama la atención el del debido proceso (art. 29 C.), en el que se compila el conjunto de garantías mínimas necesarias para todo proceso judicial (juez natural, debido proceso, favorabilidad, presunción de inocencia, in dubio pro reo, derecho de defensa, inmediatez, intermediación, concentración, celeridad, eficacia, publicidad, non bis in ídem), veámoslas:

1. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.
2. Ante juez o tribunal competente.
3. Con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
4. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
5. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.
6. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.
7. A un debido proceso, público y sin dilaciones injustificadas.
8. A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.
9. A impugnar la sentencia condenatoria.
10. No ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in ídem).
11. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Pues bien, con base en este conjunto de garantías, más las del bloque de constitucionalidad, se edificó el nuevo sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), el cual constituye un límite a la potestad punitiva del Estado.

2. FILOSOFÍA DEL SISTEMA ACUSATORIO.

2.1. El acto legislativo 3 de 2002, reformativo del artículo 250 constitucional, y reglamentado por la Ley 906 de 2004, implantó las bases constitucionales del actual sistema penal acusatorio, fruto de una simbiosis entre el derecho anglosajón y el continental europeo. Este sistema fue analizado por Vanegas (2006), quien rescató la imparcialidad del juez, rígidamente separado de las partes y garante del principio de igualdad entre los sujetos procesales, iniciado por la acusación de la Fiscalía a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público.

2.2. Respecto a la separación de funciones, se elimina la posibilidad de que el órgano acusador sea juez y parte. A la Fiscalía exclusivamente le compete acusar a los indiciados, recolectar los elementos materiales probatorios para fundamentar su teoría del caso y solicitar la afectación de derechos en el curso de los procedimientos penales; mientras el Juez de Control de Garantías es el garante de los derechos fundamentales, de acuerdo con Velandia (2011): *“es el encargado de hacer cumplir la Constitución Política, particularmente en lo relacionado con los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”* (p. 136), adicionalmente agrega: “debe: i) Proferir medidas de aseguramiento; ii) Expedir órdenes de captura; iii) Realizar control de legalidad sobre: a) Interceptación de llamadas telefónicas o de correspondencia, de tipo formal y material, b) Allanamientos; c) de registros; y, d) Autorizar inspecciones corporales y registros” (p.139).

2.3. La acción penal, entendida como la facultad punitiva o de persecución del delito (ius puniendi) en cabeza del Estado, que se concreta en la obligación de investigar las

conductas punibles previamente definidas por el Legislador, no tiene carácter absoluto, asegura Jaime Córdoba Triviño (2010), puede estar matizada por el principio de oportunidad, controlado por el Juez de Control de Garantías, que pretende armonizar la justicia material, la efectividad de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. La eficacia del sistema se inspira en la justicia restaurativa, según el cual se demanda el mayor grado de subsanación del daño (Rojas, 2009).

- 2.4.** Durante la fase de juicio oral, centro de gravedad del sistema, se materializan los principios de concentración, publicidad, inmediación, imparcialidad, igualdad de armas y contradicción, en beneficio del procesado.

3. LA ACUSACIÓN.

- 3.1.** El pliego acusatorio constituye la pretensión punitiva del Estado, mediante el cual la Fiscalía le comunica al investigado (s) (aspecto subjetivo) que se le endilgan unos *actos* (aspecto fáctico), considerados *delito* (s) (aspecto jurídico), junto con las circunstancias de agravación o atenuación, y como consecuencia de esto, enfrentará un juicio penal; es así como se le permite al procesado preparar su defensa, eliminando toda sorpresa de ser sentenciado por hechos y delitos distintos de la acusación. De esta forma, con ocasión de la formulación de acusación, dentro del aspecto adversarial del sistema, se traba la relación contenciosa entre la Fiscalía y la defensa, con el correspondiente descubrimiento probatorio, a partir del cual se trata de materializar el principio de igualdad de armas.
- 3.2.** El actual Código de Procedimiento Penal, en los artículos 336 y 337, consagra los requisitos de validez del escrito acusatorio a cargo del Fiscal, dentro de los cuales se encuentran los aspectos básicos de los sujetos procesales, el aspecto fáctico, así como su denominación jurídica delictual, y el anexo que contiene la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recolectado en su labor investigativa.

