

**EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DENTRO DEL ENFOQUE ADVERSARIAL
EN EL CONTEXTO COLOMBIANO**

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

DOCTORADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C

2019

**EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DENTRO DEL ENFOQUE ADVERSARIAL
EN EL CONTEXTO COLOMBIANO**

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Trabajo presentado para optar al título de Doctor en Derecho

Trabajo dirigido por el Doctor:

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS, Ph.D

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

DOCTORADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C

2019

**EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DENTRO DEL ENFOQUE
ADVERSARIAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO**

RESUMEN EJECUTIVO	1
EXECUTIVE SUMMARY.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5

CAPÍTULO I

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SISTEMA ACUSATORIO Y EN ESPECIAL
DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.....**

1.1. ROMA: De la época de los Reyes al Imperio.	14
1.1.1. La cognitio y la provocatio ad populum.	17
1.1.2. Los comicios y la quaestio, accusatio o indicium publicum.	19
1.1.3. La cognitio extra ordinem.	32
1.2. Sistema Procesal en la Edad Media.	39
1.3. Antecedentes históricos del sistema mixto y su influencia en los estatutos procesales colombianos.	63
1.3.1. La revolución francesa y el código Napoleónico.	64
1.4. Códigos procesales colombianos de naturaleza mixta.....	96
1.5. Conclusiones del capítulo.	120

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

2.1. Formulas epistemológicas para estudiar el fenómeno jurídico.	131
2.2. El garantismo como marco de fundamentación.	133

CAPÍTULO III

LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

3.1. RESUMEN DE LOS DATOS	439
3.2. GRÁFICOS ESTADÍSTICOS	459
3.3. Conclusiones del capítulo.	467

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE SOLUCIÓN EN MATERIA DE CONGRUENCIA PARA EL CASO COLOMBIANO

4.1. Debe existir un control material a la acusación realizado por un juez distinto al que conoce el juicio.....	475
4.2. Se debe establecer la fase intermedia.	506
4.2.1. Modelos de Fase Intermedia.	507
a) El Modelo de fase intermedia como etapa preparatoria del Juicio Oral. ..	507
b) El modelo de fase intermedia como etapa decisoria o decisional.	509
c) El Caso Colombiano: La necesidad de establecer la audiencia de causa probable.	512
4.3. La acusación debe tener un componente fáctico, personal y jurídico que no puede ser modificado.	530

4.4. El fiscal debe respetar ese marco de acusación y sólo lo puede modificar en lo jurídico de forma favorable al finalizar la audiencia del juicio.	533
4.5. El juez debe respetar integralmente en su sentencia la acusación emitida por el fiscal.	535
4.6. Si el fiscal decide pedir absolución, esto equivale a retirar los cargos y sin ellos el juez no puede dictar sentencia: Si el juez puede condenar cuando el fiscal retira los cargos, implica que, de facto, hace de fiscal y de juez.....	5398
4.7. Al no existir un control material de la acusación, se debe acudir a vías de solución que permitan una respuesta coherente con el sistema.	541
4.8. El fiscal debe responder por no acreditar su acusación.....	541
4.9. Conclusiones del capítulo.	550
 CONCLUSIONES GENERALES	 554
REFERENCIAS.....	562

LISTADO DE TABLAS

Tabla 1. Providencias analizadas en el capítulo	439
Tabla 2. Providencias analizadas para el año 2005	439
Tabla 3. Providencias analizadas para el año 2006	440
Tabla 4. Providencias analizadas para el año 2007	440
Tabla 5. Providencias analizadas para el año 2008	441
Tabla 6. Providencias analizadas para el año 2009	441
Tabla 7. Providencias analizadas para el año 2010	442
Tabla 8. Providencias analizadas para el año 2011	442
Tabla 9. Providencias analizadas para el año 2012	443
Tabla 10. Providencias analizadas para el año 2013	443
Tabla 11. Providencias analizadas para el año 2014	444
Tabla 12. Providencias analizadas para el año 2015	444
Tabla 13. Providencias analizadas para el año 2016	445
Tabla 14. Providencias analizadas para el año 2017	445
Tabla 15. Providencias analizadas para el año 2018	446
Tabla 16. Providencias que aplican principio <i>iura novit Curia</i> (sistema mixto)	446
Tabla 17. Providencias que aplican principio <i>acusatorio</i> (sistema acusatorio)	450
Tabla 18. Providencias que aplican principio <i>iura novit curia</i> como acusatorio	450
Tabla 19. Uso de los principios <i>iura Novit Curia</i> , Acusatorio o de ambos (2005-2018) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (en números absolutos)	465
Tabla 20. Uso de los principios <i>iura Novit Curia</i> , Acusatorio o de ambos (2005-2018) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (porcentajes)	466

LISTADO DE GRAFICOS ESTADISTICOS

Grafico 1. Providencias 2005-2018.....	461
Grafico 2. Providencias 2005-2009.....	462
Grafico 3. Providencias 2010-2014.....	463
Grafico 4. Providencias 2015-2018.....	464

RESUMEN EJECUTIVO

A través de la reforma constitucional de 2002, Colombia acogió el modelo de enjuiciamiento criminal comúnmente designado por la teoría general del proceso como “ACUSATORIO ADVERSATIVO”.

Como es conocido, la incorporación de una institución que modifica profundamente las prácticas judiciales conservadas hasta el momento de la entrada en vigencia, implica un proceso conocido como individuación. lo cual significa que la sociedad se apropia de la institución, imprimiéndole unas adecuaciones a su particular forma de concebir el derecho penal, la política criminal, así como la política judicial y, la justicia misma.

No obstante, este proceso tiene límites, informados principalmente por los aspectos determinantes de la principalidad de la institución. es decir, la institución es adecuada socialmente, pero sin invertir sus postulados fundamentales.

Uno de los postulados esenciales del modelo acusatorio adversativo consiste en que los jueces no pueden alterar los cargos formulados por los acusadores en ejercicio de su función. de lo contrario, se genera una reacción negativa en cadena contra los presupuestos del modelo procesal. entre ellos, la imparcialidad del juez, el principio acusatorio, el principio adversarial, el derecho de defensa, la legalidad de las formas procesales es decir el debido proceso, el derecho de contradicción, el non bis in idem y, la interdicción de cosa juzgada.

Es comúnmente conocido como principio metalegal de congruencia. cuya trascendencia indica que de su manejo depende la tendencia del modelo procesal. de tal forma, es connatural al modelo acusatorio adversativo prohibir a los jueces practicar facultades *iura novit curia*, para impedir que se inviertan los presupuestos de principalidad señalados.

Mientras que los modelos de enfoque inquisitorial, se caracterizan por lo contrario. es decir, que los jueces en ejercicio de facultades *iura novit curia* constitucionales, puedan modificar con propósitos de corrección, los cargos por los cuales dictarán sentencia de mérito.

Pese tener una orden constitucional de practicar el modelo de estirpe acusatorio-adversativa, la corte suprema de justicia a través de su jurisprudencia, contrariando no sólo la constitución sino también la Ley 906 de 2004, ha venido otorgando facultades *iura novit curia* los jueces, facultándolos para modificar los cargos precisados en la acusación por la fiscalía general de la nación. esto sobre la base de no existir un modelo “puro” acusatorio-adversativo, sino una adecuado a las condiciones locales del país.

En la investigación se analizan los efectos de esta tendencia jurisprudencial, la solidez de sus fundamentos y, la necesidad de reorientar esta tendencia, formulando unos mecanismos específicos de reconducción.

Palabras Clave: Sistema acusatorio, congruencia, principio acusatorio, principio adversativo, *iura novit curia*

EXCECUTIVE SUMMARY

Through the constitutional reform of 2002, Colombia welcomed the criminal prosecution model commonly designated by the general theory of the process as "ADVERSATIVE ACUSATORY."

As is known, the incorporation of an institution that profoundly modifies the judicial practices conserved until the moment of entry into force implies a process known as individuation. which means that society appropriates the institution, printing some adaptations to its particular way of conceiving criminal law, criminal policy, as well as judicial policy and justice itself.

However, this process has limits, informed mainly by the determining aspects of the principality of the institution. that is, the institution is socially adequate, but without investing its fundamental postulates. One of the essential postulates of the adversarial adversarial model is that the judges cannot alter the charges made by the accusers in the exercise of their function.

Otherwise, a negative chain reaction is generated against the budgets of the procedural model. among them, the impartiality of the judge, the accusatory principle, the adversarial principle, the right of defense, the legality of the procedural forms is to say due process, the right of contradiction, the non bis in idem and, the interdiction of res judicata. It is commonly known as metalegal congruence principle. whose significance indicates that the tendency of the procedural model depends on its management. in this way, it is innate to the

adversarial accusatory model to prohibit judges from practicing faculties iura novit curia, to prevent the aforementioned principal budgets from being reversed.

While the models of inquisitorial approach, are characterized to the contrary. that is, that the judges in exercise of constitutional powers iura novit curia, can modify for correction purposes, the charges for which they will issue a judgment of merit.

Despite having a constitutional order to practice the accusatory-adversarial lineage model, the supreme court of justice through its jurisprudence, contrary to not only the constitution but also Law 906 of 2004, has been granting powers iura novit curia judges, empowering them to modify the charges specified in the indictment by the attorney general of the nation.

This is based on the absence of a “pure” accusatory-adversative model, but one appropriate to the local conditions of the country. The research analyzes the effects of this jurisprudential trend, the solidity of its foundations and the need to reorient this trend, formulating specific mechanisms for reconduction.

Keywords: Accusatory system, congruence, accusatory principle, adversative principle, iura novit curia

INTRODUCCIÓN

Esta investigación que se pone a consideración de la comunidad académica está encaminada a determinar si en Colombia, en materia de congruencia, entre acusación y sentencia, a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo 03 de 2002 que estableció el sistema de Corte acusatorio, se están aplicando y teniendo en cuenta los principios adversativos y acusatorios, o el *iura novit curia*, que es propio de los sistemas mixtos, en la medida que cada uno corresponde a un esquema distinto y no pueden ser utilizados de forma indiscriminada, además, porque el tratamiento impartido judicialmente al principio de congruencia, a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, exige determinar si dicha práctica se corresponde con los postulados del acto legislativo 03 de 2002 que introdujo el modelo acusatorio adversativo al procesamiento penal colombiano, o si, por el contrario, existe un estado de cosas inconstitucionales.

El principio metalegal de congruencia, es de tal trascendencia, que cumple unas funciones sistémicas cuyo desconocimiento altera tan gravemente el modelo procesal que termina en una práctica inconstitucional. Esa responsabilidad implica que el fiscal tiene la obligación de acusar y demostrar los cargos, en tanto que, el Juez, no puede pasar por encima de la acusación dictando una sentencia que se circunscriba a la petición del fiscal, so pena de proferir una sentencia incongruente.

De una lectura muy preliminar, se observa que en las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal, aparentemente, no se acoge un modelo u otro. Así, unas se adscriben a una consideración cuyo fundamento es que, en Colombia, no incorporó un modelo procesal puro, significando que si bien no se discute la naturaleza acusatorio adversativo, existen características autónomas y autóctonas, si se quiere, que le dan un cierto matiz al esquema procesal, encontrando providencias con aplicación del principio *iura novit curia*, y otras que, acogiendo el marco constitucional que nos rige, se enmarcan en el respeto al acusatorio, o incluso, se debe verificar si se han proferido decisiones que acogen tanto el principio *iura novit curia*, como el acusatorio, esto es, se presenta una antinomia entre los mismos que impiden que puedan emplearse simultáneamente.

Esto exige plantear como **pregunta problema** ¿Qué, es aquello del principio acusatorio, de tal naturaleza que no se puede modificar sin alterar el modelo procesal constitucional?

El principio de congruencia implica un cierto tipo de responsabilidad por parte del acusador y una limitación del Juez. Así, el fiscal tiene una obligación de acusar y demostrar y, en ese mismo sentido, el Juez no puede pasar por encima de la acusación, es decir, no puede dictar una sentencia que desconozca la acusación.

El **objetivo general** que se pretende es la construcción de unos mecanismos de reconducción que permitan la aplicación del principio de congruencia al interior del sistema procesal penal colombiano, que implica un diagnóstico del manejo del principio de congruencia a partir de la jurisprudencia de

la Corte Suprema de Justicia, en tanto es la única constitutiva de precedente judicial en la jurisdicción penal ordinaria como tal, base de interpretación y adicionalmente guía jurisdiccional para todos los demás jueces, dado su carácter vinculante.

Como **objetivos específicos** se buscó determinar qué ocurrió históricamente en Roma, la Edad Media, la Revolución Francesa y la influencia del código Napoleónico y finalmente, la reconstrucción de los códigos procesales patrios, de raigambre mixto, influenciados bajo los parámetros del Código de Instrucción criminal francesa y el pensamiento de Bentham, esto teniendo en cuenta que el trabajo estructurado a partir del método dogmático exige derivar su validez de la vigencia histórica, cuanto más allá persistido en ella más válido es.

Con la misma pretensión, y como objetivo específico, se buscó establecer los criterios científicos en que se basa el principio de congruencia mediante el método dogmático, esto es, la forma como la ciencia jurídica ha venido estructurando el tema.

A partir de allí, se buscó determinar la forma como la Jurisprudencia colombiana ha decidido los casos, haciendo un análisis por la vía de construcción de una línea jurisprudencial que utilizó como metodología un rastreo histórico desde el año 2005 hasta el 2018 encaminado a verificar si se acude en su solución a la aplicación de postulados *iura novit curia* o a los principios acusatorio y adversativo y finalmente cual es la tendencia en esta materia.

Como un último objetivo específico se buscó la construcción de una propuesta que permita solucionar de forma coherente el tema, porque si bien,

Colombia dio un paso fundamental para incorporarse en un sistema de juzgamiento acusatorio, que se supone más garantista, se debe verificar si la práctica judicial es coherente con el modelo acogido constitucionalmente.

El trabajo se **justifica** porque, aunque Colombia, a partir del acto legislativo 03 de 2002 incorporó constitucionalmente el sistema acusatorio, lo que generaba la obligatoriedad de analizar todas las instituciones dentro de la sistemática de este modelo y dentro de ella el principio de congruencia, se hace necesario verificar si se toman decisiones que no corresponden a un modelo acusatorio adversarial.

Ello lleva a pensar en que este trabajo puede dejar parámetros que den claridad para el juez, porque estableciendo un método de corrección, el juez podrá dar soluciones justas en la resolución de un conflicto.

Para ello, el **diseño metodológico** exige desarrollar un enfoque cualitativo desde cuatro fórmulas epistemológicas para estudiar el fenómeno jurídico, esto es la hermenéutica, sociológica, dogmática o semiótica. El enfoque escogido atiende a la dogmática, método científico propiamente dicho. En este orden, se parte de una base deductiva de las generalidades de la congruencia y se llega al código colombiano y como técnicas: reconstrucción histórica, y análisis crítico de textos.

Los instrumentos que se tuvieron en cuenta son los textos de los autores que han buscado fundamentar el principio de congruencia y naturalmente las sentencias que han sido la base del trabajo de análisis para determinar si las decisiones de los jueces respetan el principio de congruencia dentro de una sistemática acusatoria.

Ello va a implicar que a partir de las técnicas del subrayado y del resumen analítico, se deben estructurar las ideas principales del profesor Luigi Ferrajoli, en la que estructura su teoría sobre el arantismo en el proceso penal, y de quien han fundamentado el tema Alvarado, Roxin, Gómez Colomer, Guibourg, Langer, Neyra pero, en ese mismo sentido, de los autores que se estudiaron para determinar cómo se estructura el principio de congruencia en un sistema de naturaleza acusatoria se destacan: Moya, Armenta, Binder, Bovino, Bujosa, Carbonell, Cárdenas, Díez Pícaso, Duce, Dueñas, Guerrero, Montero, Ormazabal, Pennington, Riego, Thaman, Verge, Urbano; buscando con ello dejar al descubierto las ideas principales, los argumentos que las soportan, la coherencia entre ellas, los errores y contradicciones, pero, a la par con el mirar, el pensamiento de los autores que han estudiado la congruencia y su problemática desde el *iura novit curia*, Belén, Sentis Melendo, Calvino, Emerin, Frank.

Teniendo en cuenta que es una investigación de tipo cualitativo que busca analizar la institución del principio de congruencia dentro del sistema acusatorio y la forma como el mismo debería aplicarse en nuestra realidad, se hace necesario combinar diferentes tipos de técnicas de investigación para efectos de desarrollar el trabajo desde el método de investigación histórico a través del cual, en el primer capítulo, se buscó reconstruir históricamente el principio de congruencia, a efectos de entender cuáles son los fundamentos del sistema acusatorio, dividiendo el mismo en cuatro momentos: 1. Roma, buscando mostrar las diferencias entre la República y el Imperio; 2. la Edad Media, en la que primó el modelo inquisitivo, 3. el Código de Napoleón y su influencia en la normatividad de la época, que se

entiende como el primer estatuto sistematizado de corte mixto y finalmente un estudio de los códigos penales colombianos imperante en el período Republicano que se dio a partir de la independencia hasta llegar a la Ley 600 de 2000, último estatuto procesal de corte mixto.

Esta técnica de historiografía busca reconstruir el pasado de la manera más objetiva y exacta posible, para lo cual de manera sistemática, recolecta, evalúa, verifica y sintetiza evidencias que permiten obtener conclusiones válidas, a menudo derivadas de hipótesis (Guerra García, Y 2009). Para ello, se han tenido en cuenta los autores que han estudiado el tema en cada una de las épocas: Asimov, Bernal, Bennazi, Claría Olmedo, Concha, Cordero, D'amico, Deschner, Domat, D'onofrio, Emerin, Esmein, Espitia, Fonseca, García, Gómez Pavajeua, Guiseppe, Huberman, Johnson, Justiniano, Kraemer, Sprenger, Maier, Manzini, Masferrer, Minguíjon, Mommsen, Orlandis, Pertile, Posada, Pugliese, Quintero, Ruiz-Funez, Sandoval, Suarez, Vélez Mariconde.

En un segundo capítulo se realizó la fundamentación epistemológica correspondiente, para lo cual, desde una perspectiva del método dogmático se hace su fundamentación a partir del enfoque del garantismo penal desarrollado por el profesor Italiano Luigi Ferrajoli. Orden que se explica en la medida que tras la evidencia historiográfica, se buscó un modelo epistemológico objetivo que sirviera de fundamento general y acorde a la metodología seleccionada, permitiera poner a prueba la hipótesis de investigación considerada.

Igualmente, se realizó una revisión de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia desde el año 2005, por cuanto, en dicha anualidad se dio

inicio a la vigencia de la Ley 906 de 2004, hasta la fecha, para poder determinar si la tipología de manejo aplicada por la Corte Suprema de Justicia, al principio de Congruencia que, se insiste es un principio metalegal, es correcta.

En un tercer capítulo se construyó la línea jurisprudencial, haciendo un análisis completo de todos y cada uno de los autos y sentencia proferidas por la Sala de Casación Penal desde 2005 hasta 2018, lo que permitirá determinar claramente cuál ha sido el rumbo que en esta materia se ha dado a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, para poder descifrar la tendencia de dicho manejo en cuanto a su correspondencia con el modelo procesal ordenado por el acto legislativo 03 de 2002.

En un cuarto capítulo se expuso una fórmula propositiva dadas las conclusiones, en la medida que se concluya que la congruencia no se regule bajo la égida del principio acusatorio, sino del principio *iura novit curia*, estableciendo, en caso dado, un mecanismo de reconducción que busque establecer coherencia al mismo.

Finalmente se señalaron las conclusiones que se derivan de la investigación, la cual pretende que en Colombia, buscando un manejo coherente del tema, se encamine el mismo por una vía que sea coherente con el marco constitucional que hoy nos rige en esta materia.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SISTEMA ACUSATORIO Y EN ESPECIAL DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El presente capítulo expone los antecedentes del sistema acusatorio, a partir de la forma como se estructuró el mismo en el derecho Romano en aras de determinar si en el contexto colombiano, dichos principios se han venido respetando o si por el contrario se ha generado un alejamiento de los mismos.

Además, no se puede olvidar que el derecho, como materia de estudio, es un objeto cultural, es por ello que, usualmente, todo expositor de una rama jurídica o de un problema particular de ella, comienza su estudio con un repaso del desarrollo histórico de su disciplina o del instituto que lo preocupa, en procura de ubicarse en ese proceso cultural (Maier, 2004: 259), razón por la cual se hace necesario generar un acercamiento a esta realidad histórica para poder comprender el sistema acusatorio y facilitar la pretensión que se tiene, la cual se traduce en determinar si las instituciones procesales se acercan al mismo.

Posteriormente se realiza una revisión la edad media hasta desembocar en el código de Napoleón, principal antecedente de los estatutos de naturaleza mixta y, finalmente, se revisa la forma como se estructuraron los estatutos procesales anteriores a la Ley 906 de 2004.

Es fundamental empezar por señalar que el sistema inquisitivo se caracteriza porque el procesado se enfrenta a un inquisidor, ante quien se tiene que demostrar que se es inocente, y, naturalmente, sin que exista un verdadero derecho de defensa, lo cual se constituye en una talanquera a un juicio justo, en la medida que se concentran en el juez las funciones de acusar y juzgar. Ante esto surge una pregunta: ¿Cómo pretender que el procesado realmente pueda obtener una sentencia absolutoria cuando, quien lo acusa, es la misma persona que va a

proferir sentencia y al hacerlo ya tiene la convicción de la responsabilidad del acusado?

El primer elemento característico de un sistema penal inquisitivo es que las funciones de investigar, acusar y juzgar están concentradas en una misma persona. Esta concentración puede dar lugar a diversos problemas para la administración de justicia. Dada la ausencia de contrapesos, en los sistemas inquisitivos se reduce la posibilidad de que la autoridad al desempeñar sus distintos roles, actúe de manera imparcial y objetiva (Carbonnel, 2010: 116).

Hecha esta precisión inicial se hace necesario examinar los antecedentes desde Roma, con el fin de hallar acerca de los orígenes de estas instituciones.

1.1. ROMA: De la época de los Reyes al Imperio.

Sea lo primero recordar que se ubica a Roma entre los años 753 antes de Cristo y 553 después de Cristo y se encuentran tres épocas claramente diferenciadas. El período de los reyes o monarquía (años 753 a 510 antes de Cristo), durante el que subsistió una jurisdicción familiar al lado de la del Rey, cuya persona investía un carácter religioso (Velásquez, 2013: 225). El período de la República (años 510 a 31 antes de Cristo), en el que surgieron instituciones como la *provocatio ad populum*, característica de lo que es un sistema acusatorio, por ser un antecedente de lo que más adelante se conocerá como el jurado de conciencia y finalmente, la época del Imperio (años 31 antes de Cristo a 553

después de Cristo) (Velásquez, 2013: 226), sobre las cuales se harán referencias específicas para buscar entender en qué momentos concretos nos encontramos ante instituciones de características acusatorias. Pero en ese mismo sentido surgió también la *cognitio extra ordinem*, que enmarca el proceso en lo inquisitivo y que como se observará más adelante, va a jugar un papel fundamental frente a la congruencia.

El antiguo proceso inquisitivo general trataba bastante mal a la persona del imputado. Él, era objeto de investigación y aún cuando su situación procesal con frecuencia ha sido esbozada con demasiados colores lúgubres, es con seguridad cierto que el respeto por su dignidad humana y en general por la esfera de su personalidad era un concepto desconocido de tal manera que en cualquier caso una práctica probatoria no requería hacer un alto frente a esta limitación. Ni siquiera el cuerpo y la vida del investigado estaban seguros ante las injerencias del proceso penal. Pues la práctica de prueba por medio de la coacción de la tristemente recordada tortura era la prueba reina. (Beling, 2009: 16)

Pero en ese sentido debe recordarse que los cambios en Roma no fueron bruscos o revolucionarios sino, por el contrario, fueron el producto de una lenta y paulatina transformación de las instituciones: Monarquía, República e Imperio no traducen divisiones tajantes de los sistemas de enjuiciamiento al compás de la organización política –*cognitio; accusatio, questio o iudicium publicum; y cognitio extra ordinem*- pues el cambio de una a otra se operó gradualmente (Maier, 2002. pp: 272 y 273), es decir los sistemas de enjuiciamiento fueron poco a poco acogiéndose hasta que vinieron a caracterizar toda una época, si inicialmente la

época de los Reyes era de características Inquisitivas, la de la República poco a poco fue consolidándose con instituciones de corte acusatorio.

En palabras de Pugliese (1985: 563), las formas de represión penal vigentes en Roma en las distintas épocas son el reflejo fiel de la organización constitucional de la *civitas* y de las doctrinas políticas dominantes en cada ocasión, el derecho y el proceso penal están vinculados en forma íntima a las vicisitudes de la historia política, en cuanto una de las explicaciones del poder supremo de la *res pública* –y no la menos importante- consiste precisamente en castigar aquellos que son llamados técnicamente *criminales*

Ahora, en el primer período, esto es el de los Reyes, como lo afirma Espitia (2003), la represión de ciertas conductas que lesionaban la comunidad política organizada se encontraba en cabeza del rey como supremo jefe religioso y civil de la comunidad, justificándose en la *pax deorum* o situación de *amicitia* entre los dioses y los hombres, la sanción de la conducta purgaba la responsabilidad colectiva a través del sacrificio- real o simbólico- del agresor. (pp: 2-3)

El poder del rey era absoluto, incluso pudo llegar a ser mayor que el que tenían los magistrados en el período republicano, así en palabras de Scheid citado por Espitia (1983: 78), el Rey, por cuanto parece, dicta un reglamento religioso en su nombre y con base en una autoridad sacerdotal. Si las cosas son efectivamente así, el Rey se considera señor sacro investido de poderes que no tienen los magistrados del período republicano.

En la República Romana, operaron por excelencia las instituciones de corte acusatorio. Sistema conocido como *accusatio*, *quaestio* o *indictum publicum*

(también procedimiento por quaestiones) (Maier, 2002: XX), época esta que se caracterizó por la publicidad en todas sus actuaciones, rango propio de un sistema adversarial de corte acusatorio, que se mantuvo vigente durante la época de la República y durante una importante espacio de tiempo en el Imperio. El proceso penal Romano tuvo tres instituciones claves, a saber:

1. La cognitio y la provocatio ad populum
2. Los comicios y la quaestio, accusatio o iudicium publicum
3. La cognitio extra ordinem

1.1.1. La cognitio y la provocatio ad populum.

La *provocatio ad populum* es una institución de corte acusatorio, que facultaba que el condenado a muerte podía provocar al pueblo, esto es podía solicitar que su caso fuese revisado *por una verdadera asamblea popular*, y para ello, el magistrado debía poner en manos de este todos los elementos que tenía en su poder para que fuese la sociedad la que finalmente determinara si debía aplicarse o no la condena a muerte.

El magistrado, antes de hacer efectivo el poder penal en su decisión, llevaba a cabo una especie de instrucción sumaria que recibía el nombre de *cognitio*. El poder, sin embargo era ilimitado, pues el magistrado o el rey, en su caso reunía en sí todas las funciones procesales: se avocaba espontáneamente el conocimiento de la imputación sin necesidad de provocación extraña y realizaba una investigación a su puro arbitrio (Maier, 2012: 274-275), es decir dejaba a los

individuos entregados al arbitrio sin límites de los órganos del *imperium*. (Mommsen: 388).

La *provocatio ad populum* requiere de una condena previa de un Magistrado nace como un llamamiento, una apelación a la asamblea del Pueblo Romano, que debía reunirse bajo la forma de los comicios *centuriados* –*maximum comitiatum*- al menos cuando se tratase de la imposición de una pena capital” (Trillo, 2008: 27)

La citación del imputado se conocía con el nombre de *vocatio* y su detención preventiva, ilimitada en el tiempo y usual en el delito más común de desobediencia, con el de *prensio*, detención que se caracterizó siempre por su carácter provisional, pues no era utilizada o concebida como medio para retribuir o expiar el delito, pero, sin embargo, podía durar perpetuamente (Maier, 2002).

Era un sistema de corte arbitrario. Al no existir reglas procesales que limitaran la instrucción, como tampoco tenía límites en la detención preventiva, pero como contrapeso frente a ello, el pueblo se podía revelar contra la decisión del Rey a través del llamado *provocatio ad populum*, para buscar por esta vía controlar la decisión del juez, derecho que tenían los ciudadanos varones. Se observa que conviven dos instituciones de naturaleza distinta, una de carácter inquisitorial, en la medida que un inquisidor público investiga y toma decisiones sin controles iniciales y su contra peso una de carácter acusatorio a través del cual la asamblea del pueblo puede ejercer controles sobre la misma.

Es pues, la *provocatio ad populum*, la institución que le dará origen a la llamada jurisdicción popular, que se mantiene vigente hasta nuestros días a través

del llamado jurado de conciencia –*conformado exclusivamente por jueces en conciencia*- o también a través de los jurados escabinos, - *conformado de manera mixta por juez en conciencia y en derecho*-. Dicha institución implicaba el ejercicio del derecho de perdonar por parte del pueblo, y por ello, el primer indicio de soberanía popular (Mommsem, 1999).

Sobre el alcance de la *provocatio* se han esbozado diversas tesis, desde la que considera simple limitación a la *coercitio* del magistrado en cuanto impedía que pudiese ordenar la muerte o fustigar a un ciudadano sin un regular proceso, hasta la que ve en ella todo un trámite con tres reuniones del pueblo donde se aportaban por parte del magistrado acusador y se desarrollaba la defensa para llegar finalmente a una votación (Espitia, 2003: 3).

Bajo este esquema, en concepto de Valderrama (2016) la verdad procesal no era la que por *cognitio* quisiera imponer el magistrado, sin aquella que al constituirse procesalmente en mejores fundamentos resultaba acogida por el Juez.

1.1.2. Los comicios y la quaestio, accusatio o indicium publicum.

La intervención del pueblo (*provocatio ad populum*), parece haberse dado desde la época de la Monarquía, pues las determinaciones en materia de *perdulio* por *duoviri perduellionis*, podían ser objeto de recurso ante el pueblo por medio del *provoco* (Liv. 1.26.08) pero la posibilidad general de acudir a los comicios en caso de crímenes que llevase aparejada condena capital fue establecida por una Ley Valeria (509 a.c.) (Espitia, 2019: 263)

En el periodo de la República se presentaron grandes transformaciones en el juzgamiento, jugando un papel fundamental las tres leyes Valeria, a través de las cuales se fue renovando el derecho del ciudadano de provocar la intervención de una asamblea popular, permitiendo la consolidación de los comicios que fueron verdaderos tribunales populares que fueron remplazando los conformados por magistrados. Estas tres leyes datan del comienzo de la República e imponen la *provocatio ad populum*, fueron tres veces renovadas y confirmadas por el Código de las Doce tablas, las Leyes Porcias y la Ley de Cayo Graco (Helie, 1886: 27; Mayer, 2002: 276).

Por referencia a sus tribunales, se denominó a esta época bajo el título de Justicia centuria, por su tribunal más característico en materia penal: los comicios centuriales o centurias (Vélez: 25)

La asamblea del pueblo era convocada por tres vías distintas, los comicios curiales, los comicios centuriales y los comicios por tribus; los primeros integrados por patricios, los segundos por patricios y plebeyos y los últimos como lo enseña Mayer en los que los ciudadanos de más baja condición económica eran admitidos en un plano de igualdad, que entendían siempre en asuntos políticos (por ejemplo: el prevaricato de los magistrados) (Mayer, 1989: 38)

La *provocatio* era una institución reservada para los ciudadanos de la cual no hacían parte las mujeres, los extranjeros y las personas privadas de la libertad; no se puede perder de vista que la *cognitio* seguía practicándose por el magistrado, quien emplazaba al imputado, y llegando a dictar sentencia, pero una

vez proferida la misma, se garantizaba el derecho a convocar a las centurias que podían anular o no el fallo.

En las postrimerías de la república, se presenta un cambio fundamental en la medida que se produce una democratización del acto de administrar justicia, al pasar de las manos de un magistrado a los ciudadanos. En concepto de Mayer (1989: 39) el acto de administrar justicia se traslada de las manos del magistrado a las del ciudadano para convertir su ejercicio en popular y un nuevo procedimiento, regulado por ley, reemplaza el arbitrio –estatal o popular- por un sistema normativo.

De hecho, con la evolución de la institución, se dio un paso en lo relativo a las limitaciones de los derechos de los magistrados, pues se privó a estos de una vez para siempre de las facultades de instruir las causas, trasladándolas a un representante de la comunidad que no fuese magistrado (Mommsen, 1999: 227).

Este cambio implicó la institucionalización de los jurados, los cuales tuvieron un gran desarrollo en la medida en que se hizo necesario delegar el poder de administrar justicia en las asambleas dado que el cúmulo de asuntos que se tenían que decidir. El tribunal de jurados fue confiado, en principio, a la presidencia de un magistrado portador del *imperium*, el pretor, pero él podía delegar en uno de los jurados, llamado *quaesitor*, la dirección del *collegium*, invistiéndolo del *imperium* imprescindible para el caso. (Mayer, 1989: 39)

Jurados que eran convocados y del cual hacía parte personas que debían tener ciertas condiciones especiales, es decir, teniendo en cuenta su edad, condición social, política y económica, buscando con ello garantizar la mayor

probidad en sus miembros, el cual estimo que era mucho más riguroso que el proceso de selección que se tenía en Colombia, en la época en que funcionó el jurado de conciencia.

Los Tribunales se conformaban por dos vías distintas, *per editionem* y *per sortitionem*. La *editio*, se conformaba por un número igual de jurados al doble de los necesarios para integral el jurado, pudiendo el acusado eliminar la mitad (*reiectio*) institución de la cual se deriva la audiencia de exclusión de jurados que hoy existe en el sistema acusatorio norteamericano, pero con la particularidad que la exclusión la hace por partes iguales entre fiscalía y defensa. El otro sistema como lo explica Mayer (1989: 40) era la *sortitio* de la lista de *judices* (sorteo), método menos sospechoso de parcialidad que terminó por imponerse, y sobre cuyo resultado ambas partes ejercían su derecho de recusar, fue la otra de las formas para constituir el tribunal. Una *subsortitio* fue útil y no tan solo para completar el número necesario de jurados después de la recusación de las partes, sino también para el caso de incapacidad posterior a la constitución definitiva del tribunal.

La importancia de la figura del jurado, era de tal entidad, que constituía una carga de obligatorio cumplimiento, ello refleja como el sistema y la importancia del acto de administrar justicia hacia parte del sentimiento de la sociedad. Igualmente, la persecución penal pasó de manos de los magistrados a la ciudadanía, constituyéndose en un sistema en virtud del cual, cualquier ciudadano podía ejercer la acusación, pero naturalmente en aquellos casos donde un comportamiento no encontraba eco en la sociedad. El mismo podía quedar en el

marco de la impunidad, en la medida que sin acusación por parte del pueblo no se podía juzgar esta conducta.

No cualquiera podía ejercer las funciones de acusador, necesariamente debía ser ciudadano romano, y como lo señala Mayer (1989: 41-42), quedando excluidos de esta posibilidad, la mujer, y, por razones de falta de capacidad, los menores, el hijo de familia y aquel ciudadano que hubiera perdido la facultad por estar pendiente una acusación en su contra, por desempeñar la función del magistrado o por habersele impuesto como pena por delitos cometidos en el ejercicio de la función del acusador.

Esa facultad de acusación, que se ejercía de manera directa, por parte del ciudadano romano, es similar a la figura del acusador privado que se incorporó en el sistema colombiano, en donde se busca incluir frente a las contravenciones que la acción penal deje de ser pública y se pueda convertir en privada, caso en el cual la fiscalía le entregará todos los elementos que tenga en su poder a la víctima, quien a través de su abogado actuara como acusador privado, la diferencia frente a la acusación que hacia el ciudadano romano, es que no lo podía hacer la víctima de manera directa.

Acusación que además tenía controles porque debía ser admitida, y para ello se tenía que realizar una petición (*postulatio petitio*) en ese sentido ante el Pretor, debiendo especificar cuál era la acción que iba a ejercer e identificando a la persona que sería materia de acusación. El magistrado determinaba si admitía o no la acusación, después de estudiarla; antecedente de lo que es un control

material de la acusación que es propio de los sistemas de Corte Acusatorio y que tanta falta le hace al sistema procesal Colombiano.

El acusado tenía facultades de investigación pudiendo obtener los elementos que servirían de fundamento a la misma, como se le dan también al acusador privado que se incorporó en Colombia. El ungido como acusador practicaba la instrucción (antigua anquisitio) sobre la base de una autorización legal o por comisión del magistrado, facultad que comprendía los poderes necesarios para requerir los testimonios, secuestrar cosas, realizar actos de comprobación, etc. El plazo para concluir esta investigación lo fijaba el magistrado, de común acuerdo con el acusador, teniendo en cuenta la naturaleza, proporción y circunstancia del asunto; su término final coincidía con el comienzo del debate (dei dictio); al parecer, el imputado no intervenía para discutir el emplazamiento. (Mayer,1989: 42).