En el derecho comparado, la pretensión punitiva del Estado se compone de un aspecto formal y otro material o de fondo; por lo general, esta no surge automática, toda vez que la acusación es objeto de control judicial previo a convocar el juicio; en consecuencia, se han identificado tres sistemas encaminados a controlar la acusación:

- a. De apertura directa, donde no se puede controvertir, ni controlar judicialmente la acusación, pues la sola pretensión del acusador da inicio a la fase del juicio.
- b. De apertura condicionada, en la que la acusación sólo es objeto de verificación judicial cuando expresamente el procesado o su defensor pretenden oponerse a ella.
- c. De apertura mediada, por medio de la cual es ineludible esta fase, en la cual el juez hace una especie de control negativo a la acusación, posibilitando o no que se pueda adelantar el juicio. (Rad. 34370, 2010, Magistrado Ponente, Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero)

En Colombia, según los artículos 337 y 339 de la Ley 906 de 2004, el Juez de Conocimiento controla solamente el aspecto formal del pliego de acusación, sin pronunciarse sobre la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener condena; entonces, las partes e intervinientes sólo pueden hacer pronunciamientos o solicitudes relacionados con el inicio del descubrimiento probatorio, la existencia de causales de impedimento, incompetencia o nulidades; también se faculta a la Fiscalía para solicitar la acumulación de causas por conexidad o la necesidad de que la Fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito de acusación, en lo que tiene que ver con aspectos únicamente formales, es decir, los enunciados en el artículo 337 del C.P.P.

4. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA O CONSONANCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA.

- 4.1. El principio de la congruencia o consonancia es una máxima en beneficio del procesado que debe ser respetada so pena de vulnerar el debido proceso; este comprende varias aristas, entre ellas: la prohibición de la reformatio in pejus, la eliminación de las pruebas judiciales de oficio y la correspondencia entre la imputación, acusación y la sentencia. Para los fines del presente trabajo, interesa la congruencia en el último aspecto referido.
- 4.2. En materia de condiciones de la acusación que enmarca el principio de congruencia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos trae una norma general, pero clara, a favor de las personas a quienes se les imputa la comisión de un delito. El tenor literal de la norma es:

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, trae una disposición de las mismas proporciones a favor de los procesados. La norma es diáfana en hablar de una comunicación clara y detallada de la acusación, acto definido como la notificación oficial por una autoridad competente dada a un ciudadano, informándole que enfrentará juicio por ofensa criminal a la sociedad. De modo tal que no resulta atinado pretender una condena por un delito, unos hechos o una modalidad de conducta diferente a la expuesta a

través de la acusación, puesto que de tal manera se estaría ante un evento de desconocimiento de la jurisdicción y alcance de la norma transnacional. Es así que cuando se habla de debido proceso, en cualquier acepción y en especial en aquella contenida en las normas de derecho internacional de los derechos humanos, no nos es dable desatender el cubrimiento que le da dicho principio a los derechos de los penalmente juzgados.

- 4.3. El principio de la congruencia entre la acusación y la sentencia fue reconocido expresamente por el legislador en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual establece: “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”.

Respecto a la consonancia ente acusación y sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo ha interpretado como un límite a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales, una garantía de defensa sobre la certeza de los cargos a los cuales se enfrentará el procesado y una imposibilidad de que se le condene por hechos y delitos distintos del pliego de acusaciones; es, en síntesis, la adecuación o conformidad: a) *Personal*, de identificación plena e individualización del indiciado, investigado, acusado y la persona a la cual se solicita condena; b) *Fáctica*, de consonancia entre los hechos o circunstancias jurídicamente relevantes en la investigación y los de la sentencia; y c) *Jurídica*, identidad del delito imputado en la acusación, con el de la providencia condenatoria (Rad. 26309, 2007, Magistrado Ponente, Yesid Ramírez Bastidas).

En consecuencia, de acuerdo a lo anterior, la Corte (Rad. 25862, 2013, Magistrado Ponente, Julio Enrique Socha Salamanca) ha determinado que el juzgador puede contravenir, en los siguientes eventos:

1. Por acción:

- a. *Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.*
- b. *Cuando se condena por un delito del que nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el caso.*
- c. *Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad.*

2. Por omisión:

- a. *Cuando en el fallo se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.*
- b. *Igualmente, ha señalado la Sala que, so pena de vulnerar el principio de congruencia, el traslado previsto en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no puede tenerse para la inclusión de circunstancias que gradúan el injusto y que dejarían al procesado sin oportunidad de alegación y defensa, pues los aspectos personales, familiares y sociales a los que se pueden referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción una vez haya sido ubicado el cuarto punitivo que*

corresponda, o para determinar formas de cumplimiento de la misma o bien su cuantificación como cuando se impone pena pecuniaria para la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargas del condenado, o para la imposición de penas accesorias y principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad.

De lo anterior se deduce que el juzgador puede vulnerar el principio de la congruencia por: a) acción: cuando condena al acusado por hechos, delitos y circunstancias de agravación no contenidos en el escrito de acusación y b) en omisión: en el evento de ignorar las atenuantes genéricas o específicas de menor punibilidad.

Con todo, ¿qué sucede cuando el juez viola el derecho de la consonancia? Pues bien, la Sala de Casación Penal de la Suprema Corte ha reiterado que, bajo la causal de violación directa de la ley y la afectación del debido proceso por afectación de su estructura básica, constituye un motivo de casación contra la sentencia condenatoria, para restablecer el derecho a la defensa del acusado que se le ha conculcado. En efecto, la honorable CSJ, refiriéndose al asunto al que hacemos mención, expresó:

“los actos de imputación serán anfibológicos cuando en defecto de la precisión y de la especificidad mencionada en la jurisprudencia en cita, se incurra en indeterminaciones, ambigüedades o en contradicciones excluyentes, respecto del tipo objetivo incluidas las circunstancias genéricas o específicas de atenuación o de agravación, también las referidas al tipo subjetivo, como las que recaigan sobre la forma de intervención del imputado o acusado en el delito atribuido según el caso y acerca de los delitos conexos, constituyéndose dichas indeterminaciones en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, con efectos de nulidad procesal, impidiéndose que sobre imputaciones atribuidas de esa manera puedan proferirse

sentencias anticipadas y ordinarias que sean congruentes.” (Rad. 24685, 2008, Magistrado Ponente, Yesid Ramírez Bastidas)

La Corte Suprema de Justicia mediante radicado 30019 (Rad. 30019, 2008, Magistrado Ponente, Julio Enrique Socha Salamanca) ha establecido que cuando se reprocha, en sede de casación, una sentencia por ser violatoria del principio de congruencia, debe postularse por la vía de la casual segunda de nulidad, pero sustentarse conforme con los parámetros de las causales primera o tercera de casación de la Ley 906 de 2004, esto es, violación directa o indirecta del bloque de constitucionalidad, de la Constitución o de una ley de contenido sustancial.

5. VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA.

La Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 26 de octubre de 2006 (Radicado 25.743, 2006, Magistrado Ponente, Álvaro Orlando Pérez Pinzón), con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, abordó el punto y resolvió casar oficiosamente la sentencia condenatoria emitida por una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para, en su lugar, ***“Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, inclusive”***, al no encontrar violencia en la conducta sexual del sujeto activo, que constituye elemento especial del tipo, ya que, luego de analizar la estructura del delito, la Corporación coligió que los actos sexuales sorprendidos, tales como los tocamientos que hace una persona hacia otra sin su voluntad, no representan actuar delictivo en el ordenamiento jurídico colombiano, y no puede ser considerado acto sexual violento, porque no representa violencia física o moral y la víctima no pudo ejercer oposición por la rapidez del hecho.