El acusador debía presentar la prueba, previo al juicio, lo cual es claramente un acto de descubrimiento propio de los sistemas de naturaleza acusatorio, acusador que además no tenía facultades de apelación de la sentencia, esta decisión impedía que otro acusador en representación de la sociedad, intentase llevar nuevamente a juicio dicha causa, ello implica que además el acto de dicho acusador fuese muy responsable, porque si se demostraba que la acusación, era una falsa imputación, podía ser perseguido penalmente por el delito de calumnia, quien además podía ser igualmente acusado si desistía infundadamente de la acusación o cuando de manera dolosa

realizaba una acusación que buscara favor al acusado para por esta vía garantizar un fallo absolutorio.

A manera de reflexión y frente a la realidad colombiana, resulta interesante que se tenga en cuenta ello, para llamar la atención frente a algunas acusaciones que pueden ser realizadas hoy de manera francamente irresponsable y donde quien las realiza no se pone a pensar en las consecuencias que este hecho puede generar.

En el caso concreto de que el acusador desistiese, debía ser justificado, porque si ello no era así y como lo explica Mayer (1989: 43), se incurría en *tergiversatio*. Sin embargo, el acusado, a quien se le ha comunicado el abandono, podía no aceptarlo y requerir la prosecución del procedimiento hasta la sentencia definitiva, la que, de ser absolutoria, le permitía intentar la calumnia; en caso contrario, la *abolitio privata*, se perfeccionaba, a pesar de que ello no impedía que otro ciudadano ejerciera posteriormente la misma pretensión; no era posible la repetición por el mismo acusador que habría desistido.

La característica fundamental del sistema acusatorio Romano, fue la *iudicium publicum, quaestio o accusatio*, que conlleva además que, después de ella, se realizaba un juicio público ante un juez que como órgano independiente del acusador determinaba si la acusación había logrado desvirtuar la presunción de inocencia que acompañaba necesariamente al acusado.

En el Derecho Romano, el principio de congruencia tiene sus antecedentes desde el sistema formulario hasta el extraordinario. En Justiniano, se entendía desde las Institutas en las que se encontraba que “*si el demandante, en la intentio,*

comprendía más de lo que era debido, caía la causa, es decir perdía la cosa y era difícil que el pretor se la restituye a menos que fuera menor de veintiocho años” (Martínez, 2012: 23).

Esto permite señalar que el concepto de congruencia arranca inicialmente en el marco de los pleitos de naturaleza civil y de allí se lleva al campo penal y como lo señala Valderrama, no se pierde de vista que fueron muchos los delitos tramitados por la vía del procedimiento civil, así que muchas de las causas que fueron tramitadas por la ruta del proceso penal, ya habían transido la vía del proceso civil (2016: 165). El juez solía utilizar una fórmula magistral: “Si la *intentio del actor no está justificada*, debía absolver al demandado *si paret condemna; si nono paret absolve”* (D’Onofrio, 1945: 90). Entonces se afirmaba como consecuencia que el Juez estaba obligado a condenar al demandado, de lo contrario debía absolverlo. Por su parte, la *intentio* enunciaba la razón que el actor hacía valer en un juicio resultando fundamental, “*en ella se contenía la apreciación unilateral que hacía el actor del punto litigioso; apreciación que sería objeto de la declaración del juez que podía ser aprobada o rechazada por este*” (Martínez, 2012: 124 citado por Valderrama 2016: 163)

En materia de congruencia entre acusación y sentencia, entendida la misma como el respeto que la sentencia debe tener al contenido de la acusación y en donde el juez deberá dictar la misma acorde con la acusación presentada fue la época de la República, la que muestra un sistema bajo el respeto a los principios acusatorio y adversativo y que se van a reflejar en la relación que tiene que existir entre el acto de acusación y el del sentenciador quien no podrá inmiscuirse en el

primero de ninguna manera, jugando un papel fundamental la *provocatio ad populum* y las *quaestiones perpetuae*.

La acusación era en si fuente de una obligación en el sentido del derecho civil, donde el acusador era el deudor, y se extinguía de dos únicas formas, probando la acusación o con la muerte del acusador (Justiniano, 1988, D.48, 2,3 Paulo). De hecho la demostración de la acusación funcionaba como condición perentoria que extinguía definitivamente la obligación y con ello su exigibilidad (Moya, 2016: 271), pero además no probar la acusación podía implicar que el acusador incurriese en el delito de injuria. Así Justiniano en sus Instituciones, en el libro Cuarto, titulo primero, que se refiere a las obligaciones que nacen del delito al referirse a la injuria afirma:

“De Injuriis.

Generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit. Specialiter, aliar contumelia quae a contemnendo dicta est, quam Greciapellant; alia culpa, quam Graeci dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injurioe accipitur, alias iniquitas est injusticia, quam Greci voocant. Cum enim praetor vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur”.

Como lo señala Justiniano, la injuria en su acepción general significa todo acto contrario a derecho y en un sentido especial, quiere decir ultraje, que viene de ultrajar, entre los griegos; ya culpa, en griego, como en la Ley Aquilia, cuando se dice perjuicio causa injuria. Otras veces, en fin, se toma en el sentido de iniquidad e injusticia, que los griegos llaman. En efecto, se dice de aquel contra

quien el Pretor o el Juez han pronunciado una sentencia injusta, que ha sufrido injuria (Justiniano, 1964: 303) y en palabras de Momsem (1999: 228), al acusador que abusara o hiciera mal uso de interponer acción se le castigaba, lo mismo que de largo tiempo antes venía aconteciendo en los casos en que se entablase acción privada calumniosa, es decir, quien acusaba podía verse abocado a su vez a un proceso penal por injuria, lo que en el fondo se constituye en un acto de control al acto de acusación, pero no solo podía serlo investigado por este delito sino por el de prevaricación.

Pero además la seriedad de la acusación era de tal entidad que el acusador no tenía posibilidad de cambiar la misma, cuando estimase que se había equivocado, descartando posibilidades como las que vemos en nuestros países, donde se permiten hacer modificaciones a la acusación, como lo explica Moya (2016) al referirse al texto de Modestino, (Justiniano, 1998, D: 48,5,36 (35) Modestino) cuando señala que este "(...) permite concluir que si había error en el escrito de acusación, podían presentarse dos situaciones probables e irreconciliables; en primer lugar, que el término procesal hiciese imposible la modificación. En segundo lugar que el error pudiese enmendarse antes de la producción de la sentencia precisamente porque no se había producido y había el tiempo para proceder. Siendo estas dos las únicas opciones, no puede menos que concluirse en que la acusación vinculaba en su propios términos al sentenciador, lo cual no podría tener sentido sino a condición que se entendiera que el Juez estaba muy limitado siéndole imposible modificarles, es decir cuánto podía era acogerla o rechazarla sobre el presupuesto de la demostración de su imputación

(...) (Moya, 2012: 48-49), pero además esa garantía de absoluta imparcialidad igualmente se reflejaba en que el juez no participaba en la práctica de las pruebas.

La acusación vinculaba en sus términos de manera grave y trascendental al acusador. De ahí que la importancia que adquiere respecto de la congruencia es la inquietud que en su momento planteó Marciano en el sentido *“de si el hecho de no poder demostrar la acusación conllevaba señalamiento de calumnia contra el denunciante y, con ello, la pena prevista en las leyes que en su momento fueron pronunciadas y que castigaba a los calumniadores”*(Cuena, 1998: 134 citado por Valderrama 2016: 169)

Por otra parte y como lo observa Moya (2016, en el mismo sentido Valderrama 2016: 169) las fuentes no revelan la opción *iura novit curia*, en virtud del cual fuese el juez el que finalmente determinase la norma aplicable al caso, involucrándose por esta vía en la acusación, lo cual además resultaba imposible dado que se trataba de un juez en conciencia.

Según Marciano el acusador sufría los efectos previstos en la Lex Remnia, si al arbitrio del juez hubo intención calumniosa(...) una vez que sale absuelto el reo (...) Lo cual se declara en los mismos términos de la sentencia, pues si hubiera fallado diciendo *“no has probado el hecho”*, le ha absuelto mas dijo si has calumniado, lo has condenado (Justiniano, 1988 D: 48,16,1,Marciano) citado por Moya (2016: 272)

Además era claro que el juez no tenía camino distinto que determinar si la acusación se probó o no, y si esto último no ocurrió no tenía posibilidad distinta que la de absolver, con lo que queda claro el carácter acusatorio del proceso, sin

que el juez se pudiese inmiscuir en el marco de la acusación, siendo obligación que se demostrase la acusación para poder condenar.

Entre la acusación y el juicio se debía realizar el sorteo de jurados de conciencia, porque su participación era fundamental dado el carácter público del proceso, y posteriormente si se citaba al debate (*dei dictio*), juicio que implicaba una verdadera contradicción entre las partes –acusación y defensa-. Dicha audiencia iniciaba con la exposición de acusador, quien tenía la obligación de exponer el hecho que mutaba señalando las circunstancias y lo calificaba, y a renglón seguido venía la exposición del acusado. Esto es, lo que en el sistema nuestro denominamos presentación de la Teoría del caso.

Posteriormente ya se desarrollaba la etapa probatoria, que como lo enseña Mayer (1989: 45-46), comenzaba por los documentos, prosiguiendo con los interrogatorios de los testigos y después con la tortura (*quaestion*), como modo de obtener la verdad, sin reparar en motivos de humanidad o relativos a la dignidad humana; por ltimo comparecían los laudatores, amigos y protectores del acusado que solo deponían a su favor, exponiendo los hechos principales de su vida y dando fe de su probidad, virtud y servicios a la República.

Una característica que le fue dando un marco mucho más garantista al proceso al implementarse el sistema de juicios, era que la prueba perdió el carácter mítico subjetivo, en la medida en que no podía valorarse la misma con fundamento en creencias de carácter religioso, evitando que se determinara que a través de una de ellas, la divinidad había establecido quien, tenía razón en el juicio, es decir se fueron estableciendo de una u otra forma, criterios de carácter

objetivo y hasta cierto punto científico en ese proceso de valoración. Como lo explica Mayer (1989: 46), se valoraban los medios de prueba según la íntima convicción de los jueces, que expresaba en la votación, como corresponde a todo tribunal de jurados.

Una característica típicamente acusatoria radicaba en que tanto el Juez que presidía como los miembros del jurado, era claramente unos árbitros que observaban la práctica de la prueba y después de ello determinaban la responsabilidad. A los miembros del jurado se le entregaban tres tablillas una con la letra A, que significaba absolución, una con la letra C que significaba Condena y una con la letra NL (non liquet), que implicaba que se debía realizar un nuevo proceso, con un nuevo debate. El presidente sumaba los votos, para determinar si existía una mayoría para absolver o para condenar, si se presentase un empate, este debería ser favorable para el acusado.

Sistema que tenía una característica fundamental, la absoluta excepcionalidad de la privación de la libertad mientras, no existiera una sentencia condenatoria, ya que solo sería privado de la libertad previamente si confesaba ante el Pretor, por ello como ilustra Mayer (1989: 46), el procesado podía ser privado de su libertad por el pretor hasta su juzgamiento público pero solo cuando, al comparecer ante él, confesaba su crimen; en los demás casos procedía siempre su libertad caucionada y la caución estaba siempre representada por otra persona, a cuya guarda se le confiaba, quien sufría una pena pecuniaria si no cumplía con el cuidado debido de su obligación y una pena más severa en caso de dolo.

1.1.3. La *cognitio extra ordinem*.

Durante la época del Imperio, como la fuente de la soberanía no radicaba ya en el pueblo sino en el emperador, este varía la residencia de las funciones estatales. No obstante ello, la figura de la *accusatio* se mantuvo y por el contrario y como lo señala Mayer se introdujo lentamente en la vida del Imperio, por medio de leyes extraordinarias para delitos específicos, característica que determinó, en parte, su denominación, *cognitio extra ordinem*. (1989: 48), pero como la soberanía ya no residía en el pueblo sino en el emperador la función de perseguir penalmente paso a funcionarios del Estado. De hecho el principio acusatorio y el de oficialidad comenzaron a coexistir de manera que el proceso podía iniciarse tanto a instancia de un particular (*accusatio*) como de oficio (*cognitio*) (Ambos, 2009: 10).

Como lo explica Mommsen (1999), desde el punto de vista legal continuo manteniéndose el principio de que para el procedimiento ordinario era preciso que hubiese un acusador voluntario; pero de hecho lo que aconteció fue que comenzó a considerarse tal procedimiento como cosa propia y exclusiva del magistrado y a poco a poco, este criterio es el que vino a prevalecer (p: 230), naturalmente con ello se fue rompiendo la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento, lo que en materia de congruencia implicó, que el juez quedaba con facultades *iura novit curia*, lo cual se ve claramente en la institución de la *cognitio extra ordinem*

Como lo reseña Manzini (1951: 8), los poderes del magistrado fueron invadiendo cada vez más la esfera de las atribuciones ya reservadas al acusador privado, al extremo de que se llegó a una época en que se reunieron en el mismo órgano del Estado (magistrado) las funciones que competen al ministerio público y al juez. El magistrado podía proceder (de oficio) aun sin una acusación formal y hacer por si mismo la instrucción y pronunciar la sentencia, absolviendo o aplicando penas públicas.

La *cognitio extra ordinem*, que conllevó que en el mismo funcionario recaían las facultades de requerir y de decidir, proceso básicamente escritural y secreto, donde podía existir un proceso con encarcelamiento preventivo, aunque nunca se podía juzgar en contumacia y siempre se debía garantizar la presencia del defensor; finalmente en el proceso de valoración probatoria, se debía tener en cuenta la certeza moral del juez, lo que implicaba que se tenía en cuenta el criterio personal de quien dictaba el fallo, es decir fue una institución de raigambre inquisitiva y es por ello que en palabras de Giuseppe (1976), mientras en las *quaestiones* regia el sistema acusatorio, la *cognitio* estaba regida por el principio inquisitivo: de un lado la acusación promovida por cualquier ciudadano, excluye las mujeres y los imputados; de otro, la investigación de los funcionarios a través de los órganos de policía de que dispone (p: 168) [en el mismo sentido obsérvese a Sciajola, 1954: 112-113 y Brasiello. 1973: 194-196; Moya, 2016: 271] al mostrar que esta institución fusionó las funciones antes separadas de acusar y juzgar, incorporó la reserva, la práctica de pruebas a instancias del juez, su carácter de técnico del derecho destacado por sus facultades.

Cognitio extra ordinem en la que el emperador tiene el más absoluto poder jurisdiccional, tiene potestad de avocar, reclamando el conocimiento de cualquier hecho delictivo, incluso el asumido por una *quaestio* concreta sustrayéndose el conocimiento del hecho al juez ordinario (Trillo, 2008 pp:37) jurisdicción que incluye la competencia para conocer en apelación de todas las sentencias pronunciadas tanto dentro como fuera de la península itálica por magistrados y funcionarios subordinados a él, sin importar el caso litigioso (Valderrama, 2016:168)

En este punto es claro que en materia de congruencia se pasa de una regulada por el principio acusatorio en donde las funciones de acusación y juzgamiento recaen actores distintos, esto es plena época de la República, bajo la égida de la figura de la *provocatio ad populum*, a una regida bajo el principio *iura novit curia*, en la que las facultades de acusación y juzgamiento se confunden, en donde la institución de la *cognitio extraordinaria* adquirió plena vigencia.

Pero es más la base del procedimiento extraordinario del que hablan las fuentes jurídicas, o sea la cognición penal, cuyo criterio y norma directriz era el dar facultades al magistrado para sustanciar el procedimiento sin que mediara acusación formal, al revés de lo que sucedía cuando estaba legalmente obligado a admitir las acciones que se interpusieron ante él y sobre todo, el darle facultades para otorgar a los denunciantes la protección jurídica que pedían, a pesar de que no estuviera prescrita legalmente (Mommsen 1999: 230) ratifica estas facultades *iura novit curia*, al terminar mezclando las funciones de acusación y juzgamiento, lo que incluso se hará más evidente en ciertos procesos donde se prescindió de

las figuras del jurado, como ocurrió en el procedimiento penal ante los delegados del emperador.

El procedimiento de carácter acusatorio no era obligatorio y no se permitía ejercer frente a ciertos individuos o solo de manera muy excepcional, (Mommsem 1992: 231-232) en los siguientes casos:

1. Cuando se trataba de delitos cometidos por individuos no libres, caso en el cual se podía optar por el procedimiento de oficio, sin hacer uso de la acusación.
2. Los delitos de los no ciudadanos, especialmente en los procesos que se adelantaban ante los Tribunales de los gobernadores de las provincias
3. En los casos en que se permitía la denuncia a las mujeres
4. Cuando el hecho era considerado como simple delito privado, o que no estuviera previsto de ningún modo en dicho sistema, se le imponía una pena pública, se verificaba regularmente por la cognición, de modo que toda acusación era estimada como una denuncia.
5. En los casos de persecución de sujetos peligrosos y delincuentes llevados a cabo por las autoridades de la ciudad o del reino, ni tampoco en los casos de denuncias de delitos hechos de oficio por los subalternos o por las autoridades del orden inferior
6. Los delitos de lesa majestad, la falsificación de moneda, ciertas faltas religiosas, el homicidio alevoso, y en ciertas circunstancias el

homicidio en general, la magia, la coacción, el incesto, el rapto, el comercio carnal de una mujer con su esclavo, las falsedades, la usura de grano y el libelo difamatorio (Mommsen 1999 pp:232)

Desde la época de Augusto, el poder jurisdiccional recayó en manos de magistrados y comicios y además el emperador empezó también a cumplir funciones jurisdiccionales, frente a los hechos que fuese considerados graves, para lo cual como lo explica Mayer (1989 pp: 48) el emperador juzgaba y solo se rodeada de su consejo (*sacrum consistorium*) o tribunal áulico, constituido por senadores, juristas y jefes militares.

No obstante ello, la gran cantidad de asuntos que se tramitaban penalmente exigió la creación de Tribunales inferiores, lo que unido a la pérdida de fuerza del jurado de conciencia en la medida que quienes integraban las listas, en algunos casos se excusaban para cumplir esta función, le fue quitando fuerza al papel del pueblo en la administración de justicia.

Igualmente el Pretor fue perdiendo importancia al punto que finalmente fue remplazado por el *praefectus urbi* y el *praefectus vigilum*, que se constituyeron en delegados del Emperador en el acto de administrar justicia, cuyas decisiones podían ser apeladas ante el Emperador, lo que permite observar que por esta vía se garantizaba que la última decisión en materia judicial la tuviese este, tal como ocurrió en épocas posteriores como en Francia cuando en la Edad Media se crearon figuras como los Edictos de San Luis, las Cartas de cancillería, las Suplicaciones y el Consejo del Rey que son antecedentes del recurso

extraordinario de casación y que garantizaban que por esta vía cualquier decisión que pudiese afectar al Rey fuese finalmente revisada por este. (Solórzano, 2018: 51; Torres, y Puyana, 1989: 18)

No obstante lo anterior, todos estos tribunales, en razón de la magna autoridad que ejercían o de la que dependían, no necesitaba sujetarse a normas legales de procedimiento, por lo que *la cognitio* revivió, desplazando todo el edificio procesal tan bien construido por la *accusatio*. (Mayer 1989: 48-49).

Finalmente el régimen de persecución penal de carácter acusatorio que se había establecido en la República, se fue socavando porque cada vez se presentaban mayor cantidad de acusaciones infundadas, lo que como explica Mayer agravó el peligro latente del sistema, que dependía totalmente de la voluntad de los mismos individuos a quienes regía, pues la reacción contra el abuso, las consecuencias graves que el ejercicio del poder de acusar podía provocar, al traer aparejado el temor de perseguir penalmente, torno cada vez más rara su concreción por parte de ciudadanos responsables. Aquí se observa de nuevo la desestabilización del sistema y la pérdida de derechos ciudadanos, cuya conquista había sido difícil, por la desaparición de las virtudes republicanas. (Mayer 1989: 49).

Esto se hizo aún más complejo cuando aparecieron funcionarios oficiales, que velaban por la seguridad pública, que además perseguían por los delitos que cayeran bajo su conocimiento, constituyéndose ello en un camino seguro hacia la implementación de un sistema de naturaleza inquisitivo. Ejemplo de estos funcionarios oficiales, encargados de averiguar y perseguir penalmente, fueron los

agentes in rebús de la época de Diocleciano, cuerpo directamente dependiendo del Emperador dentro del cual se alineaban los *stationarii*, en la ciudad de Roma, y los *curiosi*, en provincia, quienes comunicaban al magistrado todos los delitos que cayeron bajo su conocimiento. (Mayer, 1989: 50) o como lo señala Ricardo Levene en la época del Imperio el procedimiento pasa a ser Inquisitivo y secreto y la investigación queda a cargo de los “curiosi”, “stationari”. En los “delicta privata” solo puede ejercer la acusación el ofendido, y en los demás hechos del denunciante debe asumir la función del acusador, responsabilizándose así de su imputación. Además, se podía aplicar el tormento al acusado y aun a los testigos. Los poderes del juez fueron cada vez mayores invadieron los del acusador privado, pudiendo proceder de oficio. (Levene, 1993: 30; Manzini, 1951: 8)

De acuerdo con Rofredus, el derecho Justiniano (calificado así por el emperador Justiniano I, aprox del 482 al 565) ya preveía una investigación y juzgamiento de oficio para determinar delitos sin necesidad de acusador particular, lo que muestra en palabras de Biener, la existencia de un proceso inquisitivo. (Bienner citado por Ambos, 2009: 10)

Si bien el proceso siguió manteniendo las características de que el enjuiciamiento penal implicaba un debate oral y público, cada vez fue más inquisitivo en la medida que los actos procesales se documentaban por escrito, se establecieron actos de naturaleza secreta, siendo la instrucción de carácter escrito y secreto y además las decisiones podían ser recurridas ante quien había delegado el poder de administrar justicia.

Igualmente se llegó a la utilización de la tortura, especialmente en crímenes considerados atroces como los de traición contra el emperador, o en los casos de delitos cometidos por esclavos y en relación con las personas humildes las cuales eran torturadas con regularidad especialmente hacia finales de la época del imperio.

For example, torture could be used in particularly heinous crimes like treason against the emperor. Although citizens and children below the age of twelve could not normally be tortured, slaves could be tortured for a variety of reasons. Persons of humble status seem to have been tortured with some regularity in the later empire. Torture could not normally be used to extract testimony from witnesses in civil offenses. In general the same procedural norms were used for both criminal and civil trials in the late Roman Empire. (Pennington: 2004)¹

1.2. Sistema Procesal en la Edad Media.

La Edad Media, como período histórico se ubica entre los siglos V a XV, teniéndose como punto de inicio de la misma, la caída del Imperio Romano, hacia el año 476 (Herrin J 2010 p: 25 y Gómez, C 2012 p. 12) y su finalización con el

¹ Traducción libre del autor. Por ejemplo, la tortura podría usarse en crímenes particularmente atroces como la traición contra el emperador. Aunque los ciudadanos y los niños menores de doce años normalmente no pueden ser torturados, los esclavos pueden ser torturados por una variedad de razones. Las personas de estatus humilde parecen haber sido torturadas con cierta regularidad en el imperio posterior. La tortura no se puede utilizar normalmente para extraer testimonio de testigos en delitos civiles. En general, se utilizaron las mismas normas procesales para los juicios penales y civiles en el Imperio romano tardío. (Pennington 2004)

descubrimiento de América (1492), o con la caída del Imperio Bizantino en 1453. Periodo que se dividen en la Alta Edad Media y la Baja Edad Media, la primera que se ubica en los siglos V a X y la segunda del Siglo XI a XV, la cual debió ser eterna para quienes la vivieron (Gómez, C 2012: 11), y caracterizada por la influencia de la Iglesia Católica, al punto que “ después del 313, las cosas cambiaron de una manera radical: el cristianismo se convirtió en la única religión lícita y las autoridades prestaban apoyo a todos sus dictados” (Suarez, L 2003, citado por Gómez, C),y que en palabras de Simon Dubnov, a partir de Constantino, la iglesia “ se alió íntimamente con la monarquía militar, y en lugar de fundar el *reino de los cielos sobre la tierra* se entrometió por completo en las cosas terrenas. La fuerza del Estado y la de la Iglesia hasta hace poco perseguida, pero ahora triunfante, se unieron para tener a los hombres bajo su dominio en cuerpo y alma” (Keller, 1985: 160-161).

El poder de la Iglesia fue de tal entidad que por obra de Teodosio, la religión cristiana excluyo todas las demás, adquiriendo la calidad de religión de Estado, y el deber de asistirla contra los heréticos y paganos (Gómez, 2012: 37) y trayendo como efecto que se suprimió el paganismo y el arrianismo (Asimov, 2000: 39), al punto que para el Siglo V existían “*más de cien normas activas contra la herejía y los herejes*” (Johnson, 2004: 123) pero además porque la iglesia era una organización que extendía sobre todo el mundo cristiano. Y era más poderosa, más extensa, más antigua y continua que cualquier corona (Huberman, 1936: 19), llegando a ser considerada el mayor terrateniente de la época feudal.

Según Maier (2002: 268), la primera parte del alta de edad media se caracterizó por dos cambios notorios en materia del procedimiento penal: En primer lugar, el incremento del poder político de las comunidades locales generó un cambio en la organización jurisdiccional; y por otra parte, la jurisdicción eclesiástica empezó a ganar cada vez más relevancia y poder debido a la división cada vez más notoria entre el poder político y el poder religioso. Aunque durante los siglos XI y XII no hubo ningún procedimiento que fuera específico en materia penal y en concepto de Pennington (2004), el procedimiento germánico de los Juicios de Dios se aplicó en toda Europa; igualmente a inicio de la edad media las disputas se resolvían a través de procedimiento rudimentarios en los que se practicaban pruebas orales y escritas.

In the period before the revival of Roman law in Italy during the late eleventh and twelfth centuries, there was no procedure that was specifically criminal. In the early Middle Ages Germanic procedure of the ordeal (*iudicium Dei*, judgment of God) was used throughout Europe. (Pennington, k 2004)²

En el derecho germánico (Siglos V a IX), regía el principio clásico del modelo acusatorio *nemo iudex sine actore* (Sin acusador no abra juez) (Sellert 1978) (Ambos, 2009)

Rasgos del procedimiento inquisitivo surgieron durante los siglos inmediatos a la caída del Imperio Romano de Occidente, entre los Visigodos, Ostrogodos,

² Traducción libre del autor. En el período anterior a la reactivación de la ley romana en Italia a finales del siglo XI y XII, no hubo ningún procedimiento específicamente criminal. A principios de la Edad Media, el procedimiento germánico de la prueba (*iudicium Dei*, juicio de Dios) se usó en toda Europa. (Pennington, k 2004)

Lombardos y Carolingios, aunque desaparece en los primeros siglos del medievo como consecuencia del carácter que presenta el Derecho Penal y por la diversidad jurídica de señoríos, feudos y municipios que originaron una pluralidad de poderes. Posteriormente volvió a renacer, al introducir la pesquisa como medio de prueba, llegando a su plenitud en los derechos europeos de la tardía edad media y comienzos de la edad moderna (Ruiz-Funez, 1962: 483, Esmein, 1882: 66, Salvioli, 1925: 351,356, Torres López, 1927: 483-498)

Pesquisa, que era un procedimiento para indagar la verdad de unos hechos y sus autores, a partir del cual la autoridad judicial dictaba su sentencia, y que en los países itálicos aparece con la recepción romano-germánica (Siglos XIII y XIV) (Salvioli, 1925: 336-369, Ruiz-Funez, 1962: 485). En Alemania el procedimiento inquisitivo se presenta a partir del siglo XVI, con la nueva ordenanza de Carlos V (1532), colección conocida con el nombre de *La Carolina* y cuyo procedimiento tiene su origen en la recepción del Derecho Canónico (Ruiz- Funez, 1962: 488, Webber, 1958: 279-291; Schmidt, 1951)

Para Schmidt (1951), el proceso acusatorio, evolucionó a partir del proceso germánico, estando vigente a lo largo de la Edad Media para la resolución de las acusaciones relativas a ilícitos, siendo un proceso que se inicia a instancia del ofendido mediante la formulación de una acusación (Klage) y en el que no se busca la verdad material ni se investigan los hechos para extraer de los mismos un juicio fáctico definitivo. El objeto de la prueba se centra fundamentalmente en la cuestión jurídica relativa a la culpabilidad o inocencia y la prueba se presenta unilateralmente por la parte que se encuentra más próxima al elemento de prueba.

Ein anklageverfahren ist zunächst der aus dem germanischen Verfahren erwachsene Prozess, der für klagen um Ungerichte sich während des ganzen Mitelalters erhalten hat. Es ist jenes Verfahren, das in der Regel vom Verletzten oder einem Sippegenossen durch Klage eingeleitet wird, in dem nicht nach der materiellen Wahrheit geforscht, nicht alle Einzelzüge eines Sachverhalts ermittelt werden, um daraus ein geschlossenes Tatbild zu gewinnen, in dem vielmehr die Rechtsfrage schuldig oder unschuldig den Gegenstand eines formalen Beweisverfahrens mit nur einseitiger Beweisführung desjenigen ausmacht, der zum Beweis näher ist (Schmidt, 1941: 99 citado por Ambos, 2009: 12)³

Las principales modificaciones de la época son:

“...la labor judicial se trasladó de los espacios abiertos (plazas o foros) a lugares cerrados (Ratahuser o Thinghauser), aun sin perder el procedimiento su característica publicidad, pues no sólo integraba el público a la sala de la audiencia, sino que puertas y ventanas permanecían abiertas.” (Maier: 268)

Al parecer, la acción privada era el principal instrumento que tenían las personas para iniciar la persecución penal, pero por otra parte: “...continuó el desarrollo de la persecución oficial para las infracciones más graves, con intervención directa del juez, ya por censura de los Rugegeschworene, según

³ Traducción Libre del autor. Inicialmente, una acusación formal es el proceso que se ha eliminado del procedimiento germánico y se ha conservado para quejas sobre mala conducta a lo largo de la edad media. Es el procedimiento que generalmente inicia la persona lesionada o un miembro de la familia mediante una demanda, en el que no se determinan todos los detalles de una situación, para no investigar la verdad material, para obtener una imagen cerrada del crimen, en el que la cuestión legal es más bien culpable o identifica inocentemente el tema de un procedimiento de evidencia formal con evidencia unilateral de quien está más cerca de Breweis (Schmidt, 1941: 99 citado por Ambos, 2009: 12)

explicamos, comparecencia forzada en los casos en flagrante o confesión de culpabilidad del autor”. (Maier, 2002: 268).

De otro lado, (Maier 2002: 268) debido a que los actos eran exageradamente formales, se vio la necesidad de crear un patrocinante para las partes, los cuales eran personas que hablaban por ellas en su presencia, y donde la prueba, se entendía como un medio que permitía reconstruir los hechos en discusión.

La labor de juzgar siguió dividida entre el juez que dirigía y los escabinos que decidían, pero creció la influencia del primero, que en las postrimerías del período tomo parte también en la decisión, en conjunto con los escabinos, decidiéndose por mayoría de votos”. (Maier, 2002: 268)

En materia impugnación, se empezó a dejar de lado la práctica de duelo, y se enfocó el camino en la instauración de otra instancia en la cual: *“...el censurante era la parte perjudicada por la propuesta de sentencia y el censurado el juez que la propuso, llevándose a cabo un litigio intermedio para resolver si la sentencia propuesta por uno u otro era correcta”*. (Maier, 2002: 268).

Las fuentes del derecho penal español de la edad media, fueron tanto el derecho germánico, el derecho romano, como la misma iglesia. La influencia del derecho germánico en el derecho medieval español, se ve en las figuras de la pérdida de la paz y de la venganza privada, las cuales se encontraba en oposición directa con el derecho penal oficial del Estado. (Ángel-López, 1956: 338-339)

Estableciéndose el procedimiento inquisitivo para materias seculares, adoptado formalmente en la colección de Leyes conocida como *“Las siete*

partidas”, comúnmente atribuidas al trabajo del Rey Alfonso X, entre los años 1263 y 1265 (Duce y Riego, 2007: 40)

El procedimiento penal de la alta edad media tuvo como principales características: La venganza de sangre y la pérdida de la paz, institución que es influencia del derecho germano.

El daño, el cual es considerado como el elemento objetivo, desempeña una función de gran importancia para poder determinar el concepto de delito en los sistemas penales que habían sido desarrollados en esa época (Orlandis, 1947: 115)

La Iglesia influye en el Derecho penal de los pueblos germanizados, no es solo con las enseñanzas evangélicas y con el espíritu del Cristianismo, sirviendo de vehículo para el conocimiento y aplicación del Derecho mosaico y, en general, del contenido en el Antiguo Testamento, que por ser fuentes reveladas por Dios forman una unidad con el Derecho eclesiástico de la época; finalmente del Derecho Romano se tomó la formación de un sistema de penas gobernado por la autoridad pública y en el que tienen el primer lugar las penas aflictivas”. (Amira, citado por Minguíjon, 1927; Hinojosa S.F; Ángel, 1956: 343).

Para dominar las costumbres bárbaras, la iglesia acude a sus enseñanzas, igualmente estableció el asilo para quien se acoge a él sustrayéndose de la venganza de los enemigos y logró la eliminación de las ordalías a través del Código de Huesca de 1247.

“Ad honorem eius qui dixit, non tentabis dominum Deum tuum, candetis ferri iudicium nec non et aquae ferventis et similia, penitus in omni casu, et quolibet abolemus” (Pertile, 1892: 29)

En el derecho penal de la Baja Edad Media se distinguen los dos elementos que la caracterizan.

1. *El sistema de la venganza y Composición.*

La venganza privada vuelve a aparecer en la baja edad media, aunque no tiene una gran amplitud en los fueros; siendo utilizado en mayor forma en los territorios de Castilla y Navarra, en la Corona de Aragón y en la región de Cataluña (Ángel, 1956: 344)

Las fuentes de Castilla y Navarra reconocen el derecho a la venganza privada en aquellos casos en que hubiera ocurrido un rapto y una violación (Fuero de castillas II 2,3 y Fuero General de Navarra IV, 3,7) siendo concedido el derecho al padre, hermano o al pariente más cercano de la mujer que hubiera sido “deshonrada” en su casa:

“puedela matar sin pena, si quisiere, e aquel que con ella fallare: e pueda matar al uno dellos, si quisiere, e dexar al otro” (Fuero Real IV, 7, 6)

Igualmente se establecía lo mismo en los casos de adulterio, y a través de una ordenanzas de Juan II, se reconoce el derecho de matar “al que fuere dado por enemigo” (Ordenanzas reales de Castilla VIII, 18,3, citadas por Ángel-López 1956: 344); en la zona de Cataluña se podía ejecutar la venganza de sangre en los delitos de enemistad privada, pero no en los casos de pérdida de la paz limitada; siendo una especie de castigo ejercido por la comunidad que era

ejecutado por el Estado, en ejercicio de su función punitiva, que se ejercía contra el ofensor, contra los parientes de este y aun contra los amigos” (Angel-Lopez, 1956: 345)

De este tipo de prácticas, se encuentra registro en documentos tales como el Código de Huesca, los textos de Fernando el Católico o incluso en los Fueros Latinos (Ángel, 1956: 345). Las formalidades de la venganza privada son las siguientes:

“El que se vengara sin avisar con las formalidades prescritas, cometería violación de paz y seria no solo homicida, sino bausator y proditor, sufriendo por tanto pena mucho más grave. Mientras que con esa admonición, (que viene a ser como el desafío de los fijosdalgo castellanos), ya no comete ese crimen de *bausía* y *traición*, pero siempre comete delito, y habrá de sufrir la correspondiente pena”. (Angel, 1956: 348)

Esta figura de la pérdida de la paz se siguió ejecutando durante todo el período de la Baja Edad Media en España, y se caracterizaba porque:

“...cualquier miembro de la comunidad (de la ciudad o del reino, según los casos) puede matar impunemente al privado de la paz, y sus bienes son confiscados o devastados. Los delitos que dan lugar a tan agravada situación los reduce Hinojosa, aparte de la violación y el rapto del Fuero Real., a los que consisten en la infracción de un deber determinado de fidelidad o en la desobediencia a la Autoridad judicial”. (Hinojosa citado por Ángel, 1956: 349)

2. *El sistema de la justicia oficial*

El derecho penal de estado también se manifestó en esa época, entrando en una lucha directa con el sistema de la venganza privada, y se enfocó en dos direcciones: La imposición de un sistema de penas que lograra sustituir al sistema de venganza de penas; y, el procedimiento inquisitivo, en el que el estado podía imponer la pena: a constancia del ofendido, o, por la acusación que hubiera sido realizada por parte de cualquier hombre (Ángel, 1956: 555).