Con todo, la Sala no se limitó a declarar defectuosa la imputación, sino que formuló su propia hipótesis acerca del injusto que debía atribuírsele al sujeto activo, toda vez que sí era reprochable su comportamiento. A juicio del máximo Tribunal de Casación, el juicio de tipicidad correspondía al injusto de injuria por vías de hecho, consagrado en el artículo 226, pues se había lesionado el bien jurídico de la integridad moral de la persona.

Esto dijo sobre el particular:

“La conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es, sin duda, un acto reprochable (...) pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales que consagra el título IV de la Ley 599 del 2000.”

“Objetivamente constituye, sí, delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho.”

Una vez percibida la irregularidad procesal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se remolcó por anular las actuaciones hasta la formulación de imputación, y no absolvió al victimario con sentencia, para que existiera cosa juzgada en beneficio del procesado.

Con esta sentencia se afectaron las garantías procesales del acusado, como el *non bis in idem*, principio de legalidad de la actuación -observancia de las normas propias de cada juicio-, presunción de inocencia, preclusión y la eventualidad, ya que se sometió al sujeto pasivo de la acción del Estado a un nuevo juicio por los mismos hechos, a causa del error del ente acusador en la calificación jurídica, brindándosele así la oportunidad a la Fiscalía de re-direccionar la acusación dentro del proceso, dado que la misma debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacer con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad.

La anulación, según el precedente reseñado, representa revivir etapas procesales superadas y brindarle una nueva oportunidad a la Fiscalía para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado.

Por consiguiente, resulta reprochable la providencia analizada, toda vez que la Corte Suprema de Justicia es órgano de cierre y unificadora de la jurisprudencia nacional, garante del derecho fundamental a la igualdad de trato ante la ley, para que exista seguridad jurídica en todo el país; no pudiendo dirimir controversias semejantes de forma desigual, como sucedió en este evento.

En principio, la jurisprudencia aplicó de forma rígida el principio de congruencia, en la coherencia que debía existir en la audiencia de imputación, con la de acusación y finalmente en la sentencia, respecto a los hechos y delitos endilgados a la persona; etapas procesales que estrictamente dependían entre sí. Sin embargo, esa exigencia de condicionar los hechos imputados inicialmente hasta la sentencia, ataba a la fiscalía en la búsqueda de la verdad, negando el carácter progresivo del proceso penal.

Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia:

“...dado el carácter progresivo del proceso penal, resultaría inconsistente dentro de los criterios de razón práctica, exigir a la Fiscalía que la inicial imputación formulada en la audiencia dispuesta para ello tuviera un carácter inmutable, inmodificable y vinculante con carácter definitivo para el mismo ente acusador y el trámite, pues con una tal postura se olvidarían las etapas de conocimiento por las cuales transita el proceso penal”¹.

La Corte Constitucional compartió esa posición, pues por medio de la sentencia C-025 de 2010 (Radicado 7858, 2010, Humberto Antonio Sierra Porto) se refirió al principio de congruencia en el contexto del sistema penal acusatorio, enseñando que i) se trata de un principio cardinal el cual orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí

¹ Sentencia del 12 de febrero de 2009, radicado 30043. MP. María del Rosario González Muñoz.

que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y según el Tribunal Constitucional, (iv) “lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.”

Actualmente la variación de la calificación jurídica se permite, o es posible, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia del 3 de junio de 2009, con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quintero Milanés (radicado 28.649, 2009, Jorge Luis Quintero Milanés), y que son:

1. *Solicitud expresa de la Fiscalía.*
2. *La nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género.*
3. *El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad.*
4. *La tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación.*
5. *No debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes. (Rad.34370, 2010, Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero)*

Lo anterior permite concluir que el juez puede apartarse de la imputación fáctica y jurídica del escrito de acusación de la Fiscalía y condenar por hechos y delitos distintos, bajo la condición de cumplir las exigencias citadas anteriormente, que no depende solamente de que la nueva calificación sea más favorable a los intereses del acusado o de que en el juicio se haya debatido las pruebas que soportan la denominación jurídica sobreviviente.

6. ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO EN CASO DE LA DEFECTUOSA ACUSACIÓN.

Una vez conocido los aspectos más relevantes del sistema acusatorio, la acusación como pieza procesal trascendental para llevar a las personas a juicio por unos hechos considerados injustos, el principio de consonancia entre la acusación y la sentencia, garantía del derecho de defensa del acusado y límite en el juzgamiento, porque le permite al procesado no ser sorprendido con sentencias condenatorias por hechos y delitos distintos de acusación, y la variación de la calificación jurídica como excepción a la regla anterior, siempre que se cumplan unas exigencias, podemos encontrar una solución al problema planteado en el presente escrito.

Con apoyo en los principios constitucionales del debido proceso y las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **en el evento de una errónea o inadecuada imputación**, en sus aspectos subjetivos (personal), fáctico (hechos) y jurídico (delitos), **el Juez de Conocimiento debe absolver al acusado**, pero si el juzgador percibe que puede aplicar la variación de la calificación jurídica, puede apartarse del *nomen iuris* de la acusación, siempre y cuando cumpla los presupuestos anteriormente indicados.

La conclusión que se acaba de exponer tiene sustento en la jurisprudencia, como en los principios constitucionales del derecho al debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que la nulidad no es la solución o el camino a seguir cuando el juez de conocimiento percibe una errónea imputación jurídica de la fiscalía, porque ello equivaldría a revivir las etapas procesales concluidas, dándole así otra oportunidad al ente acusador para reestructurar la pretensión punitiva fallida.

En efecto, así se pronunció en fallo del 3 de junio de 2009 (radicado 28.649, 2009, Jorge Luis Quintero Milanés) con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quintero Milanés:

“Por último, sería del todo improcedente disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, para que la fiscalía adoptara una nueva calificación jurídica, pues ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevarle al juez de conocimiento el convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste –luego de agotado el trámite procesal- una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión y, además, es evidente que en este caso no se configura ninguna de las causales que permitan la invalidación del juicio.”

La anterior tesis fue reiterada en fallo de casación del 16 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas (radicado 31795, 2009, Yesid Ramírez Bastidas), e igualmente en sentencia del 10 de noviembre siguiente, siendo Magistrada Ponente María del Rosario González Muñoz, esta última en la que se señaló:

“Como viene de verse, es claro que si, de una parte, la estructuración de los delitos de acto sexual violento y acto sexual con menor de catorce años son sustancialmente diversas, y de otra, desde la audiencia de imputación hasta el juicio oral la Fiscalía acusó a GERMAN GIOVANNY RODRÍGUEZ por el primero de dichos comportamientos, punible por el cual profirió condena el a quo, al paso que el Tribunal confirmó la condena pero por el delito de acto sexual con menor de catorce años, desbordó los límites de la

acusación y sorprendió a la defensa con unos elementos distintos a los abordados en el desarrollo del proceso, de modo que vulneró el principio de congruencia, todo lo cual impone casar el fallo atacado para reparar el agravio.

Desde luego, la enmienda de la incorrección no será la deprecada por el defensor, esto es, la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, pues como ya en otras oportunidades lo ha señalado la Sala², ello equivaldría a revivir etapas procesales superadas y a brindarle una nueva oportunidad a la Fiscalía para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, con mayor razón si la Sala no advierte equívoco alguno en la acusación o en el fallo de primer grado respecto de la calificación del comportamiento investigado, y si, por el contrario, se consigue observar que la incorrección se produjo únicamente en la sentencia de segunda instancia, respecto de la cual es necesario adoptar los correctivos a que haya lugar.”

² Cfr. Sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. 28649.