El sistema de penas de Derecho Público se instauró en Castilla a partir del siglo XIII, siendo por regla general: Corporales, como la pena privativa de la libertad, pecuniarias, las sanciones – en el sistema de penas – para los delitos más graves: Iban desde la muerte, hasta la amputación de un miembro (p. 556)

“La introducción del procedimiento criminal de oficio era el necesario complemento para el nacimiento del Derecho penal del Estado. Como dice Hinojosa, era preciso que pasara al representante del poder público el derecho exclusivo de acusar a los autores de delitos contra las personas, estando autorizado para intervenir aun cuando no lo hiciera la parte ofendida. También en este punto es Castilla, por la misma razón, quien muestra un avance más rápido....El principio inquisitivo se encuentra en algunos fueros municipales de la época para determinados delitos: homicidio, camino quebrantado, salvo quebrantado, mujer forzada...” (Ángel, 1956: 557).

En las Partidas y en el Fuero Real se habla de tres procedimientos: la acusación, la querella y la pesquisa de oficio; y la acusación se podía demandar en los delitos más graves, es decir:

“...contra la persona del rey, o perdimiento del reino, o amenguamiento de su señorío; el homicidio, las lesiones y el envenenamiento; los delitos de falso (moneda, documento, testimonio, etc.); el adulterio y otros contra la honestidad; la herejía y abandono de la fe católica; el hurto y cualquier otra cosa desaguizada "porque deba recibir muerte, o pena de su cuerpo, o pérdida de su haber.” (p. 558)

El procedimiento criminal de oficio, se estableció en Castilla a partir del siglo XIII; mientras que en Aragón y Cataluña, solo logró triunfar hasta el siglo XV, más que todo por cuestiones de carácter político (Ángel, 1956: 558)

El procedimiento inquisitivo desaparece en los primeros siglos del medievo, tanto por el carácter que presenta el Derecho penal, como por la diversidad jurídica de los señoríos, feudos y municipios. Sin embargo, el principio inquisitivo volvería a aparecer posteriormente tanto por la introducción de la pesquisa como medio de prueba, como con la apertura del proceso por iniciativa oficial (Ruiz-Funez, 1962: 485)

Ruiz-Funez (1962) explica que *“la pesquisa tiende siempre a indagar o averiguar la verdad de unos hechos y en todo caso, su autor o autores; posteriormente, a la vista de dicha investigación, la autoridad judicial dicta su fallo o sentencia”*. (p. 486)

Esmein, Savioli (1925) y Torres López (1927) explicando la pesquisa y el procedimiento inquisitivo, afirman:

"...es que este tipo de procedimiento se introducía en los derechos de la Baja Edad Media como una manifestación de la recepción romano-canonica, y se señala la aparición de esta forma procesal cuando el procedimiento se iniciaba por oficio o "inquisitio" del juez o tribunal; a diferencia del acusatorio que comenzaba por querella o acusación." (Ruiz-Funes, 1962: 488)

La pesquisa puede, considerarse como medio de prueba que tiende a conseguir la verdad de un hecho, o servir como iniciación del procedimiento."; y en cuanto al ámbito penal, esta se aplicaba para delitos que vulneraban la paz general del reino, y en concepto de Schmidt y Vogt no era un procedimiento incompatible con el acusatorio, ya que no son opuestos y coexisten, solo que se distinguen por la forma de apertura o iniciación de los mismos (Vogt, 1951: 240; Ruiz-Funez, 1962: 489)

Como las pruebas de la Alta Edad Media eran más formalistas, y simbólicas, tales como las ordalías y el juramento purgatorio, resultaron inservibles para la lucha contra la criminalidad, ello exigió que se acudiera a la tortura y a la pesquisa o inquisición en aras de lograr mayor efectividad; y solo con el cuarto concilio de Letran de 1215, en su décimo octavo canon se puso fin a un sistema de ensayo basado en la superstición y la magia (Sandoval, 2018: 37) Textualmente en el Canon 18 del concilio se señala que:

a “[...] nadie le confieren un rito de bendijo o consagración en una purgación por ordalía de ebullición o agua fría o del hierro al rojo vivo, no obstante las prohibiciones previamente promulgadas en relación con combate individuales y duelos” (Texto de los cánones del Concilio de Letrán). (Sandoval, 2018: 37)

La pesquisa podía ser ordenada por parte del Rey, el Juez o el Tribunal Real, o las mismas partes litigantes, siempre que estas últimas tuvieran la intención de conocer la verdad sobre lo que había ocurrido en los hechos. (Ruiz-Funes, 1962: 496)

Ruiz- Funez (1962) señala que el procedimiento criminal – según el Liber – era acusatorio, el cual comenzaba por la acusación de la víctima o de su familia; además de ser escrito y público. (p. 497)

Aunque, en determinadas circunstancias, en el procedimiento acusatorio se practicaba una indagación, de una inquirir del juez. Se podía llegar a presentar de forma excepcional y subsidiaria el procedimiento de oficio, pero solamente cuando no se interpusiera una acusación o una querella privada, caso en los cuales, el juez podía iniciar el proceso siempre que este tuviera conocimiento de que se hubiera cometido un hecho delictivo grave. (Ruiz-Funez, 1962: 497)

El objeto de la pesquisa eran los delitos que eran considerados graves como: La muerte de los hombre, la fuerza, el rapto de las mujeres, los robos o hurtos, la traición, el incendio de casas, el quebrantamiento de fiadora de salvo, la alevosía, entre otros. Así se observa en los fueros de Soria, Salamanca Ledesma, Alba de Tormes, Plasencia para citar los más importantes (Ruiz-Funez, 1962: 503)

“En estos delitos ordenaba el Juez la práctica de pesquisas por varios motivos: Unas veces tendía a indagar la verdad de la querella o no, por ejemplo, en el caso de hurto, o en el de mujer forzada, o de hombre muerto sobre salvo, o quebrantamiento de camino.” (Leyes de Estilo. CXIX)

Los jueces o alcaldes les indicaban a los jurados o a los pesquisidores que realizaran la práctica de las pesquisas; para esto, se ejecutaban indagaciones con el fin de obtener testimonios sobre los hechos ocurridos. Estas indagaciones se realizaban por lo general a los vecinos, los cuales debían rendir testimonio si eran llamados de forma oficial, so pena de incurrir una sanción pecuniaria en caso de que se negaren y a las indagaciones iba más de un pesquisidor, los cuales siempre iban acompañados de un escriba; y el ideal es que la pesquisa durara un periodo de 30 días, al menos en Soria. (p. 509)

La pesquisa, cumplía la funciones de escrito de acusación la cual era redactada por un escribano del consejo y elevado al Juez o Alcalde que lo había ordenado, señalando el nombre del autor o autores y los detalles del suceso o hecho, y con ello el Tribunal dictaba el fallo o sentencia. El fuero de Soria contenía una especie de fórmula para escritos de pesquisas sobre determinados delitos.

Después de la práctica de la pesquisa y redactado el escrito de resultado, los pesquisadores lo elevarán al Juez o Tribunal, que dictará su fallo, o sentencia, pero incluso en algunos casos la pesquisa determinaba hasta la ejecución de la sentencia, como en el caso del Fuero de Soria.

En el Derecho castellano- leones de la Edad Media, durante los siglos VII, IX y X, no existió la “inquisitio” como una prueba por iniciativa judicial; el procedimiento era acusatorio, pero que a partir del siglo XI, empieza a aparecer la pesquisa –según algunos documentos – como una prueba subsidiaria en delitos graves que rompían la paz general del reino (Ruiz-Funes, 1962: 490).

Después del siglo XII, en fuentes territoriales y fueros municipales extensos se acentúa la importancia de la pesquisa por iniciativa judicial, y como prueba básica para conocer determinados delitos y sus autores”. (Ruiz-Funes, 1962: 491)

Este procedimiento castellano-Leonés, después del siglo XI, se transformó en tres instituciones (Ruiz-Fuentes, 1962,: 491)

- La Autoridad Real, en la que el Rey actuaba como juez, presidiendo la Curía en su actuación como Tribunal de Justicia.
- Los Derecho Locales, en la que la pesquisa judicial, por iniciativa real, pasa tanto a los jueces designados por la realeza, como a los jueces de las ciudades y las villas.
- El Derecho Canónico de la Recepción, el cual apareció en muchas fuentes jurídicas a partir del siglo XIII.

Pero estos avances en el procedimiento criminal en el siglo XIII, no solo ocurrieron en el derecho Castellano Leones, sino en gran parte de Europa, teniendo como principal consecuencia la aparición de un proceso inquisitivo, el cual se caracterizó porque *“...en él se produjo la clara formulación -en la práctica judicial- de un tipo de proceso que comienza de oficio, por iniciativa del juez que ordena la realización de pesquisa”* (Ruiz-Fuñez, 1962: 513)

Según Ruiz-Funes (1962) existen 3 clases de pesquisas: “La comunal o general sobre el territorio o parte del mismo; la realizada sobre hechos concretos y autores desconocidos, y la llevada a cabo por que las partes acuerdan que el Rey o juez mande hacer pesquisa” (p. 514)

Con el paso del tiempo – a partir de la segunda mitad del siglo XIII - se observa la aparición de un procedimiento inquisitivo que en vez de iniciarse por acusación privada, comenzaba de oficio. (Ruiz-Funez, 1962: 515)

En Italia en la Edad Media, se establecieron diferentes tipos de procesos: La acusación ordinaria, el proceso inquisitivo y las sentencias; el proceso inquisitivo, se caracterizaba por el uso del papel – *en vez de los pergaminos* - además de que las audiencias y la recepción de las pruebas testimoniales era mucho más grande y amplia; de ahí, que el proceso fuera mucho más complejo y que casi nunca terminara de forma anticipada. (García, 2013: 107)

El proceso tenía varios actos fundamentales la denuncia, la apertura del proceso, la detención, y la audiencia.

El primer acto de este proceso inquisitivo era la acusación (*notificatio, denuntia, denuntiatio*); la que podía ser escrita u oral, e iniciar de forma pública o privada; de ahí que existieran cuatro clases de denuncias; estas se realizaban en papel de oficio; y una vez interpuestas en la notaria, el notario procedía a sellarlas con una “F” que significa “Factum” (Hecho) (García, 2013: 108) y contenían únicamente los hechos y elementos más necesarios, y en lo que tiene que ver con la narrativa, se caracterizaba porque: “...*contiene –en vez de una aclaración del delito-, ciertos elementos constitutivos o hasta certificados del delito, a lo cual se le*

agrega la frase “ut audivit ut dicitur”, lo cual implica que no se escribe desde la perspectiva del denunciante” (p. 109)

Las denuncias públicas eran presentadas por órganos comunitarios, los cuales tenían como función principal, de hecho, poner en conocimiento al “Podestá” de cada delito que sucediera”. (García, 2013: 108)

Si la situación se presentaba en Bologna, esta era llevada por Ministerios de naturaleza eclesiástica que se encontraban en el lugar de los hechos; pero si sucedía por fuera de la zona de jurisdicción de la ciudad, el encargado de la denuncia era el Massarius (El encargado de la zona) (p. 108)

La denuncia indica generalmente el nombre y el domicilio del acusado y de la víctima, una descripción exacta del lugar de los hechos y una fecha no siempre exacta (a veces no se indica nada más que el mes). Generalmente la denuncia se daba el mismo día de los hechos o algunos pocos días después. (p. 109)

No era común que se presentaran las denuncias escritas, porque los testigos prefirieran rendir su declaración desde el inicio del proceso; siendo muy comunes las denuncias anónimas.

“...cuando el denunciante era analfabeto, debía buscar la asistencia de un notario; si no, podía interponer la denuncia en italiano y depositarlo en los buzones (cassa, cassia, capsia, capsia comunis). Estos buzones que eran cerrados y tenían la forma de un baúl, se le confiaban a un Notario nombrado por la ciudad (notarius ad cassam)”. (García 2013: 109)

Por último, estaban las denuncias orales las cuales podían ser privadas u oficiales; pudiendo estas últimas ser interpuestas por órganos comunales o incluso el podestá (García, 2013: 110)

- *La apertura del proceso y la detención.*

Una vez que era procesada la denuncia, el proceso se abría de forma oficial y se procedía a la detención del acusado. (p: 110)

- *La Audiencia*

Una vez abierto el proceso, se procedía a la audiencia. Esta se iniciaba preguntándole a la acusada si había tenido relaciones sexuales con el diablo; en caso de que esta no confesara, se procedía al “Terrítion”, que consistía en mostrarle los diferentes instrumentos de tortura. (García, 2013: 111)

Entre los instrumentos de tortura más utilizados se encuentran:

La cuerda, en la que se sujetaba al reo en una mesa y luego darle vueltas a un cordel arrollado a sus brazos y piernas produciendo estiramiento de las articulaciones y un fuerte dolor; el tormento del agua radicaba en verter agua sobre el rostro del torturado impidiéndole respirar; el garrote, implicaba que en una tabla sostenida por cuatro patas con garrotes que se ajustaban para producir dolor; en el Tormento de la Garrucha el torturado era atado de las manos, elevado y dejado caer violentamente sin llegar al suelo, lo que provocaba intensos dolores en las articulaciones.

Posteriormente se realizaba el “proceso de la bruja”, en el que se establecía si la acusada era o no una bruja.

Dentro de las diferentes pruebas que se podían utilizar para determinar si la acusada era una bruja, se tenían:

- La ordalía del agua. La acusada se metía a un río con una piedra atada a sus piernas; en caso de que salieran, se les consideraba como brujas.

- El baño de Brujas. La acusada debía sacar un objeto determinado de un caldero con agua hirviendo.

- La prueba de Fuego. Consistía en que el acusado debía someterse a diferentes situaciones en las que tuviera contacto directo con algo caliente, tal como: Caminar sobre brasas, transportar un fierro al rojo vivo, entre otros, Si el acusado permanecía indemne o si sus heridas no supuraban, se creía que su inocencia estaba probada, en caso contrario era condenado.” (García, 2013: 111)

- La prueba de las Lágrimas. Se partía de la suposición de que las brujas no podían llorar; de ahí que se consideraba como indicio de culpabilidad, el que a la acusada no le cayeran lágrimas de sus ojos. (García, 2013: 111)

- La prueba de las Agujas, ya que se creía que las brujas no pueden ni sentir dolor ni sangrar, “...lo que se buscaba una marca demoniaca en las acusadas. Estas marcas demoniacas o marcas de brujas eran pecas, manchas o verrugas en la piel que llamaran la atención, con las que se creía que el Demonio marcaba a las personas con las que se cerraba un pacto. Si la pinchaba con una aguja, la mujer no sangraba, era porque era bruja”. (García, 2013:111)

- *La Confesión*

Si la acusada sobrevivía a las pruebas (ordalías), podía rendir confesión; es importante destacar que a ninguna persona se le podía juzgar sin antes haber

emitido una confesión. Al inicio del proceso siempre se presentaba una declaración inicial por parte de los inquisidores y los testigos. (García, 2013:112)

Al acusado solo se le informaba que había un proceso inquisitivo en su contra, pero no se le indicaba porque se lo investigaba, lo que constituye en un verdadero proceso secreto. La autoridad inquisitiva precedía una audiencia en la que se escuchaba a los testigos nombrados (testes ex officio) y se practicaba las pruebas de descargos (teste ad defensionem), los cuales podían ser escuchados antes o después de la tortura; antes de la tortura, en caso de que se diera la confesión, procedían penas tales como: La prisión, trabajo forzado, muerte y tortura, pudiendo la acusada aplicar a la piedad (corcordia cum accusatore) (García, 2013: 112)

Después de la tortura se asignaba un notario – este nombramiento es conocido con el nombre de “ad confesiones audiendas” o, “ad tormentas” - y se transcribía el acto en el “libri confesionum”. En cualquiera de los dos casos, si se lograba que el acusado rindiera la confesión, esta se inscribía en el “libri inquisitionum” (García, 2013: 112).

“Había además un diario donde se transcribían los actos (Journalakten) y el libri inquisitionum, que era el manual del proceso general. Regía un principio de doble intestación, en donde los actos eran registrados de manera cronológica, mientras que en los diarios venían ordenados también por materia”. (García, 2013: 112)

- *La Sentencia y la Ejecución*

Una vez que la acusada/o rendía la confesión, se procedía a dictar la sentencia; teniendo como castigo más común la muerte por hoguera. Es en este momento en que aparecía la figura de los “Autos de Fe”. Eran unas ceremonias que duraban un día entero, desde la mañana hasta la noche, con gran pompa y boato. Comenzaba con una procesión de las autoridades civiles y eclesiásticas y finalmente los condenados, vestidos con ropas infamantes llamadas sambenitos, palabra que es una deformación de “saco bendito”. Se leían las condenas y aquellos destinados a la pena de muerte, eran relajados de brazo civil, donde el verdugo los quemaba en la hoguera en la presencia de todos” (García, 2013: 113)

Como se puede observar la Baja Edad Media se caracterizó por un procedimiento típicamente inquisitivo, en el que se presuma siempre la responsabilidad, al punto que la detención fue consustancial al mismo, al igual que la Tortura, pero indudablemente fue un elemento de control político que se utilizó contra los enemigos, especialmente en las luchas entre católicos y protestantes, es decir el elemento religioso dado el papel que la misma jugó en toda esta época.

Época que se vió permeada por el poder de la Iglesia Católica y los Tribunales de la Inquisición, institución creada para salvaguardar un dogma, una norma ética y una jerarquía política (Sala-Molins,1996: 36-45 citado por Gómez, 2012: 27).

Tribunal de la Inquisición, que fue entregado a la Comunidad Dominica, por ser la orden que con más fuerza cumplía con los votos de pobreza, castidad y obediencia, que en el Reino de Castilla y Aragón, siendo encomendada al Monje

Dominico Fray Tomas de Torquemada, confesor de los Reyes Católicos, que en América de Indias, se estableció en las ciudades de Cartagena, Lima y México, y que en nuestro país sería abolido con la Ley de 17 de septiembre de 1821 que en su artículo 1 así lo establecía (Solórzano, 2016: 4) siendo tal el poder de la Iglesia que incluso, discutía con el poder civil el juzgamiento de los delitos mixtos (Velásquez, 2014: 228).

Los delitos más graves y que debían ser juzgados por este Tribunal los de Herejía, Bestialidad, Sodomía, Adulterio, Incesto y Suicidio siendo el elemento fundante del injusto “La grave ofensa a Dios” (elemento religioso o moral), pues los elementos “grave corrupción a la propia conciencia” (personal) y “grave ofensa al prójimo”(social) aparecen como eventuales o contingentes, por tanto tienen apenas el carácter de elementos cofundantes del injusto (Gómez, 2012: 101).

Como lo señala Luis Sala-Molins (1996: 36), Herejía, es todo lo que se opone a la Fe del modo que sea y son herejes todos los que, del modo que sea, se hallen en oposición a la doctrina cristiana entendida en su más amplia acepción y en palabras de Kraemer y Sprenger (1976) se considera Hereje a todo aquel que yerre en la exposición de la Sagrada Escritura y a quien en las cosas de la fe discrepe del sentir de la Santa Iglesia Romana (p. 39 citado por Gómez, 2012: 27).

De hecho la Iglesia llegó a estar por encima del Estado, ya para el año 492 d C. el papa Gelasio I, proclamó que la Iglesia era independiente del estado y que el Emperador no debía inmiscuirse en la Iglesia (Asimov, 2000: 77, Gómez, 2012: 60) pontífice que construyó la “Teoría de las dos Espadas” o “doctrina de los dos

podere”, con el cual el poder real quedaba sometido *piadosamente a la cerviz sagrada de la autoridad de los obispos*” (Deschner, 1994: 22-23)

Para el año 829 con el Sínodo de París, como lo señala Gómez (2012: 64) apoyado por lo estatuido en el Concilio de Nicea, declara que el Emperador Constantino había dicho a los obispos:

Dios os ha constituido sacerdotes y os ha otorgado el poder hasta de juzgarnos y por ello seremos juzgados por vosotros con justicia, mas vosotros no podéis ser juzgados por los hombres, pues vosotros, el don que Dios os ha otorgado, sois de Dios y los hombres no deben juzgar a los dioses.

En 1706 Gregorio VII proclama que al papa le compete todo el poder, incluido el de disponer de los estados, lo que ha sido calificado como “*potestas indirecta in temporalia*” Inocencio III afirmara que todos los hombres incluidos los emperadores y reyes estarán subordinados al papa (Küng,1997: 404-405) Bonifacio VIII, a través de la bula *Unam Sanctam* definirá una “*potestas directa in temporalia*” o teoría de las dos espadas en el año 1302 (Johnson, 2004; Gómez, 2012: 66), doctrina que se ratifica en el Concilio de Letrán de 1517, hasta que de ella se distancia León XIII en 1885 (Gómez, 2012: 66)

La inquisición fue en consecuencia un instrumento político de la Iglesia, que se utilizó en Francia para interrogar y exterminar a los cataros, considerados Herejes que asentaron en el sur de Francia (Benazzi y D’Amico, 2001: 9) es decir, un arma para acabar, al oponente, o como ocurrió con los Hugonotes

(protestantes franceses, que en la famosa noche de San Bartolomé, y al amparo de una bula papal fueron quemados vivos,

En materia de congruencia de esta misma forma, el juez se inmiscuía en las labores de acusación, ya que como ocurrió con los inquisidores, acusaban y juzgaban, es decir no existía una diferencia entre una y otra función sino que las dos funciones estaban en cabeza del inquisidor.

En este punto se debe señalar que mientras los procesos romanos estaban diseñados sobre presupuestos filosóficos e ideológicos propios del estoicismo, procedente directamente de la cultura griega, el procedimiento penal medieval, y en general el modelo de pensamiento penal, se basaba en la escolástica, caracterizada por pretender una fusión entre las enseñanzas de la lógica aristotélica, y las del cristianismo, de tal suerte el proceso estaba orientado a la búsqueda de la verdad absoluta, y la justicia se establecía sobre la base de una total identidad entre lo que había ocurrido y el sentido de la sentencia; significando que el gran aporte o cualidad procesal, se basó en que se relievó el modelo probatorio cognitivo, es decir, no solo el aporte de pruebas, sino su interpretación acentuaba el sentido inquisitorial en cuanto se propugnaba porque el juez que dictaba la sentencia tenía una autoridad absoluta en la interpretación de la ley y de las pruebas, era quien en adelante tendría la última palabra por ser el más sabio y conocedor del derecho, de ahí proviene la idea de las facultades *iura novit curia*, en virtud de las cuales el Juez tendrá la última palabra.

Con el iluminismo, a partir del siglo XVIII, surgen voces críticas, en contra del sistema penal, que seguía utilizando la tortura como un mecanismo para llegar a la verdad. En palabras de Maier (2002: 335), a pesar de que el siglo XVIII, no se puede caracterizar como hostil a la inquisición, varios publicistas reaccionaron contra el horror de la aplicación del tormento a un ser humano, guiados todavía por el argumento práctico que explicaba la tortura como el mejor método para someter un inocente débil y sacar a un culpable fuerte.

Para este propósito jugaron un papel fundamental los filósofos prácticos del siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltaire, quienes emprendieron el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento criminal (Maier, 2002: 335)

1.3. Antecedentes históricos del sistema mixto y su influencia en los estatutos procesales colombianos.

En esta sección se busca realizar un acercamiento al Código de Instrucción Criminal Francesa de 1808, conocido como Código de Napoleón, que puede considerarse, como el estatuto del cual se desprenden los códigos de naturaleza mixta, que existieron en Europa, en la medida que este irradió las principales características de dichos estatutos, y por ende a los códigos de Latinoamérica, todos ellos de corte mixto. No se puede olvidar que la historia Republicana de nuestro país se da en sus orígenes coetáneamente con este código, más aún cuando el proceso de independencia se gestó en el Virreinato de la Nueva

Granada. España estaba bajo el control de Napoleón, quien había colocado a su hermano José Napoleón como emperador en remplazo del Rey Fernando VII regente de la casa de los Borbón y por lo mismo, desde el primero de los códigos hasta la Ley 600 de 2000, todos estos estatutos de carácter mixto de una u otra manera recibieron influencia de este primer ordenamiento jurídico y es por ello que en la primera parte del escrito se mostrarán las características del Código de estirpe francesa y en una segunda parte se realizara un recorrido general sobre los estatutos de corte mixto que han regido en Colombia.

1.3.1. La revolución francesa y el código Napoleónico.

Un punto de inflexión en la influencia del sistema mixto en los códigos de los países latinoamericanos lo constituye la Revolución Francesa, pero especialmente el llamado Código de instrucción criminal francesa, expedido mediante Ley decretada el 17 de noviembre de 1808 y promulgada el 27 del mismo mes, también conocido como Código de Napoleón de 1808, ya que de este estatuto se derivan las reglas de carácter procesal que irradiarían los estatutos de esta naturaleza en nuestro continente.

La Revolución Francesa, la Declaración de los derechos del hombre y el Código de Napoleón, le dieron sepultura al sistema inquisitivo, generando las bases que hoy nos han llevado al sistema acusatorio.

Ahora, como antecedentes importantes de este estatuto, se encuentran las leyes revolucionarias francesas de 18 de enero y 16 y 29 de septiembre de 1791

sobre el Procedimiento Penal que incluyen figuras típicamente acusatorios, como el juicio con jurados además del sistema de libre apreciación de la prueba.

“El sistema mixto aparece, supuestamente, como una opción al sistema inquisitivo, el problema es que sus orígenes se remontan a la Ordenanza Francesa de 1670 y a la Constitución Carolingia, que son punto de llegada del sistema inquisitivo” (López Saure, 2010: 74).

Es a los filósofos prácticos del Siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltarie, quienes emprendieron decididamente el camino en pos de la reforma de enjuiciamiento penal (Maier, 2002: 335), a los que se le debe que se abriera el camino hacia un proceso que buscará ir eliminando los rasgos de carácter inquisitivo.

Beccaria divulgó sus ideas en el opúsculo *Dei delitti e delle pene*, en 1764, quien fue precedido en cinco años por Tomaso Natale, de origen siciliano, quien escribió *Riflessioni politiche sulla efficacia e sulla necessita delle pene*, el cual fue publicado en 1772, es decir ocho años después de la de Beccaria, los cuales fueron anteccedidos por Montesquieu.

Se ha afirmado que Beccaria no fue el verdadero autor del opúsculo, que debe atribuirse a los enciclopedistas franceses y a los hermanos Veri. Es cierto que Alessandro Veri, llamó la atención de sus amigos sobre las condiciones de las cárceles de la época, que él visitaba por razones de oficio, y que Pietro Veri no fue ajeno a la obra de Beccaria, ya que lo que él dice no puede atribuirse únicamente a animosidad. Escribe P. Verri en una carta del 1º de noviembre de 1765:

“...libro il cui progetto gli é stato dato da me, di cui il principio, il proseguimiento, il fine, la pubblicazione e perfino la copiatura di mia mano, sono effecti della mia instancabile amicizia [...libro cuyo proyecto le ha sido dado por mí, y respecto del cual el principio, la prosecución, la terminación, la publicación e incluso la copia de la mano mía, son efectos de mi incansable amistad]” (Manzini, 1951: 24)

Así, en palabras de Houed y Moreta (2002: 26) es indudable que el llamado sistema procesal mixto moderno tuvo su origen en el sistema procesal mixto clásico que se gestó durante la Revolución Francesa (1789) y que se plasmó en el Código de Instrucción Criminal francés (Código Napoleón de 1808). A partir de allí, con la proclama de las garantías y libertades del ser humano, se le devolvió la soberanía al pueblo quitándosela a los gobernantes de las monarquías absolutistas imperantes en la época. Esta gesta tuvo sus repercusiones jurídicas, las que quedaron aseguradas en la Declaración de los Derechos del Hombre (1791).

La Asamblea Constitucional, el 16-29/9/1791, da luz a la primera ley procesal penal de la revolución, derogando la Ordenanza de 1670. La nueva organización tribunalicia, comprendía tribunales de policía municipal, que eran básicamente tribunales de faltas, también existían los tribunales de policía correccional que conocían de los delitos leves, compuesto por tres jueces de paz y por último los tribunales de distrito que ejercían la jurisdicción penal común (leyes del 16-24/8/1790, decreto del 12-19/10/1790 y leyes del 10-15 y del 19-22/6/1791). Una corte nacional completaba la organización. La innovación más

importante, quizá, fue la de separar completamente la justicia criminal de la civil (Maier, J 2002: 342)

En palabras de Ferrajoli (1995: 566), el Código termodiano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel *“monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo”* que fue el llamado proceso mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y externa de la participación del imputado privado de la libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva de juzgamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención en la acusación y la defensa pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.

Proceso que tenía tres etapas claramente diferenciadas, la de instrucción, dedicada a la recolección y obtención de información llamada sumario, típicamente inquisitiva, la de decisión sobre la acusación, conocida como etapa intermedia y la de juzgamiento con características propios de un sistema acusatorio, en la medida que se desarrollaba un juicio con respeto a los principios de publicidad oralidad y contradicción, y con la presencia de jurados de conciencia, figura propio de un modelo de corte acusatorio, que entiende que el acto de administración de justicia viene del pueblo y debe regresar a este, muchas de estas características se pueden observar en las legislaciones procesales colombianas concretamente en el Decreto 2700 de 1991, estatuto procesal que se promulga con la creación de la Fiscalía general de la nación y la Ley 600 de 2000, con la salvedad de la figura del jurado de conciencia, pero que incluso la tuvimos

entre otros, bajo la egida del Decreto 1188 de 1974, que en sus artículos 519 a 565 reglamenta todos los aspectos relacionas con las audiencia con intervención de jurado, como también la institución de los jurados de derecho que se encuentra en el Decreto 2700 de 1991.

Este proceso ya había aparecido desde Roma, en donde se tuvieron períodos en los cuales existieron instituciones de rasgo acusatorio como la *accusatio* y la *provocatio ad populum*, en la época de la República, pero donde también existieron instituciones de Corte inquisitivo, ello generó que se presentaran momentos en los cuales encontraron rasgos de los dos sistemas en el periodo imperial, y que en concepto de Vélez Mariconde el proceso de tipo mixto – cuyos rastros podrán verificarse en el derecho romano imperial, pero que realmente fue organizado por el Código de Napoleón (1808) y modificado, en cuanto a la instrucción, por las legislaciones modernas de Europa continental, durante la segunda mitad del siglo pasado - es una reunión o yuxtaposición de elementos acusatorios e inquisitivos, aunque prevalecen los primeros. No es posible definirlo con precisión, puesto que varía, a veces en gran medida, según la mayor o menor influencia de los opuestos principios que lo nutren. Sin embargo, la mixtión responde a la idea básica de disciplinar el proceso en dos etapas distintas, la primera de las cuales sirve para preparar la segunda, o mejor aún, para dar base a la acusación originaria del verdadero juicio”. (Vélez Mariconde, 1982: 23).

Frente a ello, es importante señalar como lo afirma (Moya, 2017) que en rigor no es que prevalezcan los elementos de rasgos inquisitivos, sino que lo inquisitorial del proceso nuclea o absorbe lo acusatorio-adversativo, pues esa

prevalencia no fue una estrategia o un criterio, sino un efecto lógico de la “mezcla”, luego el predominio surge de la misma naturaleza de las tendencias procesales, y deja en evidencia que el proceso “mixto” estrictamente no existe, y que los principios acusatorio y adversativo son tan arraigados o si se quiere tan vulnerables, que si se oponen en un mismo esquema procesal a los elementos de tendencia inquisitorial terminan siempre cediendo a su favor. Luego la incorporación de cualquier elemento inquisitorial le imprime esa naturaleza al modelo procesal practicado.

“(…) This Mixed Type is characterized by the following features; they are to be found in the majority of the European systems of Procedure, but the French Code of Criminal Examination of 1808 (the influence of which has been so great in Europe) systematizes of the accusatory system (…)”⁴
(Esmein, 2000: 11)

El Código de Instrucción Criminal Francesa se caracterizaba porque:

“la instrucción preparatoria era de corte inquisitivo y no podía ser valorada para el fallo por cuanto sólo fundamentaba la acusación. Era obligatoria para los crímenes y facultativa para los delitos. Una vez concluida, el juez pasaba los autos a la Cámara de Consejo (la que después fue Cámara de Acusación) que dictaminaba sobre la elevación a juicio. Esta fase de juicio, que se la llamaba “instrucción definitiva”, era decididamente acusatoria; se

⁴ Traducción libre del autor: Este sistema mixto presenta las siguientes características; se encuentran en la mayoría de los sistemas de procedimiento europeos, pero el Código francés de examen penal de 1808 (cuya influencia ha sido tan grande en Europa) sistematiza el sistema acusatorio

realizaba ante las Cortes de Assises permanentes y los jurados populares; el acusador era público y el ofendido sólo ejercía la acción civil. La prueba del debate se valoraba conforme a la íntima convicción y el fallo debía ser después fundamentado por los jueces técnicos”. (Claria Olmedo, 1998: 123).

Se permitía la participación de un actor civil, quien solo defendía la reparación del daño, correspondiéndole al ente acusador la promoción y ejercicio de la acción penal, característica que irradiará a los códigos de carácter mixto colombiano.

El código distinguía entre las contravenciones de simple policía, los delitos que tenían pena correccional y pena aflictiva o infamante, siendo más compleja la situación para quienes se vean abocados a penas de esta naturaleza. Las contravenciones de policía, es atribuida a los jueces de paz.

En cuanto al imputado era muy distinta su situación en la etapa de instrucción preparatoria que en la de juicio oral, ya que mientras en la primera no tenía conocimiento de los actos cumplidos los cuales eran secretos tanto para él como para su defensor, en el juicio la actividad de la defensa se equiparaba a la del Ministerio Público, garantizando claramente el ejercicio de defensa, pudiendo participar en todos los actos de juzgamiento.

Para que se obtuviese la libertad del imputado, se admitía que esta fuese caucionada, debiéndose depositar una cifra de 500 francos, que estaba prohibida cuando se trataba de un crimen y en materia correccional, cuando el delito se imputaba a un vagabundo o a un reiterante; por lo demás, las decisiones de la

Cámara de consejo, tribunal competente para resolver en el caso, no eran recurribles para él, sino tan solo para el procurador imperial y el actor civil. Se partía del principio de la privación de libertad del imputado, cuya orden de prisión estaba en manos del juez de instrucción y, dicho de manera general, coincidía con el comienzo del procedimiento (mandats d'amener y d'arret), pero existía también la posibilidad, en caso de personas con domicilio conocido y cuando se trataba de un delito de ordenar solo su comparecencia (mandat de comparution) (Maier, 2002: 354)

El procedimiento tenía etapas distintas, la instrucción preparatoria, la decisión sobre la acusación o procedimiento intermedio y la instrucción definitiva (juicio o procedimiento definitivo) (Maier, 2002: 354) Instrucción preparatoria que era un procedimiento escrito y secreto, que estaba en cabeza de un juez de instrucción. Debe distinguirse entre el crimen y el delito, ya que en el primer caso era obligatorio, en tanto que frente a los delitos era facultativo. Al ser secreto, el imputado y su defensor carecían de posibilidad de actuar, salvo que en una diligencia de registro, el imputado fuese detenido.

Los resultados de la instrucción preparatoria eran sometidos a la Cámara de consejo y allí comenzaba el procedimiento intermedio. Ella decidía la suerte de la persecución penal: clausuraba la persecución, cuando entendía que los elementos de prueba no fundaban una acusación, o remitía al Procurador y a la Cámara de acusación en caso contrario (Maier, 2002: 355-356). Mientras que en el juicio que se realizaba a través de un debate oral y público, en el que la defensa se encontraba en las mismas condiciones que el órgano persecutor.

La gran prueba era la testimonial, siendo los testigos citados por un portero o por un agente de la fuerza pública a petición del Procurador del Rey, debiendo ser oídos por separado y no en presencia del acusado, recibida por el Juez de Instrucción, en compañía de su escribano, típica característica inquisitiva en la medida que no se posibilitaba el ejercicio de contradicción.

Las declaraciones se rendían bajo la gravedad del juramento, con una sola excepción, los niños menores de quince años están exentos de ello, naturalmente todo declarante debía firmar su declaración después de haber sido leída. En materia de libertad el capítulo VIII, que se refiere a la libertad provisional y las fianzas en el artículo 113 del estatuto señalaba que la libertad provisional no podía concederse al acusado cuando la acusación merezca pena infamante.

“Art 113: La liberté provisoire ne pourra jamais être accordée au provenú lorsque le titre de l'accusation emportera una peine afflictive ou infamante”

Este concepto de pena infamante, apareció en Roma, y consistía en someter al reo a la pena de crucifixión, como ocurrió con Jesucristo y que se aplicaba solamente a nativos de territorios hostiles, por consiguiente a los no ciudadanos, el cual se transpola en el Código de Instrucción Criminal Francesa.

Así en Roma en el Digesto de Justiniano Tomo III, en el Título XIX sobre las penas y como una clase de pena infamante, se establecía que los enemigos bélicos y los tráfugas pueden ser quemados vivos (Justiniano, 1975: 731).

En el caso de Francia, dichas penas se establecieron tanto en el antiguo régimen como bajo la vigencia del Código de Instrucción Criminal Francesa y en palabras de Cañizares las infamantes eran un tipo de penas que tenían por

finalidad única o principal mermar el honor del condenado a ellas, y la doctrina mayoritaria —por tanto, no de forma unánime— opinó que con la imposición y ejecución de este tipo de penas se pretendían dos cosas: menoscabar el honor de los condenados y convertirlos en infames (Cañizares) pero en ese mismo sentido (Domat, 1703: 205; Jousse, 1771: 37), coincidiendo que la infamia era una institución jurídica recogida del derecho romano (Masferrer, 2001; Fernández de Bujan, 1989).

Tampoco se otorgaba libertad provisional si se trataba de vagamundos y los apercibidos por la justicia, lo que es muestra clara de un derecho penal de autor, muy propio de una legislación que naturalmente tenía características inquisitivas y de donde se parte de que en estos casos estas personas resultan peligrosas. En ese sentido el artículo 115 señalaba: *“Néanmoins les vagabonds et les repris de justice ne pourront, en aucun cas, être mis en liberté provisoire”*.

Por el contrario si el hecho no merece pena aflictiva o infamante sino solo una correccional, la cámara del consejo podrá concederla a petición del acusado y por las conclusiones del Procurador del Rey, para lo cual se debía cancelar una fianza que no podía ser inferior a quinientos francos y además sólo podía ser puesto en libertad provisional después de haber elegido domicilio en el lugar donde residía el Tribunal correccional, tal como lo establecía los artículos 119 y 124.

Si el Juez de instrucción, entregaba el informe a la Cámara de Consejo, y alguno de los jueces estimase que el hecho debía ser castigado con penas aflictivas o infamantes y que la prevención contra el inculpado estaba suficiente

establecida; con las piezas de instrucción, el acta que comprueba el cuerpo del delito, y un estado de piezas que sirvan de convicción, se transmitía por el Procurador del Rey al Procurador General de la Corte Real, para que se presente la acusación, la cual iba además acompañada de una orden de prisión, expedida por la Cámara del consejo, tal como se desprende de lo ordenado en los artículos 133 y 134 de este estatuto.

Los resultados de esta instrucción preparatoria debían ser puestos a consideración de la Cámara de Consejo, la cual decidía si se realizaba la persecución penal o se clausuraba la misma; con ella empezaba la etapa intermedia.

Se debe distinguir si se trataba de un crimen o un delito, porque en el primer caso, el solo voto del juez de instrucción que había actuado era suficiente para proseguir con la persecución.

La Cámara de acusación decidía acerca de la apertura del procedimiento principal. Cuando lo habilitaba, el Procurador General redactaba la acusación sobre la base de la decisión del Tribunal (arret de renvoi); cuando lo rechazaba culminaba la persecución, o en su caso se disponía su remisión al tribunal correccional o de faltas (Maier, 2002: 356).

Este procedimiento intermedio como el de instrucción preparatoria era igualmente secreto, que hoy corresponde a la audiencia de causa probable, que se observa igualmente en el Estatuto de Roma.

Un aspecto que resulta muy interesante es la acusación, siendo obligación del Procurador General, levantar un acta de acusación, en la cual se exponía la

naturaleza del delito que sirve de base a la acusación, así como el hecho y las circunstancias que pueden agravar o disminuir la pena, y después de señalar esto, el acta de la acusación siempre debía terminar con este resumen En consecuencia, N ésta acusado de haber cometido tal homicidio, tal robo tal crimen, con tal y tal circunstancia.

Finalmente el Juicio o instrucción definitiva si era público, aunque no por ello estrictamente acusatorio, en la medida que los jueces participan en la producción probatoria. Si el enjuiciado, estaba detenido, se remitía inmediatamente a la cárcel de enjuiciados, del lugar en que debía verificarse las assises, y a las veinticuatro horas de haber sido puesto a disposición de la corte, el presidente de la Corte debía interrogarlo, y además se debía ilustrar al acusado sobre la posibilidad de impugnar la acusación ante la Corte de Casación y sobre la necesidad de nombrar un defensor, de lo contrario se le nombraba uno de oficio.

Un rasgo interesante radica en que en principio el acusado, solo podía escoger como defensor entre los abogados o procuradores de la Corte Real o de su jurisdicción, a menos que el acusado obtenga del presidente de la Corte de assises el permiso para tomar por defensor a uno de sus parientes o amigos. El acusado podía formular una nulidad dentro de los cinco días siguientes, pasado dicho término ya no existiría esa posibilidad, así lo establecía el artículo 296 del Código al señalar:

“Lejuge avertira de plus l'accusé que, danss le cas où il se croirait fondé a former una demande en nullité, il doit faire se declaration dans les cinq jours suivans, et qu'après l'expiration de ce délaí il n'y será plus recevable

L'exécution du présent article et des deux précédents sera constatée par un procès-verbal, que signeront l'accusé, le juge et le greffier, si l'accusé ne sait ou ne veut pas signer, le procès-verbal en fera mention"⁵

En la práctica, esta facultad se quedaba en letra muerta, porque difícilmente una persona podía entender que era una nulidad y más aún cuando hasta este momento no se le había designado defensor, ya que este solo podía tener contacto con el acusado después de haber sido interrogado por el presidente de la Corte, tal como lo ordenaba el artículo 302 que establecía: "*Le conseil pourra communiquer avec l'accusé après son interrogatoire*".⁶

No obstante lo anterior, la posibilidad de que se presentase la nulidad, también quedaba abierta al Procurador General, pero tanto para éste como para el acusado existían solo tres causales que se podían invocar contra la sentencia de consignación a la corte de assises a saber:

1. Si el hecho no está calificado de crimen por la ley
2. Si el ministerio público no ha sido oído
3. Si la sentencia no se ha expedido por el número de jueces fijado por la ley.

⁵ Traducción libre del autor "El juez advertirá además al acusado que, en el caso de que él crea que está justificado para hacer una solicitud de nulidad, debe hacer una declaración dentro de los cinco días, y que después del vencimiento de este período allí será más admisible. La ejecución de este artículo y los dos anteriores se registrarán en un informe, que el acusado, el juez y el secretario firmarán, si el acusado no sabe dónde uno de ellos no quiere firmar, las minutas mencionan"

⁶ Traducción libre del autor "El abogado podrá comunicarse con el acusado después de hacer preguntas"

Si se planteaba una nulidad ello no impedía que se continuara con la instrucción hasta los debates exclusivamente.

The judges of guilt have no initiative in the proceeding; they cannot take cognizance themselves, of their own accord. It is, therefore, necessary that an accusation be brought; but this right of accusing is committed to special functionaries who thus act as public prosecutors and to whom the parties should, on principle, be merely auxiliares. The judgement is rendered by magistrates and jurors. The method and conditions of the share of both of these in the administration of criminal justice vary, however, in the different countries. (Esmein, 2000: 11)⁷

Una figura que es propia del sistema acusatorio, pero que ya se veía en el Código de Instrucción Criminal Francesa, era la del jurado, labor que solo podían desempeñar quien tuviera treinta años cumplidos y gozara de todos sus derechos políticos y civiles, los cuales eran nombrados entre los miembros de los colegios electorales.

El 1 de agosto de cada año, el prefecto de cada departamento formaba una lista que se dividía en dos partes, la primera comprendía a todas las personas que tenían las condiciones requeridas para formarla y la segunda un grupo de personas muy especiales como son:

⁷ Traducción libre del autor: Los jueces de culpa no tienen iniciativa en el proceso; no pueden darse cuenta ellos mismos, por su propia voluntad. Por lo tanto, es necesario que se presente una acusación; pero este derecho de acusación está comprometido con funcionarios especiales que actúan como fiscales y ante quienes las partes deberían, en principio, ser simplemente auxiliares. La sentencia es dictada por magistrados y jurados. Sin embargo, el método y las condiciones de la participación de ambos en la administración de justicia penal varían en los diferentes países. (Esmein, 2000: 11)

1. Los electores, que teniendo su domicilio real en el departamento, ejercieran sus derechos electorales en otro departamento.
2. Los funcionarios públicos nombrados por el Rey y que ejerzan funciones gratuitas.
3. Los oficiales retirados del ejército y de la marina.
4. Los doctores y licenciados, en una o varias facultades de derecho, de ciencias y letras; los doctores en Medicina, los miembros y corresponsales del instituto, los miembros de las demás sociedades científicas reconocidos por el Rey
5. Los escribanos públicos, después de tres años de ejercer sus funciones.

Entre las personas que conformaban la lista debía existir un número de ochocientos individuos, pero en los departamentos que no lograran completar este número se debía crear una lista supletoria formada con los individuos de la importancia entre los que se hayan inscrito en la primera.

No podían ejercer la función de jurados, los ministros, prefecto, sub prefecto, juez, procurador general, Procurador del Rey y de sus sustitutos, como tampoco los ministros del culto. Por su parte los consejeros de Estados, encargados de una parte de la administración, los consejeros del Rey cerca de la administración y los septuagenarios, eran dispensados de actuar como jurados si así lo solicitaban.

Las listas eran fijadas en la cabecera de cada municipio el 15 de agosto y se terminaban y cerraban el 30 de septiembre, para que pudieran ser conocidas y para que se pudieran hacer reclamaciones frente a ellas. Después del 30 de

septiembre, los prefectos bajo su responsabilidad, conformaban la lista, para el servicio de jurado del año siguiente, la cual estaba conformada en una cuarta parte de las listas generales, sin que pudiera exceder el número de trescientos nombres, con excepción del departamento del Sena, donde se podía conformar de mil quinientos.

Esta lista se transmitía al ministro de justicia, al primer presidente de la Corte y al Procurador General, sin que pudiese ser inscrita una persona durante dos años consecutivos en las mismas.

Diez días antes de la apertura de la Corte de Assises, el primer presidente de la Corte Real, sorteaba la lista remitida por el prefecto, siendo conformada la misma por treinta y seis jurados para todo el tiempo de las sesiones, además se sorteaban cuatro jurados suplentes, el cual era realizado en audiencia pública de la primera cámara de la corte o de la cámara de vacaciones.

A los ciudadanos que participarían como jurado, solo se les notificaba ocho días antes de que hubiese sido seleccionados para un proceso específico; no pudiendo ser jurado en el negocio en que haya sido empleado de la policía judicial, testigo, interprete o parte, so pena de nulidad.

Resulta bien interesante que el Código de Instrucción criminal Francesa, estableciera de manera muy específica las reglas para ser jurado, para lo cual dedicó el Capítulo V, de los artículos 381 a 406, lo que muestra la seriedad que se le daba a esta figura, garantizando en lo posible que fuese conformada por los mejores.

Por otra parte, aunque se trataba de jurados, en representación de pueblo, no era un típico jurado de conciencia, en la medida que la lista la conformaban entre otros juristas, lo que se acerca más a la figura del escabino, establecida tanto por personas con y sin formación jurídica.

El día señalado para el juicio de cada negocio, si había menos de treinta jurados presentes, se completaba el número con los jurados suplentes, los cuales eran llamados por el orden de inscripción en la lista, pero si ello no era suficiente el presidente designaba en audiencia pública y por medio de sorteo, los jurados que debían completar el número de treinta, los cuales se tomaban de entre los individuos inscritos que residían en la ciudad y subsidiariamente entre los demás habitantes de la ciudad.

Cuando un proceso criminal acarreará por su naturaleza largos debates, la Corte de assises, podía mandar que se sortearan dos jurados adicionales, para que asistieran a los debates y si uno de los jurados estaba impedido para continuar los mismos hasta la declaración definitiva era remplazado por uno de los suplentes.

La condición de jurado era seria y exigía un compromiso por parte de los designados, al punto que si uno de ellos no cumplía con esta labor, la primera vez se le imponía una multa de quinientos francos, la segunda de mil francos y la tercera de mil quinientos francos, además de quedar inhabilitado para actuar como jurado posteriormente, salvo que justificaran las razones por las cuales no se habían presentado a cumplir con esta labor, así lo disponía el artículo 396 del Código de Instrucción Criminal Francesa de 1808.

Acatando lo ordenado por el artículo 399, Sección II, Capítulo V que se refiere a el jurado y la manera de conformarlo; el día señalado para cada negocio, se llamaba por lista a los jurados, antes de la apertura de la audiencia, en presencia del Acusado y del Procurador General, después de cada jurado respondía a su nombre, se colocaba el mismo en una urna, y empezaba un proceso que hoy lo conocemos como de exclusión de jurados, y que opera en sistemas como el americano, donde se busca garantizar a Fiscalía y Defensa, que puedan evitar que ingresen como jurados personas que puedan por razones de raza, sexo, condición política o ideológica conformar esa lista.

En el sistema de los EEUU, una de las tareas fundamentales previas al juicio consiste en la selección del jurado. En primer lugar, será necesario llamar un panel de posibles de (sic) jurados y luego conducir una serie de interrogatorios sobre ellos con el objeto de determinar si están o no cualificados para cumplir ese deber. Ese examen preliminar recibe el nombre de “Voir Dire” y es sumamente decisivo porque en la práctica se están escogiendo los verdaderos jueces del caso (Muñoz, 2006: 163), labor que recae esencialmente en las parte, siendo el juez un simple director de la misma, porque serán ellas quienes finalmente determinen que personas no pueden conformar la lista.

En el caso del sistema Francés, los jurados eran recusados sin que Procurador o Defensor, tuviesen que manifestar las razones de ello, terminado este proceso finalmente quedaban conformados los doce jurados, los cuales eran ubicados al frente del acusado y finalizado este procedimiento comenzaba el examen del acusado.

Inmediatamente después de ello, se cumplía con una regla de advertencia ética al defensor, en la medida que se lo conminaba para que no fuera a decir nada en contra de su conciencia o en contra del respeto debido a las leyes y además que debe expresarse con decencia y moderación. Posteriormente se juramentaba a los jurados haciéndoles esta pregunta:

“Juráis y prometéis ante Dios y ante los hombres, examinar con la más escrupulosa atención, los cargos que se harán contra N, no traicionar los intereses del acusado ni los de la sociedad que los acusa: no comunicaros con nadie sino hasta después de emitir vuestra opinión: no dar oído al odio, a la malignidad, ni al rencor o al afecto; y resolver según los cargos y los medios de defensa, conforme a vuestra conciencia e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que corresponde a un hombre probo y libre”.
(Artículo 312 Código de Instrucción Criminal)

Los jurados eran llamados individualmente por el Presidente, y levantando la mano respondían lo juró, so pena de nulidad. Después de ello, el Presidente de la Corte, daba la orden a un escribano que diera lectura al fallo de la Corte Real que contenía el auto de acusación, y éste lo hacía en voz alta, y el Presidente recordaba al acusado el contenido del auto de acusación y le decía “Voilà de quoi vous êtes accusé, vous allez entendre les charges qui seront, produites contre vous”. He aquí de lo que estáis acusado.

Posteriormente le daba uso de la palabra al Procurado General, quien exponía el objeto de la acusación, así como la lista de testigos que debían ser oídos, ya fuese a petición propia de la parte civil o del propio acusado, pero con

este acto en el que se hacía una presentación de la acusación de manera verbal, ya se puede señalar que nos encontramos ante características propias del sistema acusatorio, en la medida que el acusado conoce la acusación, se activa el ejercicio del derecho de defensa y el juicio se adelanta ante un jurado de conciencia.

Frente a esta solicitud, podía existir oposición por parte del acusado, a que se oiga la declaración de un testigo que no se haya indicado o que no se haya designado con claridad en el auto de notificación, la cual deberá ser resuelta de plano por la Corte.

Los testigos eran enclaustrados en una pieza, de la cual salían solo para declarar, a los cuales se les tomaba el juramento, siendo interrogado inicialmente por el Presidente y posteriormente podía serlo por el acusado o su defensor por intermedio del presidente, igualmente los Jueces, el Procurador y los Jurados tenían la misma facultad pidiéndole la palabra al Presidente, posibilidad que no tenía la parte civil, quien no podía interrogar ni a testigos ni al acusado, directamente.

Una vez rendida su declaración podían permanecer en el auditorio, salvo que el presidente dispusiera lo contrario. En aras de garantizar en esta fase de manera mucho más adecuado el derecho de defensa y tal como ocurre hoy en los procesos que se rigen por el sistema acusatorio, primero se escuchaban los testigos del Procurador (Fiscal) y la parte civil, y posteriormente los del acusado, los cuales podían declarar sobre dos aspectos distintos, referirse a los hechos materia de la acusación, o declarar que el acusado era un hombre de honor, probidad o de una conducta irreprochable.

La figura del careo que ha sido común en los sistemas mixtos, no se daba en la medida que el artículo 325 así lo prohibía al señalar que los testigos sea cual fuere la parte que las haya presentado, nunca podrán interpelarse entre sí.

Si el presidente lo consideraba conveniente, podía antes, durante o después de oírse a un testigo, hacer retirar a uno o varios acusados y examinarlos separadamente sobre alguna circunstancia del proceso, pero debe garantizar que los acusados se enteren de lo que informaron los testigos para poder continuar con los debates generales.

Cuando se interrogaba al acusado se le debían poner de presente todos los documentos relativos al delito, para que se pronuncie sobre los mismos, e igualmente lo hará frente a los testigos si esto resulta pertinente. Si en desarrollo de una declaración rendida por un testigo, se hiciere evidente que este había faltado a la verdad, el Presidente directamente por pedido del Procurador General, la Parte Civil o el acusado, ordenaba el arresto de este.

Se garantizaba la utilización de intérpretes, cuando el acusado o algún testigo no hablaran la misma lengua, para lo cual se nombra uno que tuviera mínimo veintiún años de edad, y que además no fuese testigo, juez o jurado, so pena de que ello generara una nulidad; al que se le tomaba juramento, comprometiéndose a realizar una traducción fidedigna de lo que señala el testigo, pudiendo ser recusado por el Procurador General o el acusado, caso el cual la corte debía decidir la misma.

La misma situación se presentaba cuando el acusado o un testigo, era sordomudo y no sabía escribir.

Finalizada la fase probatoria, se inicia la de debates, donde el presidente determinaba cual era el acusado que primero se sometía a esto, siendo necesariamente el principal acusado, interviniendo el Procurador, la parte civil, el acusado y defensor, existiendo la posibilidad de réplica, pero garantizándose que los últimos que intervengan sean el acusado y su defensor, característica común en los sistemas mixtos y acusatorios y que se trasladó a todos nuestros estatutos procesales en Colombia.

Terminados estos debates, el Presidente así lo declaraba y procedía a instruir al Jurado de Conciencia, haciendo un resumen del negocio, y dejando en claro cuáles fueron las principales pruebas en pro y en contra, finalmente les recordaba las funciones que tenían que cumplir, que se centraban en dar su veredicto, debiendo naturalmente hacer énfasis en la importancia del mismo. Así se establece en el artículo 336 que enseña:

“Le président résumera l’affaire.

Il fera remarque aux jurés les principales preuves pour ou contre l’accusé.

Il leu rappellera las fonctions qu’ilss auront á remplir

Il posera les questions ainsi qu’il sera dit ciaprès”⁸

El jurado debía dar su veredicto, determinando si existía o no responsabilidad, siendo lo ideal que fuera unánime la misma, al punto que si se

⁸ Traducción libre del autor “El presidente resumirá el caso. Señalará al jurado las principales pruebas a favor o en contra del acusado. Les recordará las funciones que deberán cumplir. Hará las preguntas como lo llamarán ciaprès ”

decidía en contra del acusado por un solo voto debían aclarar el mismo; resultando interesante que como la Corte estaba integrado por cinco jueces, quienes en el fondo también votaban al punto que si los mismos coincidían con la posición minoritaria ello podría cambiar el sentido prevaleciendo el favorable al acusado.

La prueba es valorada por el sistema de íntima o libre apreciación dependiendo que el juzgamiento recaiga en un juez popular o en derecho, lo cual además resulta lógico especialmente cuando nos encontramos ante juez de conciencia, quienes tomará la decisión acorde a lo que su convicción personal les permita concluir si una persona es o no penalmente responsable, ello se desprende de la instrucción que se le entregaba a los jurados de conciencia y que era leída por el jefe de jurados pero ubicada además en gruesos carteles en el lugar más visible de la cámara, tal como lo ordena el artículo 342 del Código y que textualmente señalaba:

“La ley no hace cargo a los jurados de los medios de que se hayan servido para convencerse: no les prescribe reglas que deban servirles de norma para considerar que una prueba sea plena y bastante; les prescribe que se interroguen a sí mismos en el silencio y recogimiento, buscando en la sinceridad de su conciencia la impresión que hayan hecho en su razón, las pruebas expuestas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice tened por cierto todo hecho afirmado por tal o cual número de testigos. Tampoco les dice: no creáis que está bastante fundada toda prueba que no esté formada por tal acta, por tales documentos, por tales

testigos o por tantos indicios. La ley no les hace más que esta única pregunta, que encierra toda la extensión de sus deberes: ¿Tenéis una íntima convicción?

En este punto, lo que se observa es que los jurados, emitían su veredicto a partir de lo que hubiesen verificado de las pruebas practicadas en el proceso, sin que del Código se desprenda que tuviesen que justificar su voto, no obstante ello el mismo tenía que ser congruente con la acusación, porque como se observa en la segunda parte de la instrucción, tenían la obligación de respetar al emitir el veredicto el contenido del auto de acusación, no pudiendo desbordarlo, lo que implica un respeto al principio de congruencia, adicional a ello la Corte podía sobreseer el Juicio, si la decisión era sustancialmente equivocada, debiendo convocar a un nuevo jurado.

En la instrucción, como lo ordenaba el artículo 342 del Código de Instrucción Criminal Francesa, se les comunicaba sobre este aspecto lo siguiente:

“Lo que es muy esencial y no debe perderse de vista, es que toda la deliberación del jurado descansa en el auto de acusación: en los hechos que la constituyen y que dependen de ella, es en lo único en que deben fijarse y faltarían a su primer deber cuando pensando en las disposiciones de las leyes penales, consideren las consecuencias que podrá tener con respecto al acusado, la declaración que tiene que hacer. Su misión no tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos; son llamados solamente para decidir si el acusado es culpable o no del crimen que se les imputa”. (Art 342 p: 73 -74)

Para tomar su decisión, los miembros del jurado podían tener en cuenta los interrogatorios realizados al acusado, así como las declaraciones de los testigos, pudiendo los intervinientes exigir que se verificara en el acta de debate los cambios o adiciones que se dieran frente a la versión rendida por escrito, para lo cual el presidente de la Corte remitía al jefe del jurado esas notas escritas, más la acusación y todas las actas de la instrucción, exceptuando las declaraciones testimoniales; se incluía, también, las declaraciones del acusado. (Maier, 2002: 357-358)

Los jurados deliberaban sobre el hecho principal y después sobre cada una de las circunstancias, debiendo el jefe de jurado, leer sucesivamente cada una de las cuestiones propuestas, y el voto tenía lugar por escrutinio secreto, tanto respecto del hecho principal como de las circunstancias agravantes como sobre la existencia de las atenuantes.

La decisión del jurado se tomaba por mayoría, sin que se pudiera expresar en ella el número de votos. Una vez tomada la decisión, los jurados regresaban al auditorio siendo interrogado el presidente del jurado sobre el resultado de la deliberación y quien daba respuesta acerca de la responsabilidad con la siguiente proclama: *“Sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes, la declaration du jury est: oui, l’accusé, etc. Non l’accuse, etc”*⁹

Decisión que como era en conciencia no podía ser materia de ningún recurso, sin embargo si los jueces observaban que la decisión de los jurados era

⁹ Traducción libre del autor. “En mi honor y mi conciencia, ante Dios y ante los hombres, la declaración del jurado es: sí, el acusado, etc. No acusarlo, etc. ”

equivocada, en la medida que los jurados se engañaban en lo sustancial, la Corte declaraba que se sobresee el juicio y aplazara el negocio para la sesión siguiente, para sujetarlo a un nuevo jurado, del cual no formaba parte ninguno de los primeros jurados, es decir en la práctica se declaraba contraevidente el veredicto del jurado, institución que fue traída a nuestra legislación procesal, en las épocas en que tuvimos jurado de conciencia.

Resulta interesante que se consagraba la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los casos que había sido declarado culpable una persona por simple mayoría y si la mayoría de los jueces estaba de acuerdo en que se suspendía la sentencia, se tomaba esta decisión, pero era la propia Corte la que así, si lo determinaba, sin que existiera la posibilidad de que ninguna de las partes la promoviera.

En lo que tiene que ver con la sentencia y su ejecución, el presidente de la Corte hacía comparecer al acusado y el escribano leía en su presencia la declaración del jurado. Si el acusado no era declarado responsable, se ordenaba de manera inmediata su libertad, en caso de no estar detenido por otra causa.

Si el acusado era encontrado responsable, la Corte determinaba sobre los daños y perjuicios, después de escuchar a la partes y que estas hubiesen propuestos sus excepciones, además de haber oído al Procurador General.

En el caso de que el acusado, hubiese sido absuelto, tenía derecho a reclamar daños y perjuicios contra sus denunciadores por calumnia, pero no se podía perseguir a las autoridades constituidas, por motivo de los dictámenes que estaban obligados a emitir.

Las demandas sobre daños y perjuicios, presentadas por el acusado contra sus denunciante o contra la parte civil o la parte civil contra el acusado o sentenciado se dirigían a la Corte de assises.

Pero en el caso de que el jurado hubiese determinado que el acusado era responsable la parte civil debía formular esa demanda antes de que se dictará sentencia, después ya no era admisible, y si el acusado había conocido a su denunciante, igualmente debía someterse a esta regla, consagrada en el artículo 359 del estatuto en estudio.

Se consagraba el principio de cosa juzgada en la medida que una persona que había sido absuelta no podía volver a ser juzgada por los mismos hechos, así se ordenaba en el artículo 360 que rezaba: *“Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée a raison du meme fait”*¹⁰

Con ello se garantizaba que en lo posible, la sentencia determinara no solo la responsabilidad, sino además la indemnización que se derivaba de ella, siendo interesante que esto se hacía no solo en los casos en que debió indemnizar el condenado, sino en donde este tenía derecho a ello, por una falsa denuncia.

Se consagraba una figura equivalente a la audiencia de individualización de la pena, que se reglamente en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, en la medida que el artículo 362 establecía que si el acusado era declarado culpable, se le concedía el uso de la palabra para que el Procurador General, hiciera su pedido a la Corte para la aplicación de la ley, igualmente a la parte civil para que se

¹⁰ Traducción libre del autor: “Cualquier persona absuelta legalmente ya no puede ser reanudada o acusada por la misma razón”

pronunciara sobre la restitución de daños y perjuicios, pero igualmente se le preguntaba al acusado si tenía que decir algo en su defensa, pudiendo tanto éste como su defensor oponerse a la pena solicitada por el Procurador General, como también respecto de los perjuicios solicitados.

Si el acusado o la parte civil habían sido vencidos, estos eran condenados en costas a favor del Estado. Si el acusado era encontrado responsable, después de leer el fallo el Presidente, según las circunstancias exhortaba al acusado, a la firmeza, resignación o a reformar su conducta, y le ilustraba sobre la posibilidad de interponer la casación y sobre el término que tenía para hacer uso de este recuso.

Después de dictada la sentencia, el condenado tenía tres días libres, para que se pueda proveer la casación, y si se interpone el recurso se suspendía la ejecución del fallo, hasta que fallará la Corte de Casación, con lo cual se mantenía la presunción de inocencia, aún después de sentencia de condena, resultando paradójico que en Colombia en pleno ejercicio de un sistema acusatorio, con el solo sentido del fallo el juez puede privar de la libertad a una persona, en ese sentido es mucho más garantista la Ley 600 de 2000, que respeta esta regla establecida en el Código de Napoleón y que determina que mientras la sentencia no esté en firme, si la persona no estaba privada de la libertad, no se puede hacer efectiva la orden de captura.

Dos casos que resultan interesantes, son los que se refieren a los procesos penales que se adelantan contra vagabundos o malhechores reconocidos, así como los crímenes de rebelión contra las fuerzas armadas, contrabando armado, falsificación de moneda y asesinato preparado por una banda armada, caso en el

cual, la Corte se conformaba por cinco magistrados de la Corte de Assises y tres militares con grado de capitán, y el procedimiento de juzgamiento se realizaba ante un tribunal con jurado de conciencia a través de un procedimiento público, oral y contradictorio, pero donde la sentencia era irrecurrible.

La otra situación que resulta muy especial, es la del jurado familiar, que se utilizaba para juzgar los delitos y contravenciones de los hijos no casados de una familia, para lo cual se conformaba el Tribunal con el Juez de paz y los miembros de la familia, en calidad de jurados accidentales, siendo necesario para la condena el exequator del presidente de la Corte de apelaciones, quien podría incluso aminorar la pena.

Y si bien este sistema Mixto, tiene su máxima expresión en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, se difundió a otras legislaciones, así fue recogido por el código Borbónico de 1819, el de Parma de 1820, el Pontificio de 1831, el Toscano de 1838 y los Piamonteses de 1847 y 1859; y se conservó ininterrumpidamente, con variaciones sólo marginales en el código italiano de 1865, en el de 1913 y, finalmente, en el Código Rocco de 1930 (Ferrajoli, 1995: 566) pero igualmente influyó en estatutos como el Código austríaco de 1873, el Reglamento del procedimiento penal del Imperio alemán de 1877, el Código italiano de 1913 (Leven, 1993: 11).

Adicionalmente permeó la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, así como el Código de Noruega de 1887 y la Ley Constans en Francia de 1897. Estos tres cuerpos legales facilitan en general durante la instrucción la

intervención de la defensa, imponen la defensa técnica y reconocen el derecho a no declarar del imputado. (Claria Olmedo, 1998: 123)

El proceso penal Alemán, tuvo influencia del derecho procesal inglés y del derecho procesal francés, por la divulgación de las ideas de la ilustración y naturalmente por la Revolución Francesa de 1789, como consecuencia de ello, el proceso penal anglo francés quedó introducido en el proceso penal alemán, fundamentalmente el Code d'instruction criminelle napoleónico, surgiendo un proceso penal reformado que tiene como características más importantes que era acusatorio, con independencia judicial, con la existencia de una fiscalía y de un jurado (Gómez Colomer, 1985: 31)

Fue tal la influencia del Code de Instruction Criminelle (CIC) de 1808-impuso la idea de que era imprescindible acometer una reforma integral del proceso inquisitivo heredado. La implantación del sistema de libre valoración de la prueba (intime conviction) generó la desaparición de las reglas sobre la prueba tasada y ello haría que la práctica de la tortura dejara de ser necesaria. (Ambos, K 2009: 25)

La creación de un órgano público acusador permitía diferenciar entre las funciones de acusar y juzgar, al mismo tiempo que representaría un control frente al arbitrio judicial. Con lo anterior se evidencia los principales puntos de crítica frente al proceso inquisitivo moderno de los siglos XVIII y XIX que recordemos, son el secreto de instrucción, la utilización de la tortura y el poder omnímodo y arbitrario del juez. (Ambos, 2009: 25)

Los redactores del Código de Instrucción Criminal de 1808 (entrado en vigor en 1811) debían elegir entre el procedimiento acusatorio del llamado “Derecho intermediario” (período revolucionario) y el procedimiento inquisitivo del Antiguo Régimen. El código napoleónico decide conciliar los dos sistemas e instaurar un procedimiento inquisitivo para la fase de investigación, y acusatorio para la fase de juzgamiento. Con esto nació el llamado procedimiento “mixto”, el cual será exportado a muchos países europeos tales como Italia (1865) y España (1882) (Carvajal, 2010: 24)

La nota común en los códigos de naturaleza mixta, radica en que el proceso se divide en dos etapas, una de instrucción en cabeza de la fiscalía o Ministerio Público y una de juzgamiento en cabeza del juez, siendo la primera típicamente inquisitiva, en tanto que la segunda es ejercida por un juez popular o técnico.

La acción penal le corresponde al Ministerio Público o ente fiscal, aunque en algunos países se acuerda también al damnificado el derecho de acusar, y éste puede ejercer la acción civil resarcitoria que se basa en el delito”. (Vélez Mariconde: 23).

La etapa de instrucción preparatoria es típicamente escrita, en tanto que el juicio es oral, principal característica del Código de Instrucción criminal francesa.

Sistema mixto que en palabras de Giovanni Leone se edifica sobre tres principios:

a) el proceso no puede nacer sin una acusación; pero ésta sólo puede provenir de un órgano estatal. Del proceso acusatorio deriva la necesidad de la separación entre juez y acusador (y de ahí el principio *ne procedat iudex ex*

oficio); del proceso inquisitorio deriva la atribución del poder de acusación a un órgano estatal (ministerio público)

b) el proceso ordinario, se despliega a través de dos fases correspondientes a los dos sistemas opuestos, instrucción inspirada en el proceso inquisitorio (escrito y secreto) el juicio, inspirado a su vez, en el proceso acusatorio (contradictorio, oralidad y publicidad)

c) La selección de las pruebas, la adquisición y la crítica de ellas, quedan a la libre facultad del juez: nos hallamos, pues, en el campo del sistema inquisitivo (Leone, 1973: 27)

Sistema Mixto que para Carmignani (1979: 247-248), es producto de la acusación y de la inquisición y que tiene como caracteres principales que el Orden Judicial Mixto sustituye por la acusación voluntaria efectuada por cualquier elemento del pueblo, la acusación necesaria realizada por los iurenarcas o funcionarios públicos destinados a ello; otorga a la acusación todos los poderes de la inquisición, sin ninguna de las atenuantes de los autos o de la ley a que está sometida la inquisición y confiere a los jueces todos los poderes del proceso acusatorio y la facultad de resolver en virtud de los indicios, según sus propias convicciones.

1.4. Códigos procesales colombianos de naturaleza mixta.

Como se puede observar el Código de Instrucción Criminal Francés, se constituye en una herramienta fundamental, que influye en los estatutos procesales de naturaleza mixta, dentro de ellos los colombianos y es por ello, que resulta pertinente observar la forma como se estructura la congruencia en los mismos.

En el caso de nuestra historia republicana, es evidente que el Código de Napoleon, ejerció una influencia importante, en la medida que además no se puede olvidar que cuando se produce el proceso de independencia, España estaba bajo el control de Napoleón, quien había invadido el Reino y había colocado a su hermano José Bonaparte como emperador y naturalmente esa influencia se ejerce en los territorios de la América Española, en donde incluso cuando se da el grito de independencia el 20 de julio de 1810, se reclamaba a Fernando VII como Rey, siempre que viniera a gobernar en nuestros territorios, con la famosa proclama “Mueran los chapetones viva el rey”.

En palabras de Posada (2008: 8), la historia procesal penal colombiana es prolija. No en vano, luego de la independencia de la República (1810-1817) han regido muy diversos ordenamientos procesales: desde legislaciones españolas pasando por las normas de los Gobiernos de transición, las recopilaciones granadinas y la vigencia del Código Judicial Nacional del siete de junio de 1872, hasta legislaciones permanentes y especializadas como los códigos de

procedimiento penal de 1938, 1971, 1987, 1991, 2000 y 2004, cuyas vigencias efectivas fueron exceptuadas – de forma reiterada- por normas transitorias y excepcionales, que en la mayoría de los casos, difícilmente respetaron los principios y garantías materiales reconocidos (o al menos no descartados) por las Constituciones Políticas de Colombia.

Por otra parte en el siglo XIX, la concepción penal en general que se formuló en las Provincias de la Nueva Granada (1810-1819) República de la Gran Colombia (1819-1831) República de la Nueva Granada (1831-1858), Confederación Granadina (1858-1861) y Estados Unidos de Colombia (1861-1886) se invocó recurrentemente a Jeremías Bentham (1748-1832) , incluso cuando ya Becaría era más citado en Europa, es decir fue Bentham el orientador filosófico en el derecho penal patrio, a pesar de ser una época dentro de lo político con una situación bastante convulsionada, como lo demuestran las diversas denominaciones que ha tenido el Estado Colombiano (Velásquez, F 2009: 418) que conllevo que políticamente nos moviéramos entre Estado Republicano y Estado Federal, al punto que solo a partir de la Constitución Política de 1886, hablamos de la República de Colombia.