7. CONCLUSIONES.

El Juez de Conocimiento, al encontrar en la fase de juicio una errónea imputación del ente acusador, no debe anular la actuación procesal sino absolver al acusado, en aplicación del principio de presunción de inocencia, imparcialidad, congruencia, legalidad del proceso, el non bis in ídem y derecho a la defensa.

- 7.1. El Juez es garante del derecho fundamental de presunción de inocencia del acusado, está por encima de las partes, incluido el fiscal, tiene el deber de resolver cuando se logra quebrantar esta.
- 7.2. Principio de imparcialidad: la Fiscalía acusa y el juez decide. El juzgador no es el verdugo del procesado, si no que decide imparcialmente en el juicio oral si el órgano acusador cumplió la carga de probar, más allá de duda razonable, que el acusado es responsable penalmente, según las modalidades de participación.
- 7.3. Congruencia o consonancia entre la acusación y la sentencia. Como se adujo up supra, la congruencia es un límite a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales, una garantía de defensa sobre la certeza de los cargos a los cuales se enfrentará el procesado, y una imposibilidad de que se le condene por hechos o delitos distintos del pliego de acusaciones, puesto que el juez no puede condenar por hechos o delitos distintos de la acusación.
- 7.4. Legalidad del proceso. Siguiendo las formalidades propias de cada juicio, la Fiscalía tiene un término preclusivo para llevar a cabo la acusación, como también su corrección, informándole al ciudadano que será llevado a juicio por unos actos que constituyen conductas delincuenciales. Entonces, una vez surtido el juicio y el juez de conocimiento percibe una errónea imputación jurídica del ente acusador, debe absolver al acusado; de lo contrario, se revivirían las etapas procesales concluidas y darle otra oportunidad al órgano acusador para reestructurar la pretensión punitiva fallida, por su falta de pericia, diligencia o descuido.

- 7.5.** Non bis in ídem. Nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa (art. 29). Mal podría el juez, mediante la anulación de lo actuado, someter de nuevo a una persona a juicio por la torpeza de su contra parte, la Fiscalía, que se equivocó al ejercitar la pretensión punitiva del Estado.
- 7.6.** Derecho a la defensa. Como núcleo esencial del debido proceso, límite a la potestad punitiva del Estado y otorgante de legitimidad del mismo, constituye la piedra angular del sistema penal acusatorio, que no debe ser menoscabado por razón alguna.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNAL C, Jaime y MONTEALEGRE L, Eduardo. (2004) EL PROCESO PENAL, Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Edit U. Externado de Colombia. Tomo I. 5ª edición.
- CORDOBA T, Jaime (2010) Proceso de Constitucionalización del derecho penal y del Proceso Penal. Universidad Libre. Facultad de Derecho. Bogotá.
- ROJAS L, Carmen Edilia (2009). Justicia Restaurativa en el Código de Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- VANEGAS, D. (2006) Acción penal en el sistema acusatorio. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE.
- VELANDIA C, Eduardo Andrés. (Coord.) (2011) Derecho Procesal Constitucional. Tomo II Volumen I. Codificaciones procesales y el Código Procesal Constitucional modelo. Autor Velandia Canosa Eduardo Andrés.

Fuente Normativa

Convención Americana de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Reglas de Mayorca.

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 906 de 2004

Jurisprudencia

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 25.743 del año 2006.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 25862 del 21 de marzo de 2007.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 26.309 del año 2007.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 29.872 del año 2008.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 24.685 del año 2008.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 30.019 del año 2008.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 30.043 del año 2009.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 28.649 del año 2009.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 31795 del año 2009.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 32192 del año 2009.

- Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Casación 34.370 del año 2010.

- Corte Constitucional. Sentencia T 590 de 2006.

- Corte Constitucional. Sentencia T 480 de 2006.

- Corte Constitucional. Sentencia C 1125 de 2003.

-Corte Constitucional. Sentencia C 025 de 2010.

Revistas

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA RESPECTO DE LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA LEY 906 DE 2004. (2009). Revista ITER AD VERITATEM edi 7. Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomas de Tunja Boy.