En palabras de Bentham, el Código penal, es el único que puede formar un todo regular y completo, por lo que se llaman leyes civiles no son más que fragmentos sueltos pertenecientes en común a las leyes penales. Las leyes que carecen de sanción facticia, no ejercen sino una influencia demasiado débil; y las leyes de sanción remuneratoria son débiles y costosas. La Ley penal es más

fuerte: ella debe tomarse pues por base del arreglo de todas las otras divisiones de leyes (Bentham, 1839: 12)

Bentham, formo parte de eso grupo de pensadores ilustrados, (Thomasius, G Humboldt, G Filangier, G Romagnosi, M J.A. Condorcet, F.M. Pagano y C Carmigani) para los cuales el objeto del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo (Ferrajoli, 1995: 468, 512-513; Velázquez, 2009: 110) además el potencial delincuente tiene dos opciones, ceder a la tentación del placer que le ofrece el acto delictivo o soportar la pena de privación que de no cometerlos ha de sufrir (Fonseca, 2012: 84) y quien defendió en su momento que la pena actúa sobre la persona del autor desalentándolo a que cometa delitos futuros: prevención especial, o bien sobre la comunidad jurídica amenazándolo con la ejecución de un castigo, asegurando así el respeto a las prohibiciones y mandatos legales por medio de la intimidación: prevención general (Velázquez, 2009: 256).

Para Grosso García (2019: 223-224) existe una coincidencia entre Hegel y Bentham ya que el primero afirma que el delito implica un acto de violencia no justificada y un ataque contra una norma establecida que pretende asegurar la vigencia de un orden social mediante el poder coactivo del Estado, en tanto que Benthan a través de su principio de utilidad que sirve de fundamento a las teorías de la prevención general, entiende que la pena no puede ser un fin en sí mismo y debe orientarse hacia la máxima felicidad de la mayoría; además en Inglaterra señaló las bases del sistema penitenciario moderno, con la organización de un establecimiento que denomino panóptico, destinado a custodiar a los presos con mas seguridad y económica, al mismo tiempo que a obtener su mejoramiento

moral, con medios adecuados para asegurar su buena conducta y proveer a su subsistencia después de que sean puestos en libertad (Concha, 1896: 26)

En esta revisión de los texto procesales que naturalmente recibieron influencia del Código de Instrucción Criminal Francesa, debemos centrarnos en el Código Judicial, la Ley 94 de junio 13 de 1938, el Decreto 409 de 3 de mayo de 1971, el Decreto 0050 de enero 13 de 1987, el Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991 y la Ley 600 de 24 de julio de 2000, en punto de lo que específicamente establecen en materia de congruencia.

Así, encontramos la Ley 57 de 1887 conocida como “Código Judicial”, que refundía en forma anti técnica el procedimiento penal, y que era considerado totalmente anacrónico y anticientífico (Guzmán, 1978: 1).

El Código Judicial que tenía las siguientes características, ordenaba una clara desconcentración del poder judicial, a través de la separación legal entre el órgano investigador (Juez de Instrucción criminal), el acusador público (Ministerio Publico), el Juez del conocimiento y las partes (defensa, procesado y acusación particular). Se estructuró un proceso penal de partes con actuación multilateral en el juicio, aunque mucho más autoritario en sede de instrucción sobre todo a partir de la reforma procesal de 1887. (Posada, 2008: 9)

El acusador podía ser público o privado, siendo solo posible que la acusación fuese privada en los delitos querellables, ahora si eran varias las víctimas, ello no implicaba que pudiese existir más de un acusador, tal como lo ordenaba el artículo 1601. Figura que hoy aparece en el sistema de carácter acusatorio con la Ley 1826 de 12 de febrero de 2017, que la consagra en los

artículos 27 y siguientes, concretamente se establece la figura del acusador privado y se señala que la conversión de la acción penal de pública a privada podrá autorizarse para las conductas que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atenten contra bienes del Estado.

En desarrollo de la investigación el Juez de instrucción criminal podía ordenar el arresto o la detención provisional del sindicado. En tanto el juicio era adelantado por un juez competente, quien tenía la facultad de valorar a prueba bajo el sistema de íntima convicción, característica, que estimamos se desprende de la influencia del Código de Napoleón, naturalmente esta tarea no le correspondía al juez, en los casos en que existía jurado de conciencia. Pero dicho veredicto podía ser controlado por el juez, declarándolo contraevidente, como se desprende de lo ordenado por la Ley 100 de 1892, en su artículo 81 y la Ley 169 de 1896 en los artículos 50 y 51. Los jurados emitían su veredicto sin que debieran dar las razones del mismo.

Era un código típicamente mixto, en la medida que las funciones de instrucción y juzgamiento recaían en actores distintos, aunque la primera etapa era con clara tendencia inquisitiva, al existir reserva del sumario, y en donde el procesado era vinculado mediante indagatoria, a partir de la cual tanto este como su defensor podían intervenir en la práctica de pruebas.

El código exigía que todo se hiciera por escrito, al punto que el artículo 1551, estableció las formas escritas de las declaraciones y diligencias, al igual que la acusación, de hecho aunque en el juicio las intervenciones se hacían de manera oral, debía existir una transcripción minuciosa de las mismas, ello es lógico si se

entiende que en dicha época no existían medios tecnológicos que permitirán conocer por la segunda instancia la práctica de las mismas.

El juez podía condenar aún sin que existiera petición por parte del Ministerio Público, si en su concepto existía suficiente motivo para proceder y prueba legal para condenar, tal como lo establece el artículo 1617 del C. Judicial que rezaba:

“...aunque el Ministerio Publico no acuse, o no pida en conclusión castigo al reo, debe el juez, sin embargo, declarar con lugar a seguimiento de causa y condenar al procesado, siempre que encuentre suficiente motivo para proceder, y prueba legal para condenar”.

De lo que se desprenden facultades *iura novit curia*, en la medida que el juez es el que determina el derecho, y si podía condenar a pesar de que se hiciera una petición de absolución, ello igualmente puede implicar que en aras de hacer justicia, pueda condenar por una conducta con un *nomen iuris* distinto al planteado por el órgano acusador.

Como en la mayoría de los códigos que analizaremos, en materia de valoración probatoria, operaba el sistema de intermediación relativa, en la medida que la prueba se practicaba ante el juez, pero este tenía amplias facultades para comisionar; podía decretar pruebas de oficio, clara característica mixta, pero estaba prohibida la prueba secreta, como se desprende del artículo 1657.

Aunque como ya se señaló, existió en materia de valoración probatoria, el sistema de íntima convicción, también encontramos que operaba la tarifa legal probatoria en algunos casos, así los artículos 1660 y 1662, establecían que la confesión tenía valor de plena prueba para condenar, no admitiendo prueba en

contrario, salvo que se estableciera error o enajenación mental, en quien acepta haber cometido el delito.

El desgaste del código, que había regido durante treinta y dos años, generó que se creará una Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarias, que se encargará de elaborar un nuevo estatuto, para lo cual se expidió el decreto ejecutivo 628 del 24 de marzo de 1936, siendo nombrados para este efectos Rafael Escallón y Jorge Eliecer Gaitán por parte del Presidente de la República, el senado de la República designó al doctor Timoleón Moncada y finalmente la Cámara de Representantes a Carlos V. Rey, pero como el doctor Gaitán asumió la Alcaldía de Bogotá, fue remplazado por Luis Rueda Concha.

La referida Comisión, en la realización de la labor reformadora que se le encomendó, celebró casi cuatrocientas sesiones, al cabo de las cuales entregó su trabajo de codificación, el que fue acogido por el Congreso nacional mediante la expedición de la ley 94 del 13 de junio de 1938, promulgada en el Diario Oficial número 23.801 de la misma fecha, ley que empezó a regir el 1 de junio de ese mismo año (Guzmán, 1978: 1).

Este código se caracterizó, porque establecía una clara desconcentración del poder judicial, al separar el órgano investigador (Juez de instrucción criminal), el acusador público (Ministerio Público), el juez de conocimiento y las partes en el juicio (defensa, procesado y acusación particular). De este modo, se estructuró un proceso penal de 'partes' con actuación multilateral en el juicio, aunque menos autoritario que el Código Judicial original en sede de instrucción (incluso luego de las reformas de 1922 y 1928). (Posada, 2008: 13)

En materia de congruencia, el artículo 159 que se refiere a la sentencia y que debe contener la misma, en el numeral sexto establece:

“Terminará la sentencia con la parte resolutive en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas; se otorgará la condena condicional o el perdón judicial; se impondrá la obligación de pagar las costas a quien corresponda, y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables, fijándose la cuantía de la indemnización”

De lo anterior se desprende que tiene que existir congruencia entre la acusación y la sentencia, pero aunque no existe una norma específica en congruencia, son claras las facultades *iura novit curia* del juez, en la medida que la causal octava de nulidad, consagrada en el artículo 198 ordena:

“8o. Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido”

Ello implica que si el juez estima que la calificación es errónea podrá decretarse la nulidad para que la acusación se realice de forma correcta, lo que como en otros estatutos implica que el juez se involucra en la acusación.

Resulta interesante que se hubiese consagrado la figura del acusador privado, la cual hoy paradójicamente se implementa en las reformas que se están introduciendo al sistema de carácter acusatorio colombiano, la cual solo vino a desaparecer, con el decreto 1698 de 1964, radicando en cabeza del Ministerio

Público, de manera exclusiva la función de solicitar la acusación, pero sin que implicaría poder jurídico alguno sobre el imputado o acusado, ya que esta facultad seguía recayendo en los jueces de instrucción o de conocimiento; no obstante le correspondía al Procurador del Distrito vigilar la actuación de los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, además de intervenir en los procesos como representante de la sociedad.

Con una clara característica de sistema mixto, la instrucción y juzgamiento eran separadas, siendo la primera de marcada tendencia inquisitiva, al ser el sumario reservado, con la intervención exclusiva del funcionario de instrucción, el juez de la causa y sus secretarios, el agente del ministerio público, el procesado y su apoderado, y la parte civil y su representante. Por el contrario la audiencia de juzgamiento fue pública, pero sin que se dieran plenas garantías de lo que debe ser un debido proceso con pleno ejercicio del derecho de defensa, dado que el artículo 466 permitía la celebración del juicio, sin la concurrencia de las partes y sus apoderados, solo siendo obligatoria del procesado detenido o con beneficio de excarcelación y como ocurrió con el Código Judicial, el proceso era de naturaleza escrito, al punto que incluso el artículo 350 inciso 2, prohibía realizar preguntas al sindicado en indagatoria antes de que contestase por escrito. Y si bien en el juicio se hacían las intervenciones de manera oral, éstas necesariamente se tenían que entregar por escrito.

Este decreto igualmente creó los Fiscales de Instrucción, con las mismas facultades de los jueces de instrucción criminal. Se mantuvo como sistema de valoración probatoria, la libre convicción, la cual era ejercida por los Jueces o

Tribunal de Conocimiento, los cuales fallaban acorde con la prueba obrante en el proceso; salvo en los casos que eran decididos por los jurados de conciencia, quienes daban su veredicto, estableciendo un control judicial por parte del juez, en la medida que este podía declarar contraevidente el veredicto, si esta era contrario a la realidad de los hechos.

Con una clara característica de sistema mixto, la instrucción y juzgamiento eran separadas, siendo la primera de marcada tendencia inquisitiva, al ser el sumario reservado, con la intervención exclusiva del funcionario de instrucción, el juez de la causa y sus secretarios, el agente del ministerio público, el procesado y su apoderado, y la parte civil y su representante ; por el contrario la audiencia de juzgamiento fue pública, pero sin que se dieran plenas garantías de lo que debe ser un debido proceso con pleno ejercicio del derecho de defensa, dado que el artículo 466 permitía la celebración del juicio, sin la concurrencia de las partes y sus apoderados, solo siendo obligatoria del procesado detenido o con beneficio de excarcelación y como ocurrió con el Código Judicial, el proceso era de naturaleza escrito, al punto que incluso el artículo 350 inciso 2, prohibía realizar preguntas al sindicado en indagatoria antes de que contestase por escrito. Y si bien en el juicio se hacían las intervenciones de manera oral, éstas necesariamente se tenían que entregar por escrito.

Este código eliminó una característica típicamente inquisitiva que existía en el anterior, al proscribir la prueba secreta en la etapa del juicio, la cual paradójicamente volveríamos a tener en Colombia en los albores del siglo XXI, a través de la famosa justicia regional, de la que nos referiremos más adelante. Pero

se consagró el principio de objetividad que hoy tenemos en la Ley 906 de 2004 en el artículo 115, al establecer como obligación para el juez de instrucción investigar tanto lo favorable como desfavorable para el procesado, como lo ordenaba el artículo 295.

Igualmente otra característica típica de un sistema mixto, era que el juez podía decretar pruebas de oficio e incluso podía completar el sumario y además tenía plenas facultades para interrogar al acusado.

En materia probatoria se siguió con un sistema que implicaba en el fondo una tarifa legal probatoria, al clasificar las pruebas en plenas, completas e incompletas y se eliminó el pleno valor probatorio de la confesión; es decir el criterio general es que existía una libre valoración del juez, pero cada vez más limitada al establecer reglas de tarifa legal probatoria, de hecho si la personas confesaba a diferencia de lo que ocurrió en el código anterior, que se aceptaba plenamente en este estatuto se debía verificar la veracidad de la misma.

Buscando mejorar el sistema procesal, el Congreso Nacional mediante la Ley 16 de 1968, publicada en el Diario oficial número 32.467 del 29 de marzo de dicho año, le dio facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de tres años para reorganizar el procedimiento penal, buscando hacer más eficaz la administración de justicia, sin que se obtuvieran mayores resultados, lo que generó que se expidiera el decreto legislativo 2145 de 5 de agosto de 1968, a través del cual, el Presidente de la República, constituyó la Comisión Asesora para el ejecución de las facultades extraordinarias, que le confirió la Ley 16 de 1968 y después de ella mediante el decreto 2366 del 9 de septiembre de 1968, el

Presidente de la República integró nueve comités de especialistas que prestarían asistencia a la Comisión Asesora para el estudio de los proyectos de decretos extraordinarios en cada una de las materias.

El comité encargado de los estudios de reorganización del procedimiento penal, instrucción criminal, funcionarios de instrucción y policía judicial, quedó integrado por los doctores Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Zafra, Benjamín Irigorri Díez, Hernando Baquero Borda, Luis Carlos Pérez, Heriberto Arango Jiménez, Federico Estrada Vélez, Carlos H. Morales, Luis Romero Soto y Hernando Londoño Jiménez.

Producto de este trabajo se expidió la Ley 16 de 19 de diciembre de 1969, mediante la cual se introdujeron cambios a la Ley 16 de 1968, se incorporaron nuevas normas en materia de competencia y procedimiento penal y se modificaron algunas disposiciones del Código Penal, dándole al Presidente de la República facultades para determinar lo relacionado con el procedimiento que se haya de seguir en materia de investigación de infracciones penales, así como la de ordenar numéricamente todas las disposiciones procedimentales en forma sucesiva y las de sistematizarlas por títulos y capítulos, con la finalidad de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado, con lo cual no se dotaba al Presidente de la República de facultades para elaborar un Código de Procedimiento Penal, sino simplemente para realizar una tarea de codificación, compilación o reunión de normas procesales dispersas (Guzmán, 1978: 4).

El comité de especialistas y la comisión asesora, acordaron que la reorganización se debía concretar en tres aspectos: 1) Policía Judicial, 2) captura y libertad del procesado y 3) investigación de los hechos.

Posteriormente se expidió el Decreto 409 de 27 de marzo de 1971, Código de Procedimiento Penal, que acorde con lo establecido en el artículo 770 empezó a regir el 1 de julio de 1971, bajo el gobierno de Misael Pastrana Borrero.

En este estatuto los Jueces de Instrucción creados en el procedimiento penal colombiano desde 1938, no acusaban, ni fallaban, solo instruían el proceso que se adelantaba contra los presuntos responsables de una ilicitud (Bernal, 2005: 66), pero además como el artículo 10 establece que la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente con la colaboración del Ministerio Público, esto en palabras de Vargas (1986: 442), genera la consecuencia de que el juez acusa y juzga. Lo primero, al calificar el mérito del sumario con auto de proceder; lo segundo, al epilogar el proceso mediante sentencia. De entrada confluyen en el juez penal colombiano dos de las tres funciones procesales básicas (las de acusar y juzgar), pero, como si ello no fuera suficiente, a poco andar recae también sobre él la función procesal de defender, que es la tercera y última de las tres.

Efectivamente, su tarea como defensor comienza con el Art. 335 del C.P.P. que lo obliga a investigar con igual celo tanto lo perjudicial como lo favorable al procesado, y prosigue con todas aquellas disposiciones procedimentales que lo fuerzan a otorgarle al mismo, aun oficiosamente toda gracia, beneficio o subrogado que tenga derecho. En razón, entonces, de ser el titular de la acción

penal – vale la pena reiterarlo-, el juez en Colombia debe sucesivamente, dentro del mismo proceso, acusar y juzgar. (Bernal, 2005: 66)

En materia de congruencia el artículo 215 establecía los requisitos para dictar sentencia condenatoria, señalando que no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal, sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la del que el procesado es responsable, norma de la que se desprende que la sentencia debe dictarse respecto de la infracción por la cual se llamó a juicio.

En el artículo 483 que se refiere a los requisitos formales del auto de proceder, -que es la providencia a través de la cual se acusa-, se establece que se tiene que señalar la calificación genérica del hecho que se le imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifican, y como lo determina la jurisprudencia de la Corte, del ordinal 3 del artículo 483 se desprende que el juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el *nomen iuris* que le corresponde a la infracción penal que se le imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido (Cas 5 de noviembre 1947 LXIV, 156, auto 26 de abril de 1972, CXLII, 328).

En el código se observa un vacío, al no existir norma que señale de manera específica hasta qué punto existe esa congruencia, o que facultades tiene el juez para apartarse del auto de proceder del juez de instrucción que califica. No obstante lo anterior, el artículo 210 que establece las causales de nulidad, en el numeral 5 señala que se podrá decretar la nulidad, al haberse incurrido en el auto

de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, norma de la cual se desprenden facultades *iura novit curia*, en la medida que si el juez considera que existe un error en la acusación se puede decretar la nulidad para que la misma se realice acorde a lo que determina este, con lo que queda claro que el juez se inmiscuye en el marco de la acusación.

En materia probatoria, como en los estatutos anteriores, se reguló por el sistema de intermediación relativa, porque si bien el Juez de instrucción debía practicar las pruebas, tenía amplias facultades para comisionar, pero más aún cuando el juez de conocimiento, que era quien finalmente determinaba la responsabilidad poseía las mismas facultades, pudiendo decretar pruebas de oficio, típica característica del sistema mixto y como lo observamos en el estatuto anterior se prohibió la práctica de pruebas secretas durante el juicio, tal como lo ordenaba el artículo 222, lo que implica que si se podían decretar y desarrollar durante la etapa de instrucción, lo que reafirma la tendencia hacia lo inquisitivo en la primera etapa del proceso, y a lo acusatorio en la etapa del juicio.

Operó en materia de valoración probatoria el sistema de tarifa legal probatoria, en la medida que el artículo 216 estableció que “*en los procesos penales, las pruebas penales se apreciarán por su estimación legal*”, además de que se mantuvo el sistema de dividir las pruebas en plenas e incompletas.

Dada la crisis que vivía el país y el nivel de violencia imperante, se le otorgaron al Presidente de la República, facultades extraordinarias, otorgadas por el artículo 1 de la Ley 52 de 1984, que dieron lugar a que expidiera el Decreto

0050 de enero 13 de 1987, que en palabras de Posada (2008), se constituye en el primer código de procedimiento penal colombiano de rasgos fundamentalmente inquisitivos; al menos desde la expedición del CPP de 1872 original. En efecto, en dicho estatuto se mezclaron dos concepciones extrañas y opuestas sobre la acción penal, de tal suerte que: ante algunos jueces la función acusadora era rogada por la figura del Ministerio Público, mientras que frente a otros (Jueces de Circuito), era el mismo órgano de instrucción criminal quien impulsaba el proceso.

La jurisdicción era, pues, excitada externamente en algunos casos, mientras que en otros se excitaba a sí mismas con el propósito de aplicar el Derecho Penal material (AA.VV Grupo de estudio. 1987: 53-84, citado por Posada, 2008: 20).

Por primera vez se le dio cabida a la figura del tercero civilmente responsable y el tercero incidental, igualmente se estableció la figura del jurado de conciencia, conformada por tres personas que no podían tener formación jurídica.

La instrucción tenía características inquisitivas en la medida que era reservada, y escrita, en tanto que el juicio era público, pero la asistencia del procesado solo era obligatoria si se encontraba bajo medida de aseguramiento de detención preventiva, con una intervención oral por parte de los abogados y sin que al finalizar la audiencia debiesen entregar un resumen por escrito de la misma como ocurría con el estatuto anterior.

Frente a la figura del jurado de conciencia, existieron voces a favor y en contra, siendo estas últimas las más fuertes, obsérvese a manera de ilustración las palabras del profesor Alfonso Reyes Echandia, en nota dirigida el 21 de

septiembre de 1976 al doctor Tiberio Quintero Ospina, en su calidad de Ponente del proyecto para determinar si se abolía o no esta institución. Concretamente afirmaba:

“Pienso que tal institución debe abolirse por las siguientes razones:

1. Si bien nació como una manifestación de la democracia en la administración de justicia, hoy no tiene tal sentido porque lo que importa es la salvaguarda de las garantías procesales y a ello no contribuye el jurado de conciencia.
2. La idea de una justicia impartida por personas iguales a los delincuentes –que fue el germen histórico de esta institución-no resiste riguroso análisis en el plano lógico, porque llevaría en últimas a la conclusión de que los delincuentes deben ser juzgados por delincuentes
3. Los requisitos legales para ser jurado de conciencia no garantizan idoneidad jurídica ni profesional en la delicada misión de administrar justicia, pues para cumplirla no basta poseer “cultura media” ni desempeñar profesión u oficio “de aquellos que exigen capacidades intelectuales”
4. Propicia una justicia emocional sin suficiente ponderación porque el ambiente de la audiencia pública suele estar impregnado de emotividad y en tales condiciones los jurados son fácilmente permeables a consideraciones de esta naturaleza”. (Quintero 1977:77)

Pero además de lo anterior se escucharon en el mismo sentido voces tan autorizadas como las de Parmenio Cárdenas (1976) para quien entre otros argumentos, nuestra sociedad, está necesitada de una administración de justicia

que no solamente le ofrezca mayores garantías en la iniciación y el curso del proceso, sino también en su resultado final. Y si este resultado es aleatorio, necesariamente hay que ponerle remedio a esa situación, y ese remedio es la supresión del jurado; igualmente porque se los consideraba juzgadores parciales e incompetentes (Londoño y Londoño, 1976); además porque irrumpen en la conciencia de los jugadores de hecho pasiones recónditas o abiertas, prejuicios de casta de grupo, influencias sociales, personales, familiares que pueden torcer el criterio (Iragorri Diez, 1974), además porque al eximir al juez de hecho de la obligación de motivar su conclusión y permitir que administre justicia gentes ignorantes en derecho, psicología y lógica e inclusive carentes de cultura general.. configura una modalidad de la libre apreciación que hoy debe considerarse como un anacronismo en vías de desaparecer (Devis Echandia 1972: 97), o porque rezago del estado individualista, ante el cual prevalece el factor emocional sobre la realidad procesal. (Morales, 1976)

Como novedoso se estableció que en los delitos que eran querellables, se pudiera desistir de la acción penal, pero contando con el consentimiento del procesado, además de consagrar la figura también por la vía de la indemnización integral, naturalmente frente a los delitos que eran querellables.

La fase de instrucción una vez se agotaba de recoger el acervo probatorio, debía ser cerrada, labor que le correspondía a los Juzgados Municipales, Tribunales Superiores y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se profería un auto de sustanciación y el proceso quedaba a disposición de los sujetos procesales, para que estos presentaran sus alegatos y

posterior a ello se procedía a calificar el mérito del sumario, existiendo tres posibilidades: resolución de acusación, cesación de procedimiento o reapertura de la instrucción, siendo interesante que si había existido acusación, la actividad de instrucción era sometida a un control de legalidad por parte del juez de conocimiento, con lo cual se podía entender que las funciones de instrucción y juzgamientos finalmente de una u otra manera quedaban bajo el control del juez que dictaría la sentencia, lo que en el fondo deja observar que tenía un control sobre la totalidad del proceso, acercándolo a un sistema inquisitivo, porque aunque su labor se centraba en el juzgamiento finalmente también controlaba la instrucción.

Una vez ejecutoriado el control de legalidad sobre la resolución de acusación, empezaba la etapa de juicio, en la que el juez decretaba las pruebas y se desarrollaba el juzgamiento, siendo diferente en los procesos con participación de jurado de conciencia, ya que en estos, sería a los mismos a los que les correspondía, determinar la responsabilidad, pero con un control del juez, quien podía declarar contraevidente el veredicto.

En este estatuto se consagró de manera clara el principio de congruencia, regido bajo el principio *iura novit curia*, en la medida que el juez podía condenar así se solicitase sentencia absolutoria, pero más aún cuando se establecía la facultad de variar la calificación jurídica provisional, cuando esta no se ajustará a los hechos materia de debate.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se tuvo que promulgar un código de Procedimiento Penal, acorde con esta nueva realidad y

ello generó la creación del Decreto 2700 de 30 de noviembre de 1991, que nació bajo el mandato del presidente Cesar Gaviria, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 5 del capítulo 1 de las disposiciones transitorias consagradas en la Constitución Política de 1991.

El procesado era vinculado mediante indagatoria, y la fase de instrucción estaba en cabeza de la fiscalía, con la facultad de capturar al procesado, definir situación jurídica imponiendo medidas de aseguramiento y además calificaba el mérito del sumario profiriendo resolución de preclusión de la investigación o resolución de acusación, la cual una vez quedaba en firme daba inicio a la etapa de juicio, y pasando en ese momento a convertirse en sujeto procesal; es decir durante la fase de investigación cumplía funciones jurisdiccionales en tanto que en la etapa de juzgamiento, era un actor en las mismas condiciones de la defensa.

La etapa de instrucción con características propias de un sistema más inquisitivo en tanto que la etapa de juzgamiento se acercaba más al acusatorio en la medida que la actuación era pública.

El juicio en principio, se podía realizar con jurados de derecho como órganos de juzgamiento, en los procesos de competencia de los jueces del circuito, pero dicha institución desapareció al ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-226 de 1993.

Pero además se consagró la famosa justicia regional, que era típicamente inquisitiva, con fiscales, testigos y jueces que se denominaban sin rostro, en la medida que el procesado, no los conocía, tal como se desprende de la Ley 104 de 1993, con la única prebenda en favor del procesado que consistía en que nunca

se podría dictar sentencia condenatoria exclusivamente con prueba reservada, constituyéndose esta figura, en un típico caso de tarifa legal probatoria negativa, como excepción al principio de la sana crítica, que implicaba que al juez le correspondía valorar la prueba acorde a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Si bien existía la inmediación, en la práctica estaba muy limitada, porque la mayoría de la prueba era practicada por la fiscalía, y con ella si era suficiente se podía fundamentar la sentencia, sin que fuese necesario volver a practicar la prueba en desarrollo del juicio.

Se consagró la institución del allanamiento a cargos, generando como consecuencia que el procesado obtuviera una rebaja sustancial de la pena, igualmente se pudieron adelantar negociaciones, frente a los cargos formulados por la fiscalía.

Resultando curioso, que el código no consagre el principio de congruencia, ni establezca reglas mínimas en esta materia, señalándose solamente en el artículo 442, que en la resolución de acusación, el fiscal debe establecer la calificación jurídica provisional, con señalamiento del título correspondiente del código penal.

Finalmente encontramos la Ley 600 de 2000, vigente a partir del 25 de julio de 2001, expedido durante el gobierno del presidente Andrés Pastrana. Código de naturaleza mixta que se caracteriza porque la fiscalía cumple funciones judiciales durante la etapa de instrucción, en la que el procesado es vinculado mediante indagatoria, y la fiscalía además puede librar ordenes de captura, e imponer

medida de aseguramiento de detención preventiva, además de tomar medidas cautelares respecto de los bienes del procesado, pudiendo a lo largo de la instrucción decretar y practicar pruebas de oficio. Una vez estima que la investigación estaba perfeccionada, cierra la misma y procede a calificar el mérito del sumario, profiriendo resolución de preclusión de la investigación, si consideraba que no existía mérito para acusar o resolución de acusación en caso contrario.

Una vez esta decisión quedaba en firme el proceso pasa a manos de un juez, y la fiscalía pierde esas facultades jurisdiccionales para convertirse en sujeto procesal, quedando hasta cierto punto en la misma condición de la defensa.

El proceso en la etapa de juzgamiento se acerca más a lo acusatorio, pero sigue siendo particularmente escrito, empezaba dicha etapa – tal como lo ordena el artículo 400 de la Ley 600 de 2000- otorgándose un término de 15 días, para que los sujetos procesales, soliciten pruebas y las nulidades derivadas de la etapa de instrucción y preparen la audiencia preparatoria.

Cinco días después de vencerse este término, el juez cita a la realización de la audiencia preparatoria, en la que se resuelven las nulidades, se decretan las pruebas a practicar en la audiencia pública, pudiéndose repetir aquellas que hubiesen sido practicadas por la fiscalía, buscando por esta vía respetar el principio de inmediación de la prueba, aunque en la practica la regla general ha sido que pruebas practicadas por la fiscalía no se vuelven a realizar, teniendo el juez amplias facultades para decretar pruebas de oficio, facultad que viene desde el Código de Napoleón y que ha irradiado todos los códigos de carácter mixto.

Otra característica típicamente mixta de este código, y que se reflejara en la congruencia entre la acusación y la sentencia, radica en que el juez tiene facultades *iura novit curia*, en la medida que si es evidente que ha existido un error en la calificación jurídica provisional de la conducta y ello afectare la competencia del juez, este procede a declarar su incompetencia mediante auto de sustanciación motivado, remitiendo el expediente al juez competente.

La audiencia pública, no es formalmente oral, en la medida en que todo se debe transcribir por escrito, como regla general, aunque en los albores del inicio del sistema acusatorio en algunos juzgados se buscó grabar las audiencias. La audiencia tiene tres fases, la de interrogatorio al acusado, practica de pruebas y alegatos, fase esta última que muestra una característica propia de los sistemas mixtos al permitir que el juez interfiera en el marco de la acusación, en la medida que al iniciar la misma, quien primero intervenía es el fiscal, teniendo la facultad de variar la calificación, pero si es el juez el que advierte la necesidad de la variación- tal como lo ordena el artículo 404- así se lo hace saber al fiscal en la audiencia pública limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica y sin que ello implique valoración de responsabilidad.

Si el fiscal persiste en la calificación, el juez tiene la posibilidad de decretar la nulidad, con lo que queda claro, que por esta vía el juez, termina cumpliendo funciones de acusación y juzgamiento, siendo esta una característica de corte inquisitivo, aclarando que la norma que daba esta facultad fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-760 de 18 de julio de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Terminada la audiencia el proceso entraba al despacho del juez, para dictar sentencia, la cual tenía, que ser congruente con la resolución de acusación, pero una congruencia típica del sistema mixto, en la medida que el juez puede dictar sentencia condenatoria, a pesar de que la fiscalía pida absolución, pero además porque incluso tenía facultades *iura novit curia*, para decretar la nulidad del proceso, si estima que la calificación jurídica es equivocada.

La ley 600 de 2000, como regla general se sigue aplicando a todos aquellos hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, que de manera curiosa, fue teniendo vigencias parciales en la medida que entró a regir a partir del 1 de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, una segunda etapa a partir del 1 de enero de 2006 en los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. A partir del 1 de enero de 2007, se aplica en los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio, y finalmente a partir del 1 de enero de 2008, ya en todo el país entró a operar de manera plena el sistema acusatorio, con una sola excepción, en el caso de los congresistas; a ellos se les sigue aplicando la Ley 600 de 2000, pero con características más inquisitivas que mixtas, en la medida que a los mismos los investiga y juzga la Sala de Casación Penal de la Corte, y solo hasta finales de 2018, se implementó la doble instancia para ellos, producto de una reforma constitucional establecido establecida a través del acto legislativo 01 de 2018, que creo Salas de Instrucción y Juzgamiento al interior de la Corte Suprema de

Justicia, en donde la primera investiga y acusa, la segunda juzga, y la actual Sala de Casación Penal, cumple la función de Juez de Segunda Instancia.

1.5. Conclusiones del capítulo.

Los orígenes del sistema acusatorio de manera sistematizada los encontramos en Roma, especialmente en la época de la República, donde existieron instituciones tan importantes como la *cognitio* y *provocatio ad populum* a través de la cual el reo de muerte provocaba al pueblo para que este diera su veredicto final, igualmente con la *iudicium publicum*, *quaestio* o *acusatio*, que conlleva además que después de ella se realizaba un juicio público ante un juez que como órgano independiente del acusador determinaba si la acusación había logrado desvirtuar la presunción de inocencia que acompañaba necesariamente al acusado.

En materia de congruencia, la seriedad de la acusación era de tal entidad que el acusador no tenía posibilidad de cambiar la misma, cuando estimase que se había equivocado, como se observa en el texto de Modestino, (Justiniano, 1998, D: 48,5,36 (35) Modestino) cuando señala que este "(...) permite concluir que si había error en el escrito de acusación, podían presentarse dos situaciones probables e irreconciliables; en primer lugar, que el término procesal hiciese imposible la modificación.

En segundo lugar que el error pudiese enmendarse antes de la producción de la sentencia precisamente porque no se había producido y había el tiempo para proceder. Siendo estas dos las únicas opciones, no puede menos que concluirse en que la acusación vinculaba en su propios términos al sentenciador, lo cual no podría tener sentido sino a condición que se entendiera que el Juez estaba muy limitado siéndole imposible modificarles, es decir cuánto podía era acogerla o rechazarla sobre el presupuesto de la demostración de su imputación (...) (Moya, 2012: 48-49), pero además esa garantía de absoluta imparcialidad igualmente se reflejaba en que el juez no participaba en la práctica de las pruebas.

Por otra parte, de acuerdo con Moya (2016) las fuentes no revelan la opción *iura novit curia*, en virtud del cual fuese el juez el que finalmente determinase la norma aplicable al caso, involucrándose por esta vía en la acusación, lo cual además resultaba imposible dado que se trataba de un juez en conciencia.

Según Marciano el acusador sufría los efectos previstos en la Lex Remnia, si al arbitrio del juez hubo intención calumniosa (...) una vez que sale absuelto el reo (...) Lo cual se declara en los mismos términos de la sentencia, pues si hubiera fallado diciendo “no has probado el hecho”, le ha absuelto mas dijo si has calumniado, lo has condenado (Justiniano, 1988 D: 48, 16,1, Marciano) citado por Moya (2016: 272).

Además era claro que el juez no tenía camino distinto que determinar si la acusación se probó o no, y si esto último no ocurrió no tenía posibilidad distinta que la de absolver, con lo que queda claro el carácter acusatorio del proceso, sin

que el juez se pudiese inmiscuir en el marco de la acusación, siendo obligación que se demostrase la acusación para poder condenar.

Pero igualmente ya en la época del imperio se dio paso al sistema inquisitivo con el establecimiento de La cognitio extra ordinem, hasta su desaparición, producto de la decadencia a la que se llegó en esta época.

En la edad media inicialmente convivieron instituciones inquisitivas y acusatorias, pero finalmente fue clara la existencia de procesos de corte inquisitivo especialmente los que eran liderados por la iglesia católica, donde incluso se llegó a la utilización de la tortura, especialmente en el periodo conocido como la Baja Edad Media.

El Código de Instrucción Criminal Francesa de 1808, es indudablemente el principal estatuto del que se derivan las características del sistema mixto que irradió nuestros estatutos, entre ellas el establecimiento de dos fases, una de instrucción que era de naturaleza más inquisitiva y una de juzgamiento que buscaba acercarse al proceso de corte acusatorio con la presencia de un jurado que en el caso del estatuto francés, no era necesariamente popular porque incluso podía contar con la participación de togados y que en el caso de nuestros estatutos se vio reflejados en los jurados de conciencia que los tuvimos en el Código Judicial, la Ley 94 de junio 13 de 1938, el Decreto 409 de 3 de mayo de 1971, y el Decreto 0050 de enero 13 de 1987, paradójicamente las reglas de selección de los jurados en el estatuto Francés eran muy claras y buscando que este fuera conformado por los mejores hombres.

La labor del jurado era controlada por el juez, al punto que el Código de Instrucción Criminal Francesa, facultaba a los jueces de la Corte, declarar que se sobresee el juicio, si estimaban que la decisión de los jurados era equivocada, y recordemos que en nuestros estatutos procesales y con la misma finalidad se faculta al juez para declarar contraevidente el veredicto.

Igualmente dicho código consagró amplias facultades al órgano de instrucción para practicar pruebas, tal como lo observamos en todos los estatutos de corte mixto, aunado al hecho de que el juez pudiese decretar pruebas de oficio e incluso tenía facultades para practicar en ciertos eventos pruebas secretas, especialmente en la etapa de instrucción, estableciendo limitantes en esa fase para el ejercicio del derecho de defensa.

En materia de garantías procesales, se consagraba el principio de cosa juzgada, de manera expresa en el artículo 360, tal como igualmente se estableció en los estatutos de corte mixto, así se establece en el artículo 17 del decreto 050 de 1987, artículo 15 dentro del capítulo de normas rectoras del Decreto 2700 de 1991, y artículo 19 de la Ley 600 de 2000.

En el mismo sentido, el Estatuto Napoleónico, estableció de manera clara que el juicio era contradictorio, oral y público, característica que se observa en los códigos de corte mixto, aunque con algunas limitaciones. En materia de sistemas de valoración probatoria, el código estableció el de libre valoración probatoria, común al que se implantó en muchos de nuestros estatutos, los cuales con el paso del tiempo fueron pasando al de la Sana crítica, claramente imperante en la Ley 600 de 2000 y naturalmente en la Ley 906 de 2004, siendo la prueba más

importante la testimonial, característica común a la mayoría de los estatutos patrios.

Como se puede observar es evidente la influencia del Estatuto Francés de 1808, en los códigos procesales que nos han regido, e incluso en la propia Ley 906 de 2004, que traía figuras que hoy se han implementado en el estatuto de Corte acusatorio como la del acusador privado.

Especialmente en materia de congruencia, se observa como en los estatutos procesales colombianos, desde el código judicial, hasta la Ley 600 de 2000, el juez mantiene sus facultades *iura novit curia*, que se traducen en que el juez, se involucra en el marco de la acusación, de donde se desprende que a diferencia de lo que ocurre con el modelo acusatorio adversativo, no existe una clara diferencia entre las funciones de acusación y juzgamiento.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Una vez desarrollado el capítulo anterior en torno a la historiografía de la institución de la congruencia y la forma como ella se estructuró en las etapas del desarrollo humano más importantes, corresponde ahora entrar a mirar la fundamentación epistemológica del principio de congruencia, para lo cual se debe señalar que el abordaje del mismo puede darse desde diferentes ópticas.

Dicha fundamentación se presenta como necesaria si se entiende además que el derecho penal adquirió entidad científica cuando se formularon sus bases dogmáticas, sugeridas en los trabajos de Feurbach y Beccaria, para ser construida con los de Kant y Hegel (Moya, 2012).

Hegel, bajo la concepción de Zaffaroni (1982: 135), entendía al delito como negación del derecho y a la pena como negación del delito. Se acompañó de autores como Cristian Reihhold Kostlin, quien emprendió la tarea de fundar un sistema de derecho penal sobre la filosofía hegeliana en el que concibió al derecho como eticidad en su forma objetiva y al delito como la lesión al derecho como tal, es decir, dirigido no contra una particular forma de aparición del derecho, sino contra su esencia misma, como su negación general, haciendo fincar la justificación de la pena en la justicia abstracta y la necesidad absoluta de reparar objetivamente el derecho.

En el mismo sentido Heinrich Abegg (1830) citado por Zafaroni (1982: 135), habló de una pena basada en el principio de justicia restaurativa. Por su lado, para Berner (1835: 28) el crimen representa la lesión del derecho como derecho, es algo en sí correcto, y, esta corrección interna se manifestará mediante la pena.

Correcto es el crimen en cuanto que quiere ser cancelación del derecho. La pena es así negación de la negación, dicho afirmativamente, afirmación del derecho nociones definidas en el mismo sentido por Halschner (1808) y Kostlin (1845).

Lo dicho implica entender que este análisis se puede hacer desde dos vertientes distintas, a saber: una de carácter conflictualista y otra perspectiva de connotación estructural-funcionalista. La primera, de estirpe Kantiana, implica abordar el fenómeno jurídico sobre la base de una oposición de derechos.

Precisamente, se trata de la violación del orden jurídico versus el ejercicio de la libertad por parte de quien incurre en el ilícito, es decir, se debe partir de la base de que existe un conflicto jurídico y, en consecuencia, un mecanismo idóneo para resolverlo, propio de los sistemas inquisitivos, en donde se parte de una premisa anticipada en virtud de la cual existe un conflicto entre la ley y el procesado. (Moya, 2012)

En efecto, Kant remitió la legitimidad del control penal a la observación de los imperativos categóricos que originan el derecho en general y el penal en particular; en tanto, Hegel los derivó del sistema jurídico. Dentro de esos imperativos categóricos establecidos por Kant, la justicia juega un papel fundamental, y se puede señalar que la congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, es decir, debe corresponder a un acto de justicia en virtud del papel que juega el juez que busca recuperar el orden perdido. (Moya, 2012: 84)

A su turno, el modelo conflictualista, como lo explica Moya (2012) implica la existencia de un conflicto auténtico en donde se precisa de cuatro condiciones:

“1. Dos extremos subjetivos. Quiere decirse así que deben converger el encuentro, cuando menos, dos partes integradas por sujetos aptos para hacerse oír en el contexto social en que se desenvuelven.

2. Pretensiones individuales. Cada uno de los extremos subjetivos deben oponerse mutuamente objetivos por los cuales compiten.

3. Incompatibilidad. Los objetivos que propician la controversia deben ser de tal entidad que la realización de uno conlleve inevitablemente la irrealización del otro.

4. Acuerdo sobre la existencia de un conflicto. Es preciso que las dos partes admitan que se encuentran en conflicto, pues de otra forma se perdería el presupuesto de la existencia de las partes y la situación no sería socialmente debatible.

La teoría del conflicto comprende que la ausencia de cualquiera de los anteriores elementos, hace del supuesto conflicto algo irreal. Por consiguiente, el que se presente una situación de esta naturaleza implica un problema que no trasciende la individualidad y para que haya conflicto debe ser social o socializable, es decir, susceptible de solución social”. (p. 85)

Por el contrario, el modelo de corte acusatorio adversarial no puede partir de la base de entender que existe un conflicto, y la acusación no se puede entender como un elemento propio de un conflicto sino una condición de diálogo, la cual puede ser aceptada o no por el procesado. Aquí, el juez juega un papel de árbitro entre dos partes (fiscal y defensor), los cuales proponen dos narrativas distintas, cualquiera de las dos podrá convertirse en sentencia y, por ello, autorreferencialmente, verdad (Moya, 2012: 86). En efecto, el juez es un perfecto imparcial que convertirá en sentencia la narrativa que se le haya demostrado, en donde no se podrá inmiscuir en el proceso de construcción de ninguna de ellas, y, naturalmente, si la acusación fue el elemento que sirvió de base para ese ejercicio de diálogo entre esas dos partes, dicha acusación no puede ser permeada por su propia visión siendo la sentencia un acto de respeto a ella, en el entendido que el juez no la puede desconocer, pero también bajo la egida que si dicha acusación no fue probada, la sentencia siendo congruente con la acusación debe ser de naturaleza absolutoria, en la medida que dicha acusación no se probó.

La producción de la verdad se construye a partir de un debate de partes, en donde cada una en función de acusación y defensa, respectivamente construyen y exponen sus narrativas las cuales precisan ser construidas a partir de premisas fácticas, jurídicas y probatorias (Moya, 2012: 87), no pudiendo ser permeadas por una tercera narrativa distinta, esto es la del juez, quien no está facultado para crear la suya propia porque ello afectaría su imparcialidad que como lo señala el artículo 5 de la Ley 906 de 2004 principio rector de nuestro sistema, exige que

establezca con objetividad la verdad y la justicia, la cual solo podrá ser producto de lo que se demuestre en el proceso a partir de las dos narrativas planteadas, esto es las dos teorías del caso la de la fiscalía y la de la defensa.

Como el proceso se constituye en un ejercicio de diálogo a partir de la acusación, incluso la defensa podría perfectamente tomar uno de dos caminos: discutir la acusación e irse a juicio proponiendo su propia narrativa de los hechos o, tomar una actitud de simple de mera expectativa y refutación (Moya, 2012: 88); pero cualquier sea el camino que adopte ello implica que esta tenga claro la realidad fáctica, probatoria y jurídica.

Esa verdad a la que llega el juez debe partir del uso de un método dialéctico que le permita confrontar una tesis, una antítesis y de allí realizar la síntesis, que no es otra que la sentencia.

Como lo señala Hegel, ante los Tribunales, el derecho adquiere la determinación de tener que ser demostrable, lo cual implica un sentido constructivista, afín a los presupuestos epistemológicos en que descansan los modelos procesales de tendencia acusatorio-adversativo. El procedimiento jurídico pone a las partes en condiciones de hacer valer sus medios de pruebas y sus fundamentos jurídicos y al juez de tomar conocimiento de la cuestión. (Hegel, 1999: 343).

Dicha congruencia es asociada por algunos autores como una condición de legalidad de la actuación penal (Espitia, 2006: 126-128 citado por Moya 2016: 263)

y otros la asocian al objeto mismo del proceso (Roxin, 2000: 163-164) como regla procesal de necesidad de congruencia derivada del principio de personalidad del imputado (Claria Olmedo, 1981: 135) como principio que delimita las facultades resolutorias del Tribunal (Ledesma, 2016: 146). En el mismo sentido lo expone Rocco (1944: 167) Devis (1984: 49) o inclusive se expone como un requisito interno de armonía desde Ramos (1990: 657).

En todo caso, coincidiendo con Moya (2016: 263), se puede decir, que la congruencia funciona como principio de derecho no legal, de ahí que no requiera estar enunciado entre las normas rectoras. Es por ello que su vulneración apareja la declaratoria de la ineficacia del proceso, lo que es tanto como afirmar que la observación de la congruencia califica su legalidad. Para ser más precisos, si hay congruencia entre los actos procesales involucrados, el proceso es legal, de lo contrario no, y con ello las consecuencias son la nulidad, o la inexistencia, pero ello exige entenderla dentro de un modelo que sea garantista, en donde se realice un acto de justicia, es decir se pueda proferir una sentencia que sea justa.

2.1. Formulas epistemológicas para estudiar el fenómeno jurídico.

De los métodos que se pueden utilizar para analizar el fenómeno jurídico, existen cuatro formulas epistemológicas del derecho en particular: hermenéutica, dogmática, sociológica y el semiótico. El primero se ha caracterizado por la busca del sentido jurídico al interior de las instituciones jurídicas, de donde han surgido

variables como la exégesis, el movimiento de los glosadores, la reconstrucción histórica, la interpretación sistemática, etc.; acogido por autores como Espitia (2013); el sociológico Giddens (2012) a quien cita Moya (2018: 34) que busca establecer el conocimiento a partir de las interacciones sociales y que no arroja resultados específicos asociados al tema de la congruencia. Por su lado, la semiótica estudia los procesos de construcción del sentido mediante operaciones comunicativas basadas en el uso de los sistemas sígnicos, siendo la congruencia un signo (Moya, 2016: 260-266). Además, el método semiótico busca el sentido del derecho en sus subextensiones con los restantes sistemas sociales (Lüthmann, 1998; Nobles and Schiff, 2014: 325-340 citados por Moya 2016: 260). Finalmente, el método dogmático, que prefiere indagar por el sentido del derecho en el complejo deóntico que integra y otorga identidad al sistema normativo que, como afirma (Moya, 2016) se acerca más a un cierto ideal de universalidad científica, aunque también lo critica señalando que paradójicamente tampoco es consulto del vínculo del derecho con las personas a las que está dirigido, si bien la indagación por los valores de una u otra forma le fuerza a hacer estimativos sociales (Moya, 2016: 260).

Por acercarse a ese ideal de universalidad científica, y además porque sigue los lineamientos en que se basó el surgimiento de la ciencia penal (esto es, a partir de los trabajos de Kant y de Hegel), el modelo epistemológico y el consecuente método observado para el tratamiento de la congruencia, es el dogmático, además porque el tratamiento jurisprudencial y doctrinal dado a la

congruencia ha sido predominantemente dogmatista, aunado a que la reconstrucción implicada en las fuentes de la Ley 906 de 2004 evidencian una tendencia de esta misma naturaleza, de donde resulta inexpugnable que una fórmula crítica, como ha correspondido en este proceso investigativo, cuestione las conclusiones de la jurisprudencia, particularmente, conforme a la parametrización epistemológica de la cual surgió. Por ende, se estima que se debe mirar el trabajo a partir del método dogmático.

Adicionalmente, dicho método permite indagar por el sentido de la congruencia al interior del sistema jurídico, la cual se constituye en una garantía dentro del proceso, en la medida que impide que una persona sea condenada a través de una sentencia que se aparte de la acusación y más, como lo afirma Moya (2016), garantiza que la persona solo puede ser condenada respecto de aquello por lo cual se defendió.

2.2. El garantismo como marco de fundamentación.

Siendo coherentes con lo que se pretende, esa mirada se tiene que dar desde una perspectiva epistemológica específica, que es en este caso la del garantismo y es por ello que una visión crítica implica los autores que dan soporte a esta posición, cobrando especial relevancia el profesor Luigi Ferrajoli, en la medida que como lo señala el maestro Italiano, se trata de estructurar una

epistemología garantista, la cual es una posición filosófica antagónica al totalitarismo (Alvarado, 2005: 303).

En ese sentido, el derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista, clásico (la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad penal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia) en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal (Ferrajoli, 1995: 33), ello naturalmente debido a que el proceso penal moderno se entiende a partir de los postulados que se derivan inicialmente del Estado liberal y que posteriormente adquirirán mayor relevancia en el Estado social y democrático de derecho surgido con la finalización de la segunda guerra mundial.

El proceso penal de corte acusatorio tiene unos principios que se constituyen en límites a esa potestad punitiva del Estado y, además, un límite a la arbitrariedad, es decir, los distintos postulados garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos del derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por lo tanto, de limitación de la potestad punitiva y de la tutela de la persona contra la arbitrariedad (Ferrajoli, 1995: 34) y, dentro de ellos, como se verá, el principio acusatorio y el principio de congruencia jugarán un papel fundamental, en aras de garantizar un juicio justo, lo que traducido en el proceso

penal, envuelve en punto del principio acusatorio que el juez no se puede inmiscuir en las funciones de acusación y que solo podrá dictar sentencia respetando el marco de la acusación presentada por el Estado a través de la Fiscalía.

Por ello, y en aras de lograr estructurar un proceso penal justo se requiere de un modelo procesal penal garantista, el cual en el plano axiológico, al tener la función de delimitar el poder punitivo del estado mediante la exclusión de los castigos *extra o ultra legem*, no es un absoluto incompatible con la presencia de momentos valorativos cuando estos, en vez de dirigirse a penalizar el reo más allá de los delitos cometidos, sirven para excluir su responsabilidad o para atenuar las penas conformes a las específicas y singulares circunstancias en las que los hechos comprobados se han verificado (Ferrajoli, 1995: 39), lo que en el fondo implica la estructuración de un sistema que se constituya en una alternativa a un modelo que puede ser autoritario, como se observa en los sistema de corte inquisitivo y que debe propugnar por la jerarquía de la Constitución sobre la ley (Neyra Florez, 2010: 2) lo que en palabras de Alvarado Velloso (2005: 307) implica proclamar la libertad, la garantía al debido proceso, el derecho del ciudadano a ser juzgado imparcialmente por un Juez, sin que este pueda asumir actitudes paternalistas con las partes o tareas que no le incumben conforme a lo normado en la Constitución.

Dicho proceso acusatorio, en palabras de Carmignani (1979) era distinguido con las siguientes características: 1) que nadie puede ser condenado sin un acusador; 2) que cada individuo del pueblo se le debe permitir llamar a los reos a

juicio; 3) que la cuestión criminal debe tratarse como un asunto entre el acusador y el reo de modo que los jueces no deben hacer nada distinto que pronunciarse sobre la verdad o la falsedad de la acusación y aplicar la ley; 4) que la cuestión debe ser discutida con la máxima publicidad; 5) que los jueces del hecho deben ser distintos que los que se pronuncian sobre el derecho; 6) que las leyes deben declarar expresamente cuales son los delitos subversivos de la seguridad pública, que admitan por esto una acusación *voluntaria* por parte de cualquier individuo del pueblo reservando a los ofendidos solo la acción civil privada ejercitable en juicio civil. (pp. 239, 240)

Por su parte, Montero Aroca (1997: 26-27) lo entiende como Sistema y señala que la jurisdicción es ejercida por Tribunales populares, la acción penal es popular y su ejercicio es indispensable para la realización del proceso; las partes actúan en contradicción e igualdad; el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, siendo la libertad la regla para el imputado; las pruebas deben ser introducidas por las partes, porque el juez carece de poderes autónomos para investigar los hechos; el procedimiento es oral, inmediato, concentrado y público; finalmente existe una sola instancia de modo que no cabe recursos contra la sentencia.

Para ello y en aras de evitar los abusos del poder punitivo del Estado se hace necesario el establecimiento de unos principios que se constituyan en límites a esa potestad, a saber: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido

estricto; 3) principio de necesidad o de economía en el derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad penal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio de contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen (con cierto forzamiento lingüístico) el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal (Ferrajoli, 1995: 939), resultando de particular importancia para los efectos de este trabajo el principio acusatorio, que implica que las funciones de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos, siendo la acusación una tarea de la Fiscalía, en tanto que el juzgamiento será del juez, sin que este se pueda inmiscuir en forma alguna en dicha actividad.

Para Bauman, citado por San Martín (2003), el principio acusatorio implica entender que no es la misma persona quien realice las averiguaciones y después decide al respecto. Gimeno Sendra (1996) señala que una característica esencial es la prohibición de la *reformatio in pejus* y en el mismo sentido Ascencio Mellado (2000) enfatizando en que el proceso tiene dos fases y las tareas propias de investigación y decisiones respectivamente han de ser conferidas a órganos diferentes. Rige la máxima de la identidad entre instructor y decisor; pero además

existe una relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes en atención a la acusación fiscal. Esto es temática, es decir, al hecho penalmente antijurídico, pero teniendo la facultad para complementarlo en toda su extensión (pp. 17-27) pero frente a esta última nota de Ascencio surge el interrogante de si el juez tiene una relativa vinculación con la acusación, puede implicar que a partir de facultades *iura novit curia* la complementa, con lo cual no estaría ante una característica que se derive de este principio.

Este principio (*iura Novit Curia*) según Augenti, es un aforismo que estaba vigente en el Siglo XIV, cuyo origen puede encontrarse en la frase que, fatigado por las disquisiciones jurídicas del abogado, lo interrumpió exclamando: “*Venite al factum. Curia novit ius*”, convirtiéndose posteriormente el *ius*, en *iura*, y que se refiere a la advertencia “Abogados, pasad a los hechos; la Corte sabe el derecho” (Sentis Melendo, 1948: 210, en el mismo sentido Ledesma, 2016: 156). Aunque para Calvino (2008) el *iura novit curia* ya aparecía el Corpus Iuris Canonici (p. 595), recopilación del ordenamiento canónico, entre los que se encontraban el Decreto de Graciano (1150), los Decretales de Gregorio IX (1234), los Decretales de Bonifacio VIII (1298), los Decretales de Clemente V (1314), los Extravagantes Comunes (1484). (Belén Salido, 2016: 4)

Aplicado este aforismo al tema aquí analizado implica afirmar que es el Juez quien determina en últimas la denominación jurídica de los hechos, lo que conlleva que este se puede inmiscuir en la acusación, pudiendo modificar la misma o incluso dictar sentencia por un delito distinto al que fuese considerado

por el fiscal, en la medida que el juez puede y debe subsanar el error en el que la parte haya incurrido al calificar la acción (Sentis Melendo, 1948: 248), es decir, tiene facultades oficiosas para corregir los yerros que en su concepto existan al acusar.

En el derecho inglés, el principio acusatorio significa sustancialmente que los Tribunales carecen de facultades de actuación de oficio, porque estas serían incompatibles con la igualdad entre los litigantes, de lo que se derivan una serie de consecuencias: a) la investigación y el esclarecimiento de los delitos no corresponde a la autoridad judicial, b) la incoación del proceso penal exige que alguien ajeno al tribunal se constituya como actor y acuse, así como que el acusado se resiste a la pretensión del actor, c) el acusador tiene la carga de probar los hechos que imputa al acusado y la culpabilidad de éste, de donde se sigue el principio de presunción de inocencia, d) el acusado tiene derecho a aportar sus propias pruebas de descargo y sobre todo, de someter a examen crítico las pruebas de cargo aportadas por el actor (Diez- Picazo, 2000: 37; en el mismo sentido puede verse la obra de Walker, 1985: 441).

Como se observa, se trata de un conjunto de garantías penales y procesales que pretenden un juicio justo, Entre los dos sistemas de garantías existen nexos tanto estructurales como funcionales. Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción y culpabilidad) serán efectivas en la medida que estos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control

(Ferrajoli, 2005: 537), jugando un papel fundamental tres aspectos: la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho acusado a la defensa. (Ferrajoli, 1995: 537)

Dicho Sistema garantista se puede observar desde tres ópticas distintas: primero, como “modelo normativo de derechos”; en segundo lugar, como una teoría jurídica de la validez y de la “efectividad” como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas; y en tercer lugar como una filosofía política

Como modelo normativo y frente al derecho penal implica el respeto a la estricta legalidad propia de un Estado de Derecho (Ferrajoli, 1995:851) que implica un ejercicio mínimo de la violencia y respeto a la libertad, como característica propia de un sistema garantista

Como teoría de validez, el garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho, e incluso propone como cuestión teórica central la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia (dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ello patológica) que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas (Ferrajoli, 1995: 852). En uno u otro sentido, el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión

crítica hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista factico o descriptivo del derecho efectivo (Ferrajoli, 1995: 853).

Esa actitud de tensión crítica hacia las leyes vigentes, implica especialmente para las altas Cortes que sus decisiones se construyan buscando dar aplicación a lo que se puede denominar el Programa Penal de la Constitución que a partir del acto legislativo 03 de 2002, que estableció constitucionalmente el sistema acusatorio. Exige tanto de Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia un desarrollo jurisprudencial que responda al respeto del mismo, lo cual genera dudas cuando al hacer una revisión de la línea jurisprudencial (de la que se ocupa con detenimiento el próximo capítulo), se puede observar que el marco constitucional va por una vía y las decisiones judiciales por otro, lo que puede llevar a pensar en el carácter inconstitucional de algunas decisiones judiciales.

En una tercera acepción, “garantismo” designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho moral, entre validez y justicia (Ferrajoli, 1995: 853) y es precisamente esa separación entre validez y justicia lo que implica que un sistema como el acusatorio busque ese marco de justicia, a diferencia de lo que ocurría

con el sistema inquisitivo y el propio sistema mixto, lo que para Kant implica entender el papel de la "autoridad judicial" simplemente como *"otorgar [a] lo que es suyo de acuerdo con la ley"*, o emitir un "veredicto (sentencia) [en cuanto a] lo que se establece como derecho en el caso a la mano:

[He sees the role of the "judicial authority" as simply "award[ing] to each what is his in accordance with the law," or rendering a "verdict (sentence)[as to] what is laid down as right in the case at hand]¹¹ (Steffen, 2016 p: 77),

Así, el Juez debe realizar un acto de justicia, que es precisamente lo que se busca en el proceso penal, en la medida además que para Kant, el acto delictivo es una transgresión de la ley pública [Kant's only definition of a criminal act is terse: it is a "transgression of public law."]. No se puede olvidar que la concepción de justicia de Kant implica que los ciudadanos deben abstenerse de aquellos actos que privan a otros ciudadanos de su libertad cívica. [that Kant's conception of justice entails that citizens must refrain from those acts which deprive other citizens of their civic freedom] (Steffen, 2016: 79)

Como sistema, está concebido con principios y garantías que se constituyen en un sistema de prohibiciones inderogables: de castigar, de privar la libertad, de registrar o de sancionar de alguna otra forma si no concurrieren las

¹¹ Traducción libre del autor: Él ve el papel de la "autoridad judicial" como simplemente "otorgar a cada uno lo que es suyo de acuerdo con la ley", o emitir un "veredicto (sentencia) [en cuanto a] lo que se establece como correcto en el caso a mano]

condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos de poder (Ferrajoli, 1995: 861).

En ese sentido el principio acusatorio hace parte de ese método de prohibiciones, que frente a la congruencia entre acusación y sentencia prohíbe que el juez pueda dictar sentencia desconociendo el marco de la acusación, lo que genera que cualquier decisión que desconozca la labor del ente acusador en esa materia estaría a su vez desechando ese principio acusatorio que hace parte de ese esquema encaminado a evitar decisiones arbitrarias.

La apuesta es alta: la elaboración de un sistema general del garantismo, o si se quiere, la construcción de las paredes maestras del Estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades de individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal (Bobbio, 1989: 13). Es por ello que un proceso penal estructurado en un modelo acusatorio exige una clara separación entre las funciones de acusación y juzgamiento, siendo incompatible con este modelo que el juez se inmiscuya en la labor de acusación.

Si se entiende el acusatorio como principio, tiene las siguientes características básicas y esenciales que enmarcan la cuestión: a) separación entre el órgano investigador/acusador y el órgano juzgador; b) sin acusación no hay juicio o no hay condena; c) la condena no puede ir más allá de la acusación; d) la proposición y producción de pruebas queda en manos de las partes; y e) la prohibición de la *reformatio in pejus* (López Barja de Quiroga, 2013: 199). El

proceso se estructura sobre una serie de garantías, pero la orgánica separación entre juez y acusación y las procesales de publicidad, oralidad y contradicción en la formación de la prueba, son propias de manera específica del método acusatorio (Ferrajoli, 1995: 541).

Lo expuesto implica construir un proceso penal que se fundamente para llegar a la verdad, es decir un modelo cognoscitivo del proceso penal, donde es evidente que el método acusatorio, fundado en el contradictorio entre pruebas *per modus ponens* y refutaciones *per modus tollens*, es una condición necesaria (aunque no suficiente) del modelo cognoscitivo (Ferrajoli, 1995: 542), es decir, el modelo acusatorio propende por llegar a una verdad que se construye a partir de las teorías que son presentadas por las dos partes: Fiscalía y defensa, y que se tiene que concretar en una decisión tomada por el juez en una sentencia que debe reflejar la misma.

Dichas sentencias deben tener una motivación fundada en hecho y en derecho, formada por proposiciones asertivas, que son las que le dan legitimidad a la misma, es decir, el nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales que se constituye, además, en fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del poder judicial en el moderno Estado representativo de derecho (Ferrajoli, 1995: 544). Naturalmente, para ello, se requiere de un juez que se constituya en garante de los derechos fundamentales.

En ese sentido, se puede llamar acusatorio a todo modelo procesal que concibe el juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al

juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. Por el contrario, un sistema inquisitivo es aquel en que el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de la prueba, llegándose al juicio desde una instrucción escrita y secreta, o en cualquier caso limitados la contradicción y los derechos de defensa (Ferrajoli, 1995: 564). Lo anterior implica entender que se está frente a dos jueces distintos con un papel diferente en la búsqueda de la verdad, que metodológicamente implica llegar a solucionar cada caso de forma diversa.

En palabras de Florián (1982: 6), quien defendió el sistema acusatorio, aún en épocas de la dictadura la diversidad en la distribución de las funciones procesales esenciales suministra el criterio para distinguir las dos formas fundamentales del proceso. Si cada una de estas tres funciones (de acusación, de defensa y de decisión) se confía respectivamente a un órgano propio y separado que la ejerce y se instituyen los tres órganos (acusación defensor y juez) el proceso es acusatorio; pero si estas tres funciones se concentran en poder de una sola persona y se atribuyen a un mismo órgano, el proceso es inquisitorio.

Pero previo a todo ello, para Armenta (2003) la esencia del sistema acusatorio reside, pues no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa, punto en el que estimamos que efectivamente debe existir una acusación previa, pero también que

se hace necesaria esa separación entre juez y acusación, porque de lo contrario la acusación podría ser permeada por el juez.

La separación del juez y acusación, es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural de todos los demás (Ferrajoli, 1995: 567), por ser el principio central de este modelo, que exige que las funciones que cumplen fiscal y juez no se pueden confundir, ya que si ello ocurre los efectos que se producen sobre el proceso y sus resultados en punto de la sentencia son muy graves en la medida que no serán producto de una labor en que el ente acusador cumplió de manera independiente con su labor, sino en la que ella se vio contaminada por la personal perspectiva que tiene sobre el hecho quien finalmente dicta la sentencia.

Ello obedece a que de manera equivocada, se irrogan facultades *iura novit curia*, al juez con lo cual resulta normal que se involucre en la acusación y su construcción, propio de los procesos de tendencia inquisitorial, incluidos los llamados mixtos o napoleónicos, que han generado en virtud del principio de justicia, que el juez pueda entrar a corregir los yerros de las partes, no solo del acusador, sino también de la defensa. (Moya, 2016: 275)

Olvidando que un modelo garantista como el que se plasma impide que se tengan las mismas y en consecuencia la acusación sea exclusiva de la fiscalía. La garantía de la separación, así entendida, representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura

del juez; por otra, un presupuesto de la *carga de la imputación y de la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio (Ferrajoli, 1995: 567)

Un modelo como el que se propone, implica que será la Fiscalía la que acusa y ella y solo ella la responsable de la misma, y parte del presupuesto de la obligatoriedad de la acción penal, en el entendido que le corresponde a esta investigar los hechos una vez lleguen a su conocimiento y después de realizada la investigación determinar si acusa o no, es decir la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución cuando considere que el hecho es penalmente irrelevante o que no existen indicios de culpabilidad (Ferrajoli, 1995: 570).

En este punto resulta fundamental revisar el tipo de juez que exige un proceso de esta naturaleza, el cual debe ser un ser impoluto, que tiene que haber interiorizado un modelo garantista y con claro entendimiento del papel que juega en él, porque mientras al esquema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello más sabio que experto, el rito inquisitivo exige sin embargo un juez actor, representante del interés punitivo, y por ello, leguleyo, versado en el procedimiento y dotado de capacidad de investigación (Ferrajoli, 1995: 575).

Ese es precisamente un tópico que exige una reflexión en punto del tipo de jueces que estamos constituyendo y si ese proceso de formación puede estar

influyendo en la forma como no se comprende el papel que debe cumplir en el modelo, aunado a un problema adicional sobre el cual se debe cada día trabajar mucho más que son los valores y ética que tiene que irradiar a quien tiene la función como un Dios de determinar la responsabilidad penal de una persona.

No se puede olvidar que el esquema incluso permite que el juez provenga de la sociedad y como lo señala Kant, el pueblo se juzga a través de aquellos ciudadanos que, mediante libre elección, son reconocidos como sus representantes, especialmente para ello, o sea para cada acto, es decir, solo el pueblo puede juzgar a alguien en su seno por medio de sus representantes delegados por él mismo (el Jurado) (Kant, 1989: 148). De hecho, para Kant, los jurados de conciencia tienen un papel, institución típica acusatoria, donde *“un veredicto, es un acto individual de justicia pública”* (Steffen 2016: 153). Entonces, lo anterior para Steffen (2016) , implica que el modelo comunicativo Kantiano sugiere dos consideraciones adicionales: [D] que los jurados son el mecanismo apropiado para hacer el tipo de los juicios normativos (morales) en cuestión en los casos penales; y [E] ese servicio de jurado desarrolla ciertas virtudes cívicas kantianas, que a su vez facilitan la realización del ideal comunicativo.[there are two further considerations suggested by the Kantian-communicative model: [D] that juries are the appropriate mechanism for making the type of normative (moral) judgments at issue in criminal cases; and [E] that jury service develops certain

Kantian civic virtues, which in turn facilitate the realization of the communicative ideal]. (Steffen, 2016: 141)¹²

Ahora, independientemente de que el juez sea en conciencia o en derecho, lo que es cierto es que estos no persiguen ningún interés prejudicial sino sólo la averiguación de la verdad en cada causa que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto (Ferrajoli, 1995: 579).

Solo a partir de la verdad que presenten las partes, será el juzgador el que tomará una determinada decisión, es decir, es a las partes a las que le corresponde construir y mostrar la verdad de unos hechos que se le presentan a un tercero imparcial que es el juez, quien además solo está sujeto a la ley.

Esa sujeción a la ley se hace patente en el requisito de la *imparcialidad* y tiene su justificación ético-política en los dos valores (la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales) antes asociados a la jurisdicción. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que ésta llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa (Ferrajoli, 1995: 580). Es por ello que solo un juez como el que aquí se plantea puede ser garantista y respetuoso de esa imparcialidad que se reclama, la cual se verá necesariamente afectada si de una u

¹² Traducción libre del autor: “el modelo kantiano-comunicativo sugiere dos consideraciones adicionales: [D] que los jurados son el mecanismo apropiado para emitir el tipo de juicios normativos (morales) en cuestión en casos penales; y [E] que el servicio de jurado desarrolla ciertas virtudes cívicas kantianas, que a su vez facilitan la realización del ideal comunicativo]. (Steffen, 2016: 141)”.

otra forma termina inmiscuyéndose en la labor del fiscal, derivado de facultades *iura novit curia*, que no son posibles en un modelo de corte acusatorio.

Garantía de imparcialidad que para Ceriani Cernada (2000), posee una relevancia fundamental dentro del marco del proceso penal, en la medida que opera como una megagarantía que funciona como presupuesto necesario del respeto y la realización de las demás garantías fundamentales (p.112), es decir, es una garantía pensada a favor del imputado, siendo su fundamento el “*temor a la parcialidad*” que puede sufrir el encausado frente a la actuación del juez en el caso concreto (Ledesma, 2016: 91)

En el caso Kattunen v Finlandia, el comité de Derechos Humanos, señala que la imparcialidad y la publicidad de las actuaciones, hacen parte del derecho a un juicio justo, igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martin Mejía v, Perú” (1996 parr 209) afirmó que la imparcialidad supone que el Juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice, y en particular no presume la culpabilidad del acusado.

Los americanos hablan de un sistema adversarial, y lo defienden porque las partes están en mejores condiciones de aportar hechos e información, entregando las pruebas relevantes que fundan la condena o absolución; y al no estar el juez involucrado ni en los hechos ni en su desarrollo, esto permite una aproximación a la prueba bastante objetiva; además el sistema adversarial representa un valor superior a cualquier otro por su consideración de dignidad de las personas, lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado sean tratados como

iguales (Gómez, 2015: 49), existiendo claras diferencias entre el Fiscal representante del Estado y un Juez con Jurado.

Esa clara separación de funciones implica, que esté presente la imparcialidad como una garantía, y en ese sentido es el propio Estatuto Procesal Penal Colombiano (Ley 906 de 2004) el que lo garantiza a través del artículo 5º en el título de principios y garantías procesales, al establecer la imparcialidad como principio, que establece que en todas sus decisiones los jueces se deben orientar por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, y que como señala Moya (2012) se constituye en un fundamento de partida con la cualidad de ser epistemológicamente objetivo. (p. 54)

Juez que además debe ser independiente, de manera que su imparcialidad debe ser entendida como la ajenidad de este a los intereses de las partes e independencia como su exterioridad al sistema político y en general a todo sistema de poderes (Ferrajoli, 1995: 580), y que naturalmente se pierde si como ocurre en los procesos de corte mixto, se interesa en la acusación al punto que le puede indicar al fiscal como debe ser esta, o más, la llega a modificar, porque estima que no corresponde a la realidad de los hechos que además serán materia de discusión en el proceso, con lo cual además se involucra en una labor que solo puede realizar fiscalía y defensa, esto es determinar los hechos materia del proceso. De hecho, admitir que el órgano jurisdiccional está facultado para dictar sentencia condenatoria más allá de lo pedido o cuando el fiscal no ha sostenido la acusación es violatorio de los derechos de defensa en juicio e imparcialidad del

juzgador, así como del principio consustancial del proceso penal, la contradicción como presupuesto de existencia, de donde surge la necesidad de correlación, coherencia o congruencia. (Ledesma, 2016: 101)

Como lo afirma Ferrajoli (1995: 580), la imparcialidad exige la separación institucional del juez, respecto de la acusación pública, y se debe resaltar ese carácter de separación institucional, para ratificar que ello implica que de ninguna manera el juez se pueda asomar a la misma, naturalmente se trata del juez que va a determinar la responsabilidad del procesado, que es el juez de conocimiento, ello no quiere decir que esa función acusadora no pueda tener controles que puedan ser de naturaleza judicial, pero desarrollados por un juez distinto al que va a juzgar, es decir, exige pensar en la posibilidad de un control material de la acusación, con el establecimiento de una fase intermedia, sobre la cual nos referiremos en el capítulo referente a la propuesta de solución.

La separación del juez de la acusación supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa y el tercero *super partes*: el acusador, el defensor y el juez.

Dicha estructura triádica se constituye en la primera señal de identidad del proceso acusatorio (Ferrajoli, 1995: 581), sin que sea posible la intervención de actores distintos, porque de ser ello así, se genera un desequilibrio que no se puede permitir, porque naturalmente ese eje triangular que caracteriza el modelo, solo se encuentra perfectamente equilibrado cuando se tienen dos partes (fiscal y defensor) frente a un tercero imparcial (juez). Pero, cuando al mismo se le

introducen otros actores, como ocurre en Colombia con la presencia del Ministerio Público, inmediatamente la balanza se ladea hacia alguna de las partes, y como regla general, la Fiscalía rompe el propósito que se busca con esa tríada de actores iniciales. No se puede olvidar, como diría Hobbes (2017), que es inherente a la soberanía el derecho de la judicatura, es decir oír y decidir todas las controversias (p. 150) y que nadie puede ser juez, cuando tiene una causa natural de parcialidad, señalando que las partes que están en controversia acerca de un derecho deben someterse al arbitraje de una tercera persona, pero ese tercero solo se debe enfrentar a un fiscal y a un defensor; los demás sobran y en consecuencia su presencia afecta que el juicio sea justo.

Esa separación de funciones implica dos condiciones orgánicas. La primera se refiere a la acusación. Si es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, también es indispensable que la acusación pública no tenga funciones judiciales (Ferrajoli, 1995: 583), es decir, no debe tener otra atribución que la de acusar (Carrara, citado por Ferrajoli, 1995: 583). Acusador y juzgador no pueden ser la misma persona. Los hechos y las pruebas solo son aportadas por las partes, siendo el juez un tercero imparcial (Gómez, 2012: 29), por ende, resulta lógico que esto sea así y es lo propio del modelo acusatorio, a diferencia de lo que ocurre en el esquema mixto, donde el fiscal si tiene facultades jurisdiccionales.

Que el juez deba dictar sentencia respetando la acusación, implica que esta sea congruente, es decir que respete integralmente los cargos que fueron

formulados por la fiscalía, lo que permite afirmar que es una condición de legalidad del procedimiento. En la perspectiva del acusador o eventualmente del juez de instrucción, le asegura la orientación de su actividad, pues nada más que por aquello por lo que la persona puede resultar condenada o absuelta, debe dirigir su investigación y acusación (Moya, 2018: 29). Además, desde la óptica del acusado, se constituye en una garantía de defensa, porque le permite saber exactamente de que se tiene que defender. Como lo afirma Pérez Vaquero (2016: 26) cuando se consagra el principio acusatorio, resulta indispensable que el acusado sea informado de forma clara y precisa del motivo por el que se le va a procesar para que se pueda defender con todas las garantías procesales.

En ese sentido, en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se habla del derecho a ser informado de la acusación y de que los hechos se califiquen jurídicamente (subsunción penal). Así, en el caso Dallos contra Hungría No. 29082/95 de 1 de marzo de 2001 se expone: *“Article 6&3 (a) of the convention affords the defensant the riht to be informed not only of the “cause” of the accusation is based, but also legal characterisation given to those acts. That informatio should be detailed”* [“El Art. 6.3.a CEDH otorga al acusado el derecho a ser informado, no solo de la “causa” de la acusación, es decir, de los hechos que le imputan y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica que se da a esos hechos. Dicha información debe ser detallada”]. Vulnerar esta garantía provocaría su indefensión porque no se le brindaría la oportunidad de defenderse de manera contradictoria (Pérez Vaquero,

2016: 27). En el mismo sentido Castillo (2008) enfatiza en el derecho a ser informado de la imputación (p. 191).

Dicho Criterio se mantuvo en el caso *Pélissier y Sassi* contra Francia: *“The Court considers that in criminal matters the provision of full, detailed information concerning the charges against a defendant, and consequently the legal characterisation that the court might adopt in the matter, in an the legal characterisation that the proceedings are fair”*¹³

Esta garantía a ser informado de la acusación y de que los hechos se califiquen jurídicamente (subsunción penal), solo se hace efectiva en la medida que dicha calificación, realizada por el ente acusador sea respetada por el Juez, de lo contrario, se queda en letra muerta, es decir, el derecho a la información y a la subsunción penal no puede quedarse solo en ello, sino que implica además que el Juez lo respete, de lo contrario no se enmarcaría en lo acusatorio.

En ese sentido, si bien es cierto como lo señala el Tribunal, que el conocer la acusación garantiza al acusado “la posibilidad de ejercer su derecho de manera efectiva y concreta y, en especial con un margen de tiempo “adecuado para prepararla [“The possibility of exercising their defence rights on that issue in a practical and effective manner and, in particular, in good time”]¹⁴ (Caso *Pélissier y*

¹³ Traducción libre del autor: “La Corte considera que, en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado, y consecuentemente, a la calificación legal que el Tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un prerequisite esencial para asegurar que los procedimientos sean justos”.

¹⁴ Traducción libre del autor: [La posibilidad de ejercer sus derechos de defensa sobre ese tema de manera práctica y efectiva y, en particular, a su debido tiempo ”

Sassi v Francia, 1999), también lo es que, si a pesar de ello el juez se aparta de la calificación jurídica que se le da a los hechos por parte del fiscal, dicha garantía queda en letra muerta, en la medida que el Juez apoyándose en facultades *iura novit curia*, toma la decisión que en su sentir es la más adecuada, lo que en el fondo lo ubica en un sistema mixto y además vulneraría garantías al procesado.

Por ello es que se hace necesaria dicha separación de funciones entre Juez y Fiscalía, que como ya se señaló, genera una primera condición orgánica que consiste en que el Juez no tenga funciones acusatorias, pero igualmente, una segunda condición, la defensa, debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el ministerio público.

Por otra parte, hoy resulta necesario en la medida que esta tiene la obligación de construir su propia visión de los hechos, facultades que se encuentran establecidas en los estatutos procesales de corte acusatorio como el colombiano. Haciendo referencia al sistema americano actual, para Lafave e Israel (1994: 36) son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y las pruebas al proceso, de ahí que sean ellos quienes tienen que investigar dado el carácter adversarial del mismo, pero a la vez que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del procesado, dado el carácter acusatorio del mismo, principalmente el ministerio fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado.

El proceso es promocionado mediante adversarios, los cuales le formulan al juez las respectivas propuestas de juicio, y se le está diciendo a este que solo una

de ellas puede ser erigida en sentencia de mérito. Esto en concepto de Moya (2012) quiere decir que el juez procede a adoptar la fórmula más satisfactoria en términos jurídicos, fácticos y probatorios, siempre sobre la base de una exposición retóricamente efectiva (p. 77), esquema en el que el juez carece de facultades *iura novit curia*, lo que ratifica el carácter y la impronta de un absoluto imparcial, ya que su sentencia será el reflejo de lo que las partes pudieron o no probar, siendo claro que esa labor es exclusiva de ellas y en consecuencia si el representante del organismo acusador no cumple con esa labor, el juez debe absolver.

Naturalmente ese juez para ser un garante, debe ser independiente de cualquier otro poder, garantía del moderno Estado Social y Democrático de Derecho, además, porque si el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de gobierno. La independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de Estado o a intereses políticos contingentes (Ferrajoli, 1995: 584). En este punto no se puede olvidar que en la mayoría de los modelos de corte acusatorio, la fiscalía hace parte del poder ejecutivo, el fiscal general es designado por el Presidente o la cabeza de este poder, y si bien en Colombia hace parte del poder judicial, también lo es que el Presidente participa en el proceso de designación del mismo al remitir a la Corte Suprema de Justicia la terna de la cual se escogerá al representante del ente acusador.

Dicha separación se gesta a partir del pensamiento de los autores de la ilustración como Beccaria, quien afirma que el soberano que representa la misma

sociedad puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros pero no juzgar cuando uno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación y otra por el acusado, que la niega. Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho, y ve aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares (Becaria, 2005: 88) Igualmente Romagnosi (1791), para quien es necesario que el orden judicial sea dependiente de la Ley en sus funciones e independiente de las pasiones armadas del poder de modo que prevalezca un sentimiento personal de verdad y justicia.

En ese mismo sentido se observa cómo la Constitución de Virginia en su artículo 5 establece que *“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”* así como el artículo 16 de la declaración Francesa de 1789, que establece que el principio de independencia de los jueces será siempre proclamado en todos los estatutos y constituciones europeas convirtiéndose en uno de los fundamentos del estado de derecho (Ferrajoli, 1995: 588), es decir, políticamente se hace evidente la necesidad de una estricta separación de poderes, así como de la independencia del juez, postulados que se irradian a las Constituciones modernas.

Naturalmente, este papel del juez que debe ser independiente es distinto en un modelo inquisitivo que en uno acusatorio, y que corresponde a dos expresiones opuestas epistemológicas del juicio: *dictum* de un sujeto o contienda entre varios

sujeto; relación vertical inquisidor-inquirido, o relación triangular entre dos partes y un tercero super partes; operación unilateral del juez o bien *actus trium personarum iudicis, actoris et rei*: el juez como sujeto tercero separado de la acusación. (Ferrajoli, 1995: 605)

El método acusatorio exige además de la existencia de un juicio, que se desarrollen las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y refutación (Ferrajoli, 1995: 605). Es por ello que postulados como el de igualdad de armas, que parten de la base de que exista un descubrimiento completo por parte de la Fiscalía, son inherentes a este modelo.

En ese sentido, y como lo señala Ferrajoli (1995), los procedimientos de verificación aportados por la epistemología acusatoria o falsacionista tienen así, su fundamento en el método de la prueba y la refutación, cuya transposición procesal se realiza a través de la separación y reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso: las dos partes, acusación y defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que corresponde la decisión, lo que se traduce en una estructura triádica asegurada por tres garantías, la formulación de imputación con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción; la carga de la prueba de tal hipótesis que pesa sobre el acusador y el derecho de defensa atribuido al imputado. (p. 606)

Sin esa acusación que debe ser clara en lo fáctico, subjetivo y normativo, no se puede activar la defensa, y ella, así mismo, se constituye en una garantía,

en la medida que los hechos que son materia de esa acusación no pueden ser modificados, es decir, la existencia de una acusación es una garantía para el procesado, porque se constituye en una camisa de fuerza tanto para el fiscal como para el juez. Para el primero porque no puede modificar las reglas de juego, es decir, no la puede variar porque ello afecta inmediatamente el derecho de defensa del procesado, pero igualmente para el juez, porque este se tiene que atener a ella, en la medida que el carácter acusatorio del proceso le impide, así sea, alegando un acto de justicia material, salirse de la misma.

Ello además se ve en el carácter adversarial que se centra en el proceso, porque así como la Fiscalía tiene la carga probatoria de la acusación, la defensa tiene la obligación de confrontarla aportando los elementos materiales probatorios que permitan demostrar que la teoría planteada por la fiscalía no tiene la posibilidad de ser probada en el grado que se exige para poder condenar, esto es, más allá de toda duda razonable. Es decir, existe una igualdad probatoria, en la medida que el acusado tiene la facultad legal para solicitar la práctica de pruebas y, posteriormente, en el juicio oral, puede controvertir las pruebas que lo incriminan. (Morales, 2014: 288)

Estas garantías van acompañadas de otras fundamentales como son la publicidad que permite control interno y externo de toda la actividad procesal; la oralidad, que comporta la inmediación y la concentración; la legalidad de los procedimientos que exige que todas las actividades judiciales se desarrollen bajo pena de nulidad, según un rito legalmente preestablecido; y la motivación que

garantiza el carácter cognoscitivo, es decir, la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas y contrapruebas. (Ferrajoli, 1995: 606)

Concentración que en palabras de Caferata (1994: 205), exige la mayor aproximación temporal entre los momentos en que se recibe la prueba, se argumenta y se dicta sentencia e inmediación que es la primera consecuencia de la oralidad, que requiere que el juicio se realice oralmente, el acta escrita se interpone entre el medio de prueba y el Juez (Vélez citado por San Martín 2003: 648).

Tanto la inmediación como la concentración, son principios rectores y garantías en nuestro sistema, el primero, establecido en el artículo 16 de la Ley 906 (2004), al establecer que en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, sin que se puede comisionar para la práctica de pruebas, es decir toda prueba debe desarrollarse en la presencia del juez, exceptuándose los casos de las que se adelantan ante el juez de control de garantías, por estricta necesidad en aras de que la prueba no se pierda, caso en el cual se acudirá a un juez de control de garantías para su producción, con el prurito de que si se pueden practicar en desarrollo del juicio así se deberá proceder.

En tanto que la concentración como garantía y principio se consagró en el artículo 17 del estatuto ya referenciado, certificando que las pruebas y el debate

se realicen de manera continua, y en días consecutivos, lo cual en la realidad Colombiana no se ha dado de manera efectiva a pesar del carácter de norma rectora de este postulado el cual además se desarrolla en el artículo 454 como principio que nutre la audiencia de juicio oral, exigiendo que la misma solo se suspenda de sobrevenir situaciones excepcionalmente graves, pudiendo decretar recesos máximo por dos horas y estipulando que si el termino de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá.

En el mismo sentido así, lo ordena cuando en cualquier etapa del juicio oral se deba cambiar al juez, lo que en principio garantiza que toda las prueba y el debate se haga en presencia de un solo juez y de manera continua a efectos de evitar que el paso del tiempo impida que el juez pueda dictar sentencia, norma que además fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-059 (2010). Igualmente es importante tener en cuenta la sentencia C-060 (2010).

Paradójicamente, aunque la Corte Constitucional ratificó el carácter concentrado del proceso acusatorio adversarial, la Corte Suprema de justicia, en decisión de 12 de diciembre de 2012 radicado 38512, señala que el cambio de juez no necesariamente afecta garantías en el proceso al afirmar que en ciertos casos es viable dicho cambio sin que ello afecte el proceso:

“De esta manera, para citar apenas por vía enunciativa, si son motivo de fuerza mayor o caso fortuito los que demandan el cambio de juez, dígame la licencia de embarazo, la muerte o la enfermedad impositiva que se

prolonga en el tiempo, la sanción disciplinaria o medida restrictiva penal o personal que se impongan al titular del derecho, las calamidades que obliguen a la dejación prolongada de la función, siempre será necesario proteger lo actuado evitando la nulidad , dado que estas son situaciones que se salen de las manos de la judicatura o su administración, al punto que no pueden preverse o eliminarse en sus efectos inmediatos”. (Corte Suprema de Justicia, Rad. 38512, 2012)

Esto reitera que aunque nuestro modelo es acusatorio adversarial, el entendimiento del mismo no ha sido claro, como se observará en el capítulo en el que se analizará el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en Colombia y que exige la implementación de un modelo de corrección al mismo.

El proceso de corte acusatorio, debe ser público, y esa publicidad, es la que precisamente da transparencia, al mismo, en la medida que todas las audiencias se realizan con la posibilidad de que la sociedad, pueda presenciarlas, e incluso participar en el acto de administración de justicia, a través del jurado de conciencia, y que es recogido en instrumentos como la Declaración americana sobre derechos del hombre, en la que se establece *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública”* (art 6). El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos:

“Todas las personas son iguales ante los Tribunales y cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal Competente, independiente e imparcial,

establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera ser perjudicial a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”. (Art 14, No 1)

En el mismo sentido se ubica la Convención Americana sobre derechos humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, que establece que *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*.

La propia Constitución Política de Colombia en su artículo 29 prescribe:

“...Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. 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; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su

contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Como se denota, la publicidad es propia de un proceso garantista, en la medida que es la propia sociedad la que puede ejercer control a ese acto de administración de justicia. Publicidad y oralidad representan banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX en Europa continental. Esas banderas resumían el proyecto político del *iluminismo* en materias procesal penal y presidian, junto a otras –supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, convicción íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular en la administración de justicia– emanadas de la afirmación del respeto a la dignidad humana, la reacción contra la inquisición (Maier, 2002: 652).

En palabras de Bentham (2000), *“la publicidad es el alma de la justicia y debe ser extensiva a todas las partes del procedimiento, y a todas las causas”*, “es la más eficaz salvaguarda del testimonio del que asegura, gracias al control público la veracidad, sobre todo porque favorece la “probidad de los jueces al actuar como freno en el ejercicio de un poder que es tan fácil abusar, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una opinión pública y refuerza la independencia de los magistrados acrecentando su responsabilidad social y neutralizando los vínculos jerárquicos y el espíritu del cuerpo; (p. 89), en el mismo sentido Kant quien afirma que *“son injustas todas las acciones que se refieren al*

derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados” (1898: 61-62).

La publicidad garantiza a la sociedad la posibilidad de controlar la administración de justicia y tiende a asegurar al acusado la realización de un buen proceso, lo que redundará en una mayor credibilidad en la justicia. (Frank, 1986: 28)

El Proceso además debe ser oral, como prenda de garantía de un juicio justo, las partes y la sociedad tienen claridad sobre la forma como se desarrolla el juicio que comporta la inmediación y la concentración, en la medida que éste se desenvuelve entre dos partes ante un tercero delante de cual se practicarán todas las pruebas, es decir tendrá un contacto directo con las mismas, las que además se deberán realizar de forma continua, sin que se rompa la línea de continuidad entre una y otra. Como afirma Roxin (2000), fundamento de una sentencia solo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso, p. ej el interrogatorio del acusado, la producción de la prueba, los alegatos, debe ser llevado a cabo oralmente (también la deliberación, la votación y el pronunciamiento de la sentencia. (p. 115)

El juicio se debe adelantar de forma legal, con claro respeto al debido proceso so pena que se deba decretar a nulidad del mismo, jugando un papel fundamental en esta materia el respeto al derecho de defensa, y a todas las garantías que tiene el acusado para poder ejercer su actividad, lo que implica conocer de manera clara la acusación y los elementos que la sustentan, lo que exige un descubrimiento completo por parte de la Fiscalía. Intercambio probatorio

que en el sistema americano se le conoce con el nombre de procedimiento de descubrimiento (discovery), y que como lo señala Gómez Colomer, sería más adecuado traducir como ofrecimiento probatorio, y que de acuerdo con la interpretación del TSF USA, (Brady v. Maryland 373 U.S. 83 (1963); United States v. Bagley 473 U. 667 (1985), el fiscal tiene la obligación constitucional de comunicar a la defensa las pruebas que se hallen en su poder y que le sean favorables, de cara a rebajar o eliminar su culpabilidad o a obtener una pena menor o más reducida al acusado. (Gómez, 2012: 49).

La defensa puede aportar y solicitar elementos de prueba, pero para ello también tiene unas obligaciones de descubrimiento, también reglamentadas en el sistema americano (Fed. R. Crim P 12.1.2 y 3) que son distintas que las de la fiscalía, en la medida que solo descubre lo que va a utilizar, igualmente está facultada para participar en la práctica de los mismos, controvertir las decisiones que sean tomadas por el juez cuando están afecten sus derechos y en general ejercer todas las facultades inherentes a un ejercicio de defensa pleno.

Finalmente, el proceso debe implicar que la hipótesis acusatoria esté debidamente fundamentada, a la luz de las pruebas practicadas, de lo contrario, el Juez estará en la obligación de absolver, porque es obligación de la fiscalía demostrar su teoría y si no lo hace esto necesariamente debe tener consecuencias para el ente persecutor que no solo se centran en que se pierda el proceso, sino que incluso debería generar responsabilidades al haber sometido a un ciudadano a un proceso y no haber sido capaz de establecer su

responsabilidad penal, tal como históricamente ocurrió en Roma. ya que si el acusador desistía de manera injustificada incurría en *tergiversatio*; pudiendo el acusado, a quien se le ha comunicado el abandono, no aceptarlo y requerir la prosecución del procedimiento hasta la sentencia definitiva, la que, de ser absolutoria, le permitía intentar la calumnia (Mayer, 1989: 43). Según Marciano, citado por Moya (2016), el acusador sufría los efectos previstos en la *Lex Remnia*, si al arbitrio del juez hubo intención calumniosa(...) una vez que sale absuelto el reo (Justiniano, 1988 D: 48,16,1). (p. 272)

Ningún ciudadano debe ser sometido a un proceso con las consecuencias morales y sociales que ello implica sin que el Estado tenga verdaderos elementos de responsabilidad en contra de este, y si ello ocurre, se deben asumir por el órgano de persecución las consecuencias de sus actos, que deben llegar a ser disciplinarias penales y patrimoniales en algunos casos.

En ese punto, es que el ente acusador debe tener claro lo que implica la acusación, la cual debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo (Ferrajoli, 1995: 607). Acusación que se formula en forma que no genere dudas tanto en lo fáctico, ya que los hechos no podrán ser modificados como garantía de que será de ellos que se defensa el procesado, en lo subjetivo o personal, en la medida que es a la persona que se acusa a la que se le dictará la sentencia y en lo jurídico, ya que la denominación que se le dé a los mismos se

constituye en faro que orienta a la defensa para que encamine su actividad a demostrar que la figura delictiva que fue materia de acusación, no fue realizada por su defendido.

Acusación que debe contar con adecuados indicios de culpabilidad (Ferrajoli, 1995: 607), es decir, con los debidos elementos materiales probatorios que soporten la misma y que además debe ser objetiva, en la medida que debe corresponder al resultado de una investigación que después de haber investigado tanto lo favorable como lo desfavorable, debe haber llevado a la conclusión a la Fiscalía que efectivamente el acusado si es responsable y debe ser completa, es decir integrada por todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos. (Ferrajoli, 1995: 607)

Para ello, naturalmente el procesado y su defensa deben tener el tiempo suficiente para preparar la misma, de lo contrario ese ejercicio de defensa se hace nulo. No se puede perder de vista que mientras los tiempos que tiene la Fiscalía para estructurar la acusación son amplios, los que se otorgan a la defensa son limitados, por ello se hace necesario que sean adecuados para poder obtener los elementos que permitan refutar la acusación y poder estructurar su teoría con las debidas garantías.

El carácter adversarial del proceso, implica que además el juez no puede influir en la acusación y no se puede involucrar, la misma, es decir la rígida separación de papeles entre los actores del proceso constituye la principal característica del sistema acusatorio que impide que esa carga pueda ser asumida

por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas (Ferrajoli, 1995: 611).

Es responsabilidad exclusiva de la Fiscalía demostrar la acusación, buscar acreditar la misma, dado que fue a su instancia que se determinó que una persona era autora de un delito y por ello, la justicia en un proceso de corte acusatorio radica en que si la misma no cumple con esta obligación, el juez debe absolver.

Gómez (2012) comentando el sistema americano, señala que el Sistema “Adversarial” representa además un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales, por eso, el papel del abogado en la defensa de su cliente acusado, puede ser y de hecho es mucho más activo en el sistema que en cualquier otro, lo que permite afirmar que el acusado puede defenderse a sí mismo sin que se le pueda imponer un abogado, por eso puede declararse culpable si lo desea (p. 48).

Al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación, siendo inadmisibile la confusión de funciones entre los dos sujetos, que por el contrario, caracteriza al proceso mixto, donde el Ministerio Público forma las pruebas y decide sobre la libertad personal del imputado y el juez instructor, tiene, a su vez, poderes de iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hechos las investigaciones con ayuda de la acusación. (Ferrajoli, 1995: 611), es decir, no solo

es inadmisibles que el juez se inmiscuya en la acusación, dado que el carácter acusatorio del proceso implica que las funciones son distintas y no se puede mezclar sino que además el juez no puede colaborar en el proceso de demostrar de la misma, por ello no es factible que se decreten pruebas de oficio.

Característica que se mantiene en el proceso colombiano, que en la Ley 906 (2004) en su artículo 361 expresamente lo prohíbe y que además en el estudio de constitucionalidad de la Corte Constitucional realizado en la sentencia C-396 (2007) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la determina como una característica propia del sistema adversarial acusatorio colombiano al señalar:

“...Para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio de sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características. De esta forma, es lógico inferir que el hecho de que otros países hubiesen adoptado la prueba de oficio como una regla necesaria en el proceso penal, no significa que el legislador colombiano estaba obligado a seguir esa corriente en nuestra legislación. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibición de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más absoluta que en Colombia, tales como Estados Unidos y Puerto Rico, nuestro legislador se encuentre en el deber constitucional de regularlo en forma idéntica. De hecho, como ya se advirtió, el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada

disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria". (Corte Constitucional, 2007)

En palabras de Guerrero (2009), los jueces neutrales no pueden incoar *ex officio* el proceso, no investigan, no pueden practicar prueba (ni en instrucción ni en el juicio oral), y solo mantienen ciertas actuaciones jurisdicciones acerca de medidas cautelares y de control sobre la acción penal y la prueba anticipada (p. 42) y ese carácter neutral e imparcial es propio de quien juzga en el sistema acusatorio, que debe ser un tercero frente a dos adversarios.

En concepto de Armenta (2003), el sistema acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación a efectos de incoar el proceso penal, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquel que juzgará (p. 31), o como lo señala Montero Aroca (2003), son tres las consecuencias que se derivan del principio acusatorio 1) no puede haber proceso si no hay acusación y esta es formulada por persona ajena al tribunal sentenciador, 2) no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; y 3) no pueden atribuirse al juzgador poderes de

dirección material del proceso que cuestione su imparcialidad (Montero citado por Armenta, 2003: 49).

El principal rasgo de esa falta de imparcialidad se presenta en el momento en que el juez condene por hechos distintos a los que fueron materia de acusación, o cuando esta se profiere desconociendo la acusación realizada por la fiscalía, o más aun cuando se condena a pesar de que se había solicitado absolución por parte de la fiscalía; todos estos ejemplos de lo que implica desconocer que en un proceso de corte acusatorio el juez no puede inmiscuirse en la acusación o desconocerla, porque ello implica ejercicio de facultades *iura novit curia*, que existe en los proceso de corte mixto, pero que son ajenos a un modelo acusatorio.

Para Cárdenas (2005), analizando la realidad actual del sistema Mexicano y las confusiones que allí se presentan, el acusatorio, que lo tomo como sistema y como principio, tiene como elementos esenciales un órgano del Estado (Ministerio Público), que ejercite y sostenga la acción penal, así como la separación que debe existir entre el órgano que acusa y el órgano que juzga; principio que abarca los principios de contradicción, indefensión, el derecho a conocer la acusación formulada y deber de correlación entre la acusación y la sentencia (p. 15)

Así, en opinión de Diaz Cabiale citado por Guerrero (2009: 66), el principio acusatorio supone en esencia la distinción entre las funciones acusadoras y decisoras y la instauración de un proceso de partes, adversarial; subrayando la separación del principio acusatorio del dispositivo, de lo que se deriva

necesariamente que si las funciones son distintas, no puede existir la posibilidad que fiscal o juez se puede inmiscuir en la labor del otro, y especialmente en el caso de quien juzga, porque ello implicaría acudir a facultades *iura novit curia* que no le están otorgadas en el modelo acusatorio.

Como lo recuerda Díaz Cabiale citado por Guerrero (2009), la jurisprudencia española ha sido clara en resaltar el principio de que no puede haber condena sin acusación, acusación que debe ser emitida por un actor distinto al juez, lo que se ha reiterado en un importante número de decisiones en las que ha señalado:

“Tal como ha dicho este Tribunal en anteriores sentencias (por todas ellas, STC 53/1987 de 7 de mayo, ff, jj 1º y 2º), el principio acusatorio “forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE y que es aplicable también en la fase de apelación de la sentencia” (sentencia del Tribunal Constitucional citada f.j.1º). Requiere, en esencia, dicho principio que en el proceso penal exista una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación. Su infracción significa, de forma ineluctable, una doble vulneración constitucional, la del derecho a conocer la acusación (art. 24.2 CE), pues ésta sería inexistente y la del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE)”¹⁵

¹⁵ Sentencia STC 18/1989, pero en el mismo sentido sentencias 54/1985, 57/1987, 225/1988, 18/1989, 125/1993, 227/1997, 2307/1997 y 178/2001.

Ello permite afirmar a Gómez Orbaneja citado por Verger (1994) , que si la sentencia (o la acusación) se refiriesen a un objeto que no fuera el delito o el hecho del sumario, se trataría de *un objeto nuevo*. La sentencia sería incongruente por exceso, pues solo puede resolver *“las cuestiones que hayan sido objeto de juicio”*. (p. 110)

Todo lo anterior desemboca en que la congruencia entendida como perfecta correlación entre acusación y sentencia, que es distinta en los procesos de Corte Mixto que en los de naturaleza acusatoria, ya que si la separación de funciones en este modelo es clara, ello conlleva que el juez debe respetar la acusación emitida por la fiscalía y si no lo hace, se aparta de ella o sencillamente la desconoce es claro que nos encontraríamos ante una sentencia incongruente con la acusación; ello permite afirmar que una epistemología garantista, parte de la base de que el juez en su condición de director del proceso y en su condición de imparcial se ve obligado a respetar integralmente la acusación.

Como lo afirma Urbano Martínez (2013), el juez no puede desbordar los límites de la acusación: su decisión debe resolver la situación del acusado y no de otra persona, de esta manera, la acusación delimita el objeto del juicio y el correlativo espacio para el ejercicio del derecho de defensa, y determina el ámbito de la decisión judicial (p. 32); el juez profiere la sentencia al tenor de lo que fue materia del pliego de cargos, el cual, además, ya había delimitado el derecho de defensa, en la medida que a partir de este se estructuró la tesis defensiva encaminada a destruir la acusación.

En palabras de Cárdenas (2005), la actividad del Juez debe ser provocada por el ejercicio de la acción penal y sostenida durante todo el proceso por esta misma institución, que además establezca cuales son los límites dentro de los cuales el Tribunal penal debe resolver; o expresado de otra manera, del *principio acusatorio* se deriva la correlación que debe existir entre acusación y sentencia, y para ello, lo más importante será determinar desde el punto de vista dogmático y práctico, cuál es el objeto del proceso penal, ya que la determinación de ese objeto es sólo función de las partes; y la sentencia debe guardar correlación con dicho objeto. (p. 16); congruencia que se traduce en que el juez debe respetar integralmente el contenido de la acusación.

Es por ello que se hace nuestra la aseveración de Urbano Martínez (2013), cuando señala que hay motivos para afirmar que en virtud del principio acusatorio: no puede haber condena sin acusación; debe haber una clara separación entre quien acusa y quien juzga; debe existir congruencia personal, fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia (p. 42). Adicional a lo anterior se hace necesario señalar que el juez no puede influir o inmiscuirse en dicha acusación al no tener facultades *iura novit curia*.

Ello nos lleva a afirmar que la congruencia es un principio, porque orienta la actividad del juez, pero a la vez es una garantía para el procesado, en la medida que sabe que solo se lo podrá condenar por los hechos y los cargos que fueron materia de la acusación.

Esa congruencia es distinta en los modelos acusatorios y en los mixtos con tendencia inquisitiva. La congruencia en materia penal es fruto de un modelo de control social sobre la actividad del acusador. Y que en cuanto dicha actividad esté sujeta al control de una institución distinta al juez que dicta la sentencia como por ejemplo el tribunal que preside una audiencia de causa probable, la práctica procesal tiende al enfoque acusatorio-adversativo. Mientras que identifica la práctica con la tendencia inquisitorial la inexistencia de algún tipo de responsabilidad para los acusadores que fracasan en la demostración de sus cargos, sobre la base de que el juez que dicta la sentencia es el llamado a corregir sus yerros. (Moya, 2018: 4)

Todo ello derivado de un modelo que se centra en facultes *iura novit curia*. Como lo manifiesta Belén Salido, el *iura novit curia*, en su interpretación clásica – “el juez decide libremente el derecho a aplicar, con independencia del criterio que las partes tengan al respecto y sin necesidad de consulta previa a las mismas”, es un instituto que luce compatible con las reglas que gobiernan un sistema inquisitivo de enjuiciamiento, y en consecuencia incompatible con un sistema acusatorio, ya que afecta tanto el principio de defensa en juicio como el de imparcialidad del juzgador, que son consecuencia de éste. (Belén, 2016: 192), por ello en un sistema mixto compatible con el principio en mención el juez, tiene facultades oficiosas para decretar pruebas, participar en la práctica de las mismas y naturalmente involucrarse en el marco de la acusación, pudiendo incluso

solicitar al fiscal que lo modifique o directamente hacerlo al estimar que la acusación no corresponde a la realidad que le dicen los hechos.

Ello se explica, porque en el contexto del sistema mixto con tendencia a lo inquisitivo, el Juez, se desenvuelve bajo la egida del principio *iura novit curia*, que en palabras de Calamandrei (1956) no es solamente una regla de derecho procesal para significar que el juez debe encontrar de oficio la norma aplicable, es decir del postulado en mención se desprende que al juez se le establecen los hechos y este determina el derecho aplicable, lo cual va a jugar un papel fundamental en punto de entendimiento del principio de congruencia y el rol que frente al mismo cumple el administrador de justicia.

Aforismo que como enseña Sentis Melendo (1957), tiene otras formas en las que suele aparecer:

“cuando en lugar de la forma corriente que constituye título de trabajo, se dice *Curia novit leges*, esto es, el juez conoce las leyes, con el plural *leges*, sustituido a *iura*, se ve bien claramente que *iura* no podía tener otro significado que el de normas.

Lo mismo cuando se expresa que *Curia nosse leges praesumitur*, es decir “se presume que la curia conoce las leyes; o bien que “*Princeps omnia iura in scrinio pectoris habere praesumitur* (se presume que el Príncipe tiene en su escritorio todas las normas)”

De todas ellas se desprende que bajo la égida de este aforismo, el juez es el encargado de determinar cuál es el derecho aplicable a unos hechos, lo que permite entender que en este tipo de sistemas, el juez es el único actor llamado a declarar la versión histórica de lo que paso y su versión jurídica, pero para llegar a ello, él y solo él, puede construir la narrativa del proceso, a diferencia de los modelos acusatorio adversativos en donde dicha función la cumplen las partes y el juez no puede hacer otra cosa que acoger una de las versiones ofrecidas. Sistema que permite como lo afirma Moya (2018):

“Con fundamento tanto en razones técnicas -por ejemplo, que es el juez el llamado funcionalmente a producir la sentencia, y en otras de justicia material -como que la razón o acierto jurídico son necesarios para que el proceso responda a la realidad, se postuló que el juez sí puede y debe modificar los términos de la acusación. Esto en el intento de lograr una fórmula intermedia, que no correspondiese exclusivamente a lo inquisitorial, como tampoco a lo acusatorio-adversativo, sino que sirviese al proceso con independencia de su orientación.

De tal suerte el juez podría corregir al acusador para impartir legalidad al proceso mediante el mecanismo de las nulidades. O cambiar la calificación jurídica, lo cual puede implicar abrir un nuevo espacio para el ejercicio de la defensa respecto de la calificación sobrevenida. O beneficiar el procesado con una menos gravosa calificación jurídica. O cambiar la calificación siempre que se conserve el núcleo esencial del bien jurídicamente tutelado.

O admitir calificaciones múltiples y alternativas, para que el juez elija la que mejor se acomode a su criterio”. (p. 9)

Una clara expresión de este aforismo se da por ejemplo en la legislación argentina, en el Proyecto Reimundin, denominado así porque el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, encargó al doctor Ricardo Reimundin redactar el proyecto de Código Procesal Civil, texto que en el artículo 29 consagraba de manera expresa este Principio, y en el que se preceptuaba “el juez aplicará el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes. A él corresponde calificar la relación sustancial en Litis y determinar la norma que estime adecuada”

Este principio llevado al sistema procesal penal, se concreta en que si bien la labor del fiscal será la de presentar la acusación, podrá el juez en aras de dictar una sentencia pasar por encima de la denominación jurídica que a los hechos les dé el fiscal, aplicando la norma que en su concepto sea la correcta.

Bujosa Vadell (2008) refiriéndose al proceso penal Español, señala que: “En el proceso penal rige también la máxima *iura novit curia*, por lo que, en principio, la doctrina manifiesta que el Tribunal no queda vinculado por la calificación jurídica que hagan las partes, aplicando a los hechos las normas jurídicas que entienda pertinentes, por tanto, el Tribunal podrá modificar la calificación jurídica sustentada por la acusación siempre y cuando la nueva subsunción jurídica del hecho corresponda a normas tuteladoras (SIC) de bienes jurídicos homogéneos. Así lo ha visto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entendiendo la “homogeneidad” como un concepto subordinado a los derechos de defensa, más

que a criterios identificadores del objeto, es decir, se entiende que hay homogeneidad si el acusado ha tenido “oportunidad de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia” (Sent. del Tribunal Constitucional 105 de nov. 23/83)”

En palabras de Mayer (2002), el Tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta expresada en la acusación (*iura novit curia*), lo que genera como lo manifiesta el procesalista argentino que el cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho como, por ejemplo, el que se produce de una contravención a un delito grave, o de un delito contra el patrimonio a un delito contra la administración pública, puede en ocasiones provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde el ángulo de observación de la defensa técnica (p. 569).

El problema de una congruencia así entendida es que afecta garantías, en la medida que se puede condenar por una denominación jurídica distinta a la que fue materia de acusación, lo que hace evidente que se afecta el derecho de defensa en la medida que está se ve abocada a tener que determinar que la conducta endilgada al procesado no encuadre en otro tipo penal que no fue materia de acusación, lo que genera una labor que se puede convertir en incontrolable. Facultan al juez para asaltar al procesado en el momento de la sentencia, con una condena por delitos o condiciones situacionales con relevancia sobre la responsabilidad, respecto de los cuales nunca se defendió. (Moya, 2018: 9)

En ese mismo contexto se encuentran autores que entienden esa congruencia, bajo la egida de que el juez se puede inmiscuir en la acusación, así Claría Olmedo afirma que la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de 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 el principio *iura novit curia* (1981: 363 citado por Vásquez Rossi 2004: 456), y bajo el mismo criterio Creus (1996: 117) para quien el principio de congruencia se refiere a los hechos no a su calificación jurídica.

Lo que resulta complejo es que en procesos de corte acusatorio se observen decisiones que se aparten de dicha acusación, que modifiquen el *nomen iuris* establecido en el mismo y se siga afirmado que se está ante un sistema de corte acusatorio, como se observa en el caso colombiano en donde constitucionalmente se estableció el modelo acusatorio a partir del acto legislativo 03 de 2002 y hoy se toman decisiones que se enmarcan dentro de una congruencia propia de los modelos mixtos que acogen facultades *iura novit curia*, e incluso se habla de dichas facultades como se manifestó por parte de la Sala Penal de la Corte en la providencia SP-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016, con ponencia de Gustavo Malo Fernández, la Corte, deja ver la confusión que se presenta, en esta materia al determinar que en los procesos dentro del modelo acusatorio, el juez podrá dictar sentencia condenatoria, a pesar de que la fiscalía, hubiese pedido absolución llegando incluso a afirmar que ello se deriva de

las facultades que se derivan del principio *iura novit curia*, providencia con la cual se rompe totalmente la estructura de una sistemática acusatoria, como puede observarse en el siguiente aparte de la misma:

“Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica. Inclusive, así ocurre en los procesos civiles en el que los intereses son disponibles, por cuanto el juez debe fallar conforme a la norma (*iura novit curia*)”

Aceptar que existen facultades *iura novit curia*, dentro de un proceso de corte acusatorio, conlleva no entender que existen diferencias con un proceso de naturaleza mixta, y más aún cuando se señala que el juez no se puede constituir en un simple refrendador de la voluntad del fiscal.

Pero además decir que el acto de la fiscalía, a través del cual solicita absolución es un acto de postulación que puede ser aceptado o no por el juez, implica necesariamente que el juez se puede inmiscuir en la acusación, olvidando que si el fiscal como titular de la acción penal señala que no tiene como pedir condena y pide absolución, ello equivale a un retiro de cargos y sin cargos el juez no puede dictar una sentencia de carácter condenatorio.

Esto envuelve que se pueden dictar sentencias que desconozca no solo las pretensiones de la fiscalía y de la defensa, esto es, una que sea producto de una realidad que no fue producto de lo que pretendieron las partes, sino de lo que finalmente observe el juez, lo que permite afirmar que rompe garantías para las

partes. Cuando el sentido de justicia se posibilita confiando al juez la adecuación al sentido de justicia, debe y puede corregir a los acusadores, aun cuando tenga que sacrificar al procesado (Moya, 2018: 10)

Paradójicamente, Colombia suscribió el Estatuto de Roma, y acepta la competencia de la Corte Penal Internacional, el cual niega facultades *iura novit curia*, reconoce el carácter acusatorio adversarial del proceso obsérvese los artículos 61 numeral 5 y 74 numeral 2 que establecen:

“Art 61. 5. En la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El Fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio”

En el mismo sentido el artículo 74 numeral 2 señala:

“2. La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias *descritos* en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio”.

Por un lado exige que el fiscal debe presentar pruebas de cada uno de los cargos, lo que implica que la acusación no puede ser producto de un acto arbitrario de este, pero más importante el fallo solo se referirá a los hechos y las

circunstancias descritos en los cargos, lo que implica que no puede desconocer, hechos y cargos y como estos se refieren a una persona concreta, es claro el respeto al triple componente de la misma, fáctica, personal y jurídica.

Tan fuerte es la restricción que, en el evento de surgir una visión jurídica distinta por parte del juez, la recomendación implica una alteración, no de los cargos sino del curso del proceso, tal y como se aprecia en Regulations of the Court, Adopted by the judges of the Court on 26 May 2004, Official Documents of the ICC, ICC-BD/01-01-04: 1. In its decision under Article 74, the Trial Chamber may change the legal characterization of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord Regulations of the Court, Adopted by the judges of the Court on 26 May 2004, Official Documents of the ICC, ICC-BD/01-01-04.d with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges. 2. If, at any time during the trial, it appears to the Chamber that the legal characterization of facts may be subject to change, the Chamber shall give notice to the participants of such a possibility and having heard the evidence, shall, at an appropriate stage of the proceedings, give the LL.M (NYU), LL.M (Ko'ln-Paris), Associate Legal Advisor, International Criminal Court. The views expressed in this article are those of the author alone and do not necessarily reflect the views of the International Criminal Court. 1 This concept is a traditional civil law concept which allows courts to reclassify the legal qualification of facts submitted by the parties in the course of the trial. Criminal Law Forum (2005) 16: 1–31 Springer 2005 DOI

10.1007/s10609-005-2231-5 participants the opportunity to make oral or written submissions. The Trial Chamber may suspend the hearing to ensure that the participants have adequate time and facilities for effective preparation or, if necessary it may order a hearing to consider all matters relevant to the proposed change. 3. For the purposes of sub-regulation 2 the Trial Chamber shall, in particular, ensure that the accused shall: (a) have adequate time and facilities for the effective preparation of his or her defence in accordance with Article 67, paragraph (1) (b); and (b) if necessary, be given the opportunity to examine again, or have examined again, a previous witness, to call a new witness or to present other evidence admissible under the Statute in accordance with Article 67, paragraph (1) (e)-¹⁶ (Moya, 2018: 10, 11)

¹⁶ Traducción libre del autor: "Reglamento de la Corte, adoptado por los jueces de la Corte el 26 de mayo de 2004, Documentos Oficiales de la CPI, ICC-BD / 01-01-04: 1. En su decisión bajo el Artículo 74, la Sala de Primera Instancia puede cambiar la caracterización legal de los hechos para acordar con los delitos previstos en los artículos 6, 7 u 8, o para acordar el Reglamento de la Corte, adoptado por los jueces de la Corte el 26 de mayo de 2004, Documentos Oficiales de la CPI, ICC-BD / 01-01-04 .d con la forma de participación del acusado en virtud de los artículos 25 y 28, sin exceder los hechos y circunstancias descritos en los cargos y cualquier enmienda a los cargos. 2. Si, en cualquier momento durante el juicio, le parece a la Cámara que la caracterización legal de los hechos puede estar sujeta a cambios, la Cámara notificará a los participantes de tal posibilidad y, habiendo escuchado la evidencia, etapa apropiada de los procedimientos, entregue el LL.M (NYU), LL.M (Ko"ln-Paris), Asesor Legal Asociado, Corte Penal Internacional. Las opiniones expresadas en este artículo son solo del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la Corte Penal Internacional. 1 Este concepto es un concepto tradicional de derecho civil que permite a los tribunales reclasificar la calificación legal de los hechos presentados por las partes en el curso del juicio. Foro de Derecho Penal (2005) 16: 1–31 Springer 2005 DOI 10.1007 / s10609-005-2231-5 participantes la oportunidad de hacer presentaciones orales o escritas. La Sala de Primera Instancia puede suspender la audiencia para garantizar que los participantes tengan el tiempo y las instalaciones adecuadas para una preparación efectiva o, si es necesario, puede ordenar una audiencia para considerar todos los asuntos relevantes para el cambio propuesto. 3. A los efectos de la subregulación 2, la Sala de Primera Instancia se asegurará, en particular, de que el acusado: (a) tenga el tiempo y las instalaciones adecuadas para la preparación efectiva de su defensa de conformidad con el Artículo 67, párrafo (1)) (b); y (b) si es necesario, tener la oportunidad de examinar nuevamente, o haber examinado nuevamente, a un testigo anterior, llamar a un nuevo testigo o presentar otras pruebas admisibles de conformidad con el Estatuto de conformidad con el Artículo 67, párrafo (1) (e) -

Si el Estatuto de Roma, está incorporado a la Constitución, hace parte del bloque de Constitucionalidad, a partir del acto legislativo 2 de 2001, como se observa en el inciso tercero del artículo 93, reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, si dicho instrumento reconoce el carácter adversarial acusatorio del proceso penal, y además dicho modelo fue incorporado constitucionalmente a partir del acto legislativo 03 de 2002 en su artículo 250 y siguientes, no se entiende como puedan proferirse sentencias desconociendo el carácter adversarial acusatorio que hemos adoptado en Colombia y que permite afirmar que las providencias que se dicten en estas condiciones van en contravía de la Carta Fundamental, la desconocen y en consecuencia son inconstitucionales.

CAPÍTULO III

LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En el presente capítulo se pretende la construcción de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en aras de determinar si la congruencia que debe existir entre acusación y sentencia se ha estructurado en punto de un sistema de corte acusatorio que aboga por el respeto del principio acusatorio que señala que las funciones de acusación y juzgamiento recaen respecto de actores distintos o si, por el contrario, se enfoca en un sistema de corte mixto, que reconoce en esta materia la importancia del principio *iura novit curia*, que permite que el juez se pueda inmiscuir en el marco de la acusación, lo que no encaja en el sistema constitucionalmente establecido a partir del acto legislativo 03 de 2002.

Como metodología de construcción de la línea se realizó un rastreo histórico que inicia desde la primera decisión proferida en el 2005 y que concluye con la última decisión que sobre la materia se tomó por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el 2018. Con esto se logra establecer el rumbo que sobre la materia dio la Sala de Casación, como máxima cabeza de la autoridad judicial, quien, además, cumple funciones de unificación de jurisprudencia en esta materia. Así se logran conclusiones objetivas tomadas exclusivamente de una revisión pormenorizada de autos de inadmisión de demandas de casación, sentencias de segunda instancia y sentencias de casación dictadas exclusivamente por el Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Si se revisan decisiones de la Sala de Casación Penal proferidas en el interior de la Ley 906 de 2004, se puede observar de forma clara que algunas se

profieren dentro de un marco típicamente acusatorio, en tanto que, otras, se emiten dentro de una óptica de naturaleza mixta.

Lo anterior ocurre en la medida que no existe claridad sobre la diferencia de la congruencia en un sistema mixto y en uno de carácter acusatorio. Los sistemas mixtos se regulan bajo la égida del principio *iura novit curia*, que enseña que al juez se le dan los hechos y este determina el derecho.

Lo que en palabras de Calamandrei (1955:35), no es solo una regla de derecho procesal para significar que el juez debe encontrar de oficio la norma aplicable, es decir, del postulado en mención se desprende que al juez se le establecen los hechos y este determina el derecho aplicable, lo que como veremos adelante va a desempeñar un papel fundamental en punto de entendimiento del principio de congruencia y el rol que frente al mismo cumple el administrador de justicia.

Aforismo que como enseña Sentis Melendo (1957: 32) tiene otras formas en las que suele aparecer:

“cuando en lugar de la forma corriente que constituye título de trabajo, se dice *Curia novit leges*, esto es, el juez conoce las leyes, con el plural *leges*, sustituido a *iura*, se ve bien claramente que *iura* no podía tener otro significado que el de normas.

Lo mismo cuando se expresa que *Curia nosse leges praesumitur*, es decir, “se presume que la curia conoce las leyes; o

bien que *Princeps omnia iura in scrinio pectoris habere praesumitur* (se presume que el Príncipe tiene en su escritorio todas las normas)

De todas ellas se desprende que bajo la égida de este aforismo, el juez es el encargado de determinar cuál es el derecho aplicable a unos hechos, lo que permite entender que en este tipo de sistemas, el juez puede establecer cuál es la solución jurídica del caso.

Una clara expresión de este aforismo se da, por ejemplo, en la legislación argentina, en el Proyecto Reimundin, denominado así porque el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, encargó al doctor Ricardo Reimundin redactar el proyecto de Código Procesal Civil, texto que en el artículo 29 consagraba de manera expresa este Principio, y en el que se preceptuaba “el juez aplicará el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes. A él corresponde calificar la relación sustancial en Litis y determinar la norma que estime adecuada”. (p. 57)

Este principio llevado al sistema procesal penal, se concreta en que si bien la labor del fiscal será la de presentar la acusación podrá el juez, en aras de dictar una sentencia, pasar por encima de la denominación jurídica que a los hechos les dé el representante del ente acusador, aplicando la norma que en su concepto sea la correcta.

Es por esto que incluso bajo la sistemática de la Ley 600 de 2000, en el artículo 404 se establece la figura de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible se establece: “Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que esto implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica se dará aplicación al numeral primero de este artículo. Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación.

Esta norma deja ver, claramente, las facultades *iura novit curia* que tiene el juez en los procesos de naturaleza mixta, pero esto no es posible dentro de un proceso de naturaleza acusatorio que fue establecido constitucionalmente en el sistema colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002, lo que implica que el juez debe dictar sentencia acorde con el mismo.

No se puede perder de vista que en el contexto del sistema acusatorio, el principio *iura novit curia*, no tiene ningún marco de aplicabilidad, precisamente lo que irradia el modelo, son los principios acusatorio y adversarial, el primero que predica la división de funciones de acusación y juzgamiento, recaen respectivamente en el fiscal y en el juez, sin que este último se pueda inmiscuir en esta, ni pueda señalarle de forma alguna cómo se debe realizar la acusación por parte del órgano persecutor, y el segundo que enseña que fiscal y defensor se constituyen en dos adversarios que presentan dos teorías distintas frente a un

tercero imparcial –el juez– quien debe definir después de haber sido debatidas en juicio, cuál de estas es más creíble y a partir de allí determinar si existe o no responsabilidad penal en el caso concreto.

Para el desarrollo de este objetivo se hará un estudio de las decisiones que sobre esta materia fueron proferidas por la Sala de Casación Penal.

1. La primera decisión sobre el tema fue una sentencia de fecha 20 de octubre de 2005 radicado 24026 M.P. Mauro Solarte Portilla, en un caso de aceptación de cargos, por el delito de Porte de Estupefacientes (Art. 376 de la Ley 599 de 2000) que fija pautas de congruencia en el sistema acusatorio, a partir de una demanda en la que se plantea que el Tribunal condena a la procesada por una conducta distinta a aquella por la que aceptó cargos, señalando que la congruencia no comprende solo lo fáctico sino también lo jurídico al indicar:

“Aun cuando la Comisión Constitucional Redactora del código no dejó de ocultar su inclinación por una imputación fáctica, no debe perderse de vista que la íntima conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste solo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso.

(...) En ese orden, puede afirmarse que en materia de terminaciones abreviadas del proceso, no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es

jurídicamente la conducta por la que se procede, no solo por respeto al principio de lealtad que se materializa en el principio de congruencia, sino porque si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia (artículo 33 de la Constitución Política).

En punto de esa inclinación hacia la imputación fáctica, en el acta número 27, correspondiente a la sesión del 7 de julio de 2003, se expresó, por parte del comisionado Granados, que ‘la acusación que se plantea en el nuevo sistema es una sencilla imputación fáctica donde se señala por qué a una persona se le está convocando a un juicio y donde la carga de lo que se está afirmando le corresponde también a la fiscalía’.

No obstante, en esta decisión se consideró que la calificación vertida en la acusación se proyectaba en la sentencia de forma determinante. Pese a esto de forma bastante cauta insinuó que el juez sí puede realizar alteraciones de este orden, previa ponderación de los derechos en juego. (Moya, 2018: 5)

“(...) Si bien la Sala ha estimado que “no existe incongruencia cuando imputada la comisión de una figura típica concreta y determinada en la acusación, se condena por la misma aunque sea otra la modalidad de afectación del bien jurídico, de entre las varias previstas de manera alternativa en la disposición penal”, es necesario

ajustar ese concepto cuando, como en este caso, la incongruencia entre los cargos y la sentencia si bien no desdice de la respuesta punitiva en cuanto a la pena principal, sí afecta aspectos inescindibles, tales como los operacionales de la misma, pues es distinto el desvalor del injusto de porte que el de tráfico de sustancias estupefacientes. Son ontológica y valorativamente diversos, y por ello para el Juez se impone el deber de efectuar una ponderación teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que el hecho tuvo realización y los valores, principios y derechos constitucionales en conflicto.

Entonces, si de respetar las garantías debidas a las partes por afectación sustancial de la estructura del proceso como finalidad suprema del recurso de casación se trata, es evidente, por lo analizado, que la sentencia rompe la unidad conceptual del proceso al modificar sustancialmente el contenido del acto condicionante (...). (p. 30)

Pero, además, en ella se deja ver que el Juez no puede tener facultades *iura novit curia*, en la medida que no puede condenar incluso por un verbo rector distinto al que fue materia de la acusación, es decir, el Juez no se puede inmiscuir en el marco de la acusación, como se desprende de lo que se afirma:

“En ese orden, no se ofrece coherente con el modelo acusatorio, imputarle jurídicamente a la sindicada la comisión de un delito de porte, que el de venta de estupefacientes, porque aun cuando los distintos supuestos comportamientos aparecen recogidos por el artículo 376 del código penal y los sanciona con la misma pena, lo cierto es que corresponden a diversas modalidades de ataque del bien jurídico, tanto así que cuando el porte excede en una proporción insignificante puede llegar a carecer de ofensividad (artículo 11 del código penal).

A pesar de que el Fiscal le imputó a la procesada la comisión del delito de porte de estupefacientes y que el mismo Juez de control de garantías consideró desleal que luego solicitara la imposición de medida de aseguramiento por el de venta de estupefacientes, el Tribunal asumió que ésta era la modalidad que correspondía al núcleo de la imputación”. (p. 28)

2. En una segunda decisión, radicado 24668 de 6 de abril de 2006 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, la Corte analiza un caso en que un interno de una cárcel le fue encontrada marihuana que arroja peso neto de 30.2 gramos, acepta cargos, pero la defensa alega que se le condena incluyendo una circunstancia de agravación, que no había sido materia de aceptación.

Lo primero que se debe señalar es que, analizando la congruencia, la corte se refiere tanto a decisiones propias del sistema mixto como del sistema acusatorio, lo que de entrada permite pensar que la Corporación no es consciente de las diferencias que existen entre uno y otro sistema, como son: Sentencia del 20 de octubre de 2005, radicado 20134, sentencia del 9 de junio de 2004, que además referencia la decisión de 23 de septiembre de 2003. En esa medida resulta significativo que se referencie que en el acta número 27, correspondiente a la sesión del 7 de julio de 2003, se expresó por parte del comisionado Granados, que “la acusación que se plantea en el nuevo sistema es una sencilla imputación fáctica donde se señala por qué a una persona se le está convocando a un juicio y donde la carga de lo que se está afirmando le corresponde también a la fiscalía”, lo que deja ver la confusión que incluso a nivel de congruencia se tenía al punto de plantear una congruencia en lo factico, lo que de entrada abriría el camino a facultades *iura novit curia* del juez.

Finalmente, al resolver el tema la Corporación señala que la congruencia que se deriva del análisis del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, es tanto fáctica como jurídica, más aún cuando se está en casos de aceptación de cargos, pero lo que no queda claro es si desde el punto de vista jurídico, pero se ve tendencia hacia lo acusatorio-adversarial.

3. En decisión de 1 junio de 2006 radicado 24764, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte analiza el tema del sistema acusatorio en el procesos que se rige bajo la egida de la Ley 906 de 2004, y que además se constituye en uno de los primeros casos en que la Sala fija la pauta a seguir en los

casos de aceptación de cargos, en el que un abogado extorsiona al gobernador de La Guajira, por lo que se vale de un supuesto auto emitido por el Procurador General, dentro de un proceso disciplinario que se adelantaba contra el mandatario departamental y al ser capturado decide realizar un preacuerdo con la Fiscalía que fue aprobado por el Juez, pero no en las condiciones que se habían señalado en el mismo sino de la forma como a este le parecía, la Sala entra a señalar que el Juez tiene dos caminos, aprobar o improbar el acuerdo, pero lo que no puede hacer es aprobarlo en las condiciones que a él le parezcan.

En esta sentencia la Corte, en punto de la congruencia en el sistema acusatorio y concretamente lo referente a los preacuerdos, recuerda que el juez debe respetarlo, de lo contrario se está emitiendo un fallo de carácter incongruente, lo que implica que en esta decisión se acomoda a la congruencia propia del sistema acusatorio y en ella la Corporación señala que:

“Esa es la noción que de la consonancia ha venido manejando de manera inveterada la jurisprudencia de la Sala, empero, hoy, bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004 y dentro del marco de los preacuerdos y negociaciones de la Fiscalía con el imputado o acusado, dicho concepto ha de extenderse a lo que, no hallándose al margen del ordenamiento, ha sido objeto del convenio determinante de una culpabilidad preacordada, pacto que bien puede versar *sobre los hechos imputados y sus consecuencias* –Art.

351, inciso 2º–, valga decir, modalidad delictiva, punibilidad, ejecución de la pena y reparación a las víctimas; acuerdo que, en últimas, debe presentar el fiscal al juez como escrito de acusación.

Por manera que, para determinar si existe incongruencia, es menester realizar una confrontación entre los contenidos de la acusación –acta de acuerdo– y los de la sentencia, a efecto de establecer si la última desborda los parámetros de la primera, en tanto aquella constituye su marco de referencia y límite de la decisión que, conforme a lo preacordado, propende por la culminación del proceso de manera abreviada.

Así, el origen del vicio puede estar en un equivocado entendimiento del acto acusatorio en la medida en que el juzgador va más allá de la frontera demarcada por la acusación, en este caso, se insiste, el acta de preacuerdo.

Es lo que aquí ha ocurrido, pues el juez de conocimiento desde el acto de individualización de la pena vislumbró, a través de las expresas manifestaciones de las partes y del propio agente del Ministerio Público, que lo convenido no era, en puridad de verdad, lo que reflejaba el acta de acuerdo, ya que no empecé los términos de la solicitud allí plasmados acerca de que para la correspondiente dosificación se partiera de los mínimos, lo que en realidad se quiso expresar fue que se impusiera el mínimo de la sanción. Sin embargo, aduciendo la falta de concreción respecto del monto de la

pena, dijo el Juez Especializado contar con la facultad para, *motu proprio*, graduarla, como en efecto así procedió al acudir al sistema de cuartos; y si bien el Tribunal desechó este método, refrendó el criterio del *A-Quo* de incrementar en dos años la sanción mínima deducida *dada la gravedad del comportamiento, el dolo y la preparación para su ejecución*.

Aún más, al tocar el tema de la rebaja, el sentenciador de primera instancia admitió que las partes habían incurrido en una confusión, quizás por una errada interpretación de la norma –así quedó registrado en el video contentivo del desarrollo de la audiencia–, en cuanto no supieron expresar con claridad la reducción punitiva a la que se aspiraba, no obstante lo cual entendía que la voluntad de los actores apuntaba a que se concediera al acusado la reducción de la pena en la mitad, como finalmente así lo reconoció por motivos de *generosidad*.

Resulta inexplicable que a pesar de la ausencia de claridad de los términos en los que se redactó el acuerdo de la cual se queja el juzgador, termine por inferir la real voluntad de las partes en relación con uno de los aspectos determinantes del pacto y lo acepte accediendo a la pretensión –la rebaja de la pena en la mitad–, en tanto que para negar la otra –imposición de la pena mínima– aduzca su falta de concreción. Tanto es así, que por esta razón el representante de la Fiscalía apeló la sentencia de primer grado,

como paladinamente lo reconoce el Tribunal al referirse a los argumentos de la impugnación del recurrente en mención, motivo de inconformidad en el cual centra igualmente su ataque en sede de casación.

Surge patente, entonces, el yerro denunciado, pues desentrañado el objeto material del acuerdo, desatender su espíritu es, ni más ni menos, contrariar la voluntad de las partes, por lo que proferir sentencia en contravía de lo pactado por el Fiscal con el imputado y su defensor, específicamente la imposición de la pena mínima, equivale a emitir un fallo desbordando el marco de la acusación, pliego de cargos que, en este caso, se repite, lo constituye el acta de preacuerdo. No se trata de una determinación de extrema laxitud, sino de la necesidad de acompasar el nuevo sistema penal en su contenido sustancial al principio rector que lo inspira, el respeto por la dignidad humana –Arts. 1°, 5°, 7° y 10°–.

La consecuencia jurídica que se deriva de una violación de tal índole no es, sin embargo, la invalidación de la actuación para retrotraerla al momento procesal en el cual tuvo su origen el vicio, como lo propone el demandante, como quiera que no se planteó y menos se demostró, que el yerro denunciado haya incidido en los juicios de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad de los hechos por los cuales libre, consciente y voluntariamente se declaró responsable el acusado. Lo que se impone es tener de presente el

marco de la acusación, y ello se logra ajustando el fallo a los términos del acuerdo, es decir, a las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo; dicho de otra manera, a la acusación”.

4. Explicando la congruencia en sentencia 24.529 de 29 de junio de 2006 con ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés, la Corte, en un caso en que la procesada se allana en la audiencia de formulación de imputación, por un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente entra a casar oficiosamente señalando:

“En cuanto a la congruencia (artículo 448 del Código de Procedimiento Penal), se hace necesario recordar que nuestro sistema optó por una imputación fáctica y una imputación jurídica, que deben determinarse desde el instante en que se formula la imputación, pues, como lo tiene señalado la ley, los extremos de la relación jurídico procesal deben estar cabalmente delimitados y, por lo mismo, puestos en conocimiento del imputado y su defensor.

Por ello, el juzgador al momento de elaborar el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, en tratándose de la aceptación de cargos, por acción o por omisión, ocurriendo 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 cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el evento.

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:

Cuando en la sentencia se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.

En consecuencia, como de la revisión detenida de los correspondientes registros técnicos y del escrito de acusación se concluye con claridad que a la procesada no se le atribuyó el haber “*obrado en coparticipación criminal*” como circunstancia de mayor punibilidad, pues no hubo una específica imputación fáctica como tampoco jurídica, la Corte, en aras de preservar el debido proceso y las debidas garantías de la sentenciada, casará de oficio el fallo impugnado y, por lo mismo, la excluirá de este”. (p. 22-24)

En esta decisión, la Corte se acerca a la congruencia del sistema acusatorio, señalando que incluso esta comienza desde la formulación de la imputación y que comprende tanto lo fáctico como lo jurídico.

5. En el radicado 15843 de 13 de julio de 2006, la Corte fue clara en señalar que si la Fiscalía pedía absolución esto equivalía a un retiro de cargos, haciendo un análisis típicamente acusatorio, siendo esto claro en la medida que la Fiscalía es la titular de la acción penal, donde además la congruencia se establece sobre el trípole acusación –petición de condena–sentencia.

En cambio, 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.

Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la Ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la Ley 906–

un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aun mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor.

6. En providencia 25765 de 7 de septiembre de 2006, con ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés, se analiza la congruencia en el sistema acusatorio, en un caso en que una joven fue accedida carnalmente y en donde, como en los casos hasta este momento analizados, existió aceptación de cargos.

La Corte recuerda el concepto de congruencia que estipula el artículo 488 de la Ley 906 de 2004, según el cual el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los que no se ha solicitado condena. Dicho de otra manera, la congruencia se predica entre los hechos atribuidos en el escrito de acusación y de los delitos por los que se solicitó condena. Por este motivo, señala que la reclamada falta de consonancia del fallo con la denuncia, alegada por el denunciante, resulta extraña a la legislación que soporta al nuevo proceso penal, acercándose a una congruencia de carácter acusatorio adversarial.

7. Explicando la congruencia, en sentencia 26087 de 28 de febrero de 2007, con ponencia de Marina Pulido de Barón, la Corte explica que en el sistema acusatorio el principio acusatorio se proyecta en tres sentidos y uno de estos es, precisamente, la congruencia que debe existir entre acusación y sentencia.

En este sentido, en un análisis típico acusatorio adversarial establece que la congruencia comprende tanto lo fáctico como lo personal, pero paradójicamente no se hace referencia a la congruencia jurídica que es fundamental. En concreto, la Corte afirma:

“Entendido por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y este principio, además, se proyecta en varios sentidos:

1. Existencia necesaria de una acusación
2. Congruencia entre acusación y sentencia
3. Prohibición de la reforma en perjuicio

Por virtud del primero de ellos ha de entenderse la imposibilidad absoluta de iniciar un juicio oral sin contar con previa acusación, lo que implica también la obligación inexorable de comunicarla al acusado.

Tratándose del segundo, debe comprenderse grosso modo que a través de la sentencia no se puede condenar por hechos (incongruencia objetiva) ni respecto de sujetos (incongruencia subjetiva) diversos a los expresamente señalados a través de la respectiva acusación.

Por el tercero, también en sentido lato, que la segunda instancia no puede agravar la situación del condenado cuando este funge como apelante único”. (p. 39)

Posteriormente, y analizado el caso señala que la congruencia tiene un componente jurídico, por lo que tiene en cuenta lo señalado por Armenta Deu Teresa (2003), Gimeno Sendra Vicente (1996) y Planchadell Gargallo A. (1999) al indicar:

“Así las cosas, importa precisar, como punto de partida, que la imputación contenida en el escrito de acusación debe ser mixta, esto es, fáctica y jurídica, no obstante que bien podría sugerirse o plantearse con apoyo en la exégesis del artículo 337, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, que esta fuera exclusivamente fáctica, en tanto que como allí tan sólo se hace referencia a los hechos *jurídicamente relevantes* quedaría excluido en relación con los mismos cualquier proceso de adecuación típica. Sin embargo, a la anunciada conclusión sobre la necesidad de que el escrito de acusación contenga una imputación mixta llega la Sala con el sólido argumento según el cual sólo de ese modo podría garantizarse plenamente el derecho de defensa y en especial el principio acusatorio, en tanto, como se dijo, este último tiene entre sus proyecciones fundamentales la comunicación de la acusación al procesado, para

lo cual no basta con notificar la existencia del pliego formal en su contra, sino que es imprescindible informar igualmente sobre las conductas (*nomen iuris*) en forma tal que se le permita así la plena comprensión sobre sus alcances y consecuencias jurídicas, lo que no se logra, ciertamente, sino a través de la conjugación de las imputaciones fáctica y jurídica”. (p. 41)

Señala, incluso, que mientras en los casos de los procesos abreviados esta es rígida, en los de procesos que van a juicio es flexible, en la medida que queda supeditada a la calificación definitiva de los hechos que haga la Fiscalía.

“Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4° de la Ley 906)”.

Al final termina estableciendo similitudes entre la congruencia de la Ley 600 y la Ley 906:

“Con la Ley 906 de 2004, la aplicación del fenómeno de la congruencia opera en forma similar a lo dicho en relación con la Ley 600 de 2000. En efecto, si lo que se encuentra es que la sentencia se aparta en forma parcial o total de los cargos por los cuales se allanó el procesado, o fueron objeto de negociación o acuerdo con la Fiscalía, se impone ajustarla a tales parámetros, pero si lo que se advierte es que en el allanamiento, preacuerdo o negociación se desconocieron garantías fundamentales que inciden nocivamente en la actuación procesal, es imperativo decretar su invalidez a partir de ese momento.

En síntesis, para los efectos del principio de congruencia frente a los casos de terminación anormal del proceso dentro del sistema procesal acusatorio, como ya lo ha precisado la Sala, lo que importa destacar es que opera en sentido estricto, a diferencia de lo que ocurre en los eventos en que el proceso se tramita de manera ordinaria. Ciertamente, en estos eventos la congruencia entre acusación y sentencia no puede tener el mismo rigor, por la elemental razón de que la calificación jurídica propuesta en aquella con fundamento en los medios cognoscitivos puede variar como

consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral, como se precisó por la Sala en la decisión ya referida, al señalar lo siguiente:

Diríase incluso que en un proceso con todas sus etapas, con controversia probatoria y juicio oral, las exigencias serían menores, pues la narración de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación pueden variar y complementarse en la alegación final en la cual se debe presentar de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la ley 906 de 2004), mas no así en los procesos abreviados en donde la conducta debe tipificarse con la mayor precisión dado que se renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio oral y público (artículo 350 numeral 2 ley 906 de 2004)” (subrayas fuera de texto).

En estos casos, por consiguiente, se reivindica la consonancia entre las alegaciones finales y el fallo, oportunidad durante la cual a la Fiscalía le compete realizar la tipificación *de manera circunstanciada*, no de cualquier conducta sino únicamente de aquella por razón de la cual presentó *la acusación* para solicitar, entonces, la consecuente condena por las conductas cuya calificación jurídica le corresponda en el grado de participación específico; exigencia que surge de la interpretación armónica de los artículos 443 y 448 de la Ley 906 de 2004, norma esta última que por primera vez define el concepto de congruencia en los siguientes términos:

“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”.

“Ahora bien, de las normas invocadas impera colegir una doble consonancia que vincula no sólo al juzgador sino también a la Fiscalía. En primer lugar, en el plano fáctico, esto es, frente a los *hechos*, porque ni en las alegaciones finales y tampoco en el fallo pueden figurar alguno o algunos distintos de los contenidos en la acusación, en tanto que ellos se tornan inmodificables incluso con independencia del resultado de la práctica o introducción de las pruebas durante el juicio oral, al menos no sin menoscabo del debido proceso y del derecho a la defensa. Y, en segundo término, en el plano jurídico, congruencia ésta que se predica ya no en relación con la calificación jurídica de carácter provisional efectuada en la acusación, sino con la propuesta en esos alegatos finales, acompañada de la solicitud de condena, labor que atañe al delegado de la Fiscalía, en quien reside de manera exclusiva y excluyente, en virtud del mencionado principio acusatorio, la facultad de acusar y, por ende, de solicitar condena, al tenor, así mismo, de las facultades asignadas a dicho interviniente procesal en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el acto Legislativo 03 de 2002 y en el numeral 9° del artículo 114 de la Ley 906 de 2004.

Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas referentes al principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2000 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004”.

8. En el radicado 25862 de 21 de marzo 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte, en un caso en que los procesados fueron condenados como coautores de hurto agravado y calificado en concurso con concierto para delinquir y en donde la demanda plantea incongruencia por la inclusión de una circunstancia de agravación específica y una circunstancia de mayor punibilidad que no fueron imputadas, incurre en contradicciones.

1. Toma criterios sostenidos con respecto de la congruencia en la Ley 600 de 2000, el juez queda vinculado nada más que por el núcleo central de la imputación fáctica formulada por el fiscal, por suerte que puede “degradar” la responsabilidad, lo que es tanto como afirmar que puede *iura novit curia* cambiar la calificación del fiscal. Concretamente afirma:

“(…) 1. Bajo tal óptica, el juez no está facultado para agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas en ella o en la variación de la calificación jurídica, ‘pudiendo sólo, acorde con lo acreditado y debatido en la investigación y el juicio, en ejercicio de la soberanía y como interviniente supraparte en el proceso, declarar el derecho sustancial y condenar en consonancia con la acusación o sus modificaciones, absolver, o degradar la responsabilidad imputada en la acusación y condenar atenuadamente, pero actuando siempre con criterios de lealtad, igualdad e imparcialidad, respetando la legalidad y el núcleo central de la imputación que es intangible e indisponible”.

2. En este orden, la Sala hace hincapié en lo esencial que resulta la imputación jurídica a efectos del análisis de la congruencia, que entronca directamente con las exigencias de correlación con la sentencia, afirmando que los ‘hechos’ a que se refiere el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 han de ser entendidos como hechos jurídicamente relevantes, precisión imperiosa, principalmente en los procedimientos abreviados, en los cuales no se cuenta con el trámite de la alegación en el juicio oral consagrada en el artículo 443 del mismo ordenamiento en la que el Fiscal expone los argumentos

analíticos de las pruebas y tipifica de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación como garantía implícita de esa necesaria congruencia que impide extender el fallo más allá de la imputación o acusación en tales términos (...)."

2. Afirma que el juez puede cambiar la calificación siendo leal e imparcial.

Frente a este tópico, obsérvese que si el juez puede cambiar la calificación jurídica, actúa acorde con facultades que se derivan de un principio *iura novit curia*, pero además es claro que desconoce el mandato señalado por la Corte Constitucional cuando afirma en la sentencia C -095 de 2008 que el principio de congruencia, que rige la relación existente entre la acusación y la sentencia, configura un elemento central de un sistema penal acusatorio, caracterizado por la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla.

Frente a esto surge una pregunta: ¿puede un juez ser imparcial y objetivo cuando cambia la calificación jurídica? La respuesta a la misma, es negativa, en la medida que si el juez decide cambiar la calificación cumple funciones del ente acusador, rompiendo necesariamente la clara separación que debe existir entre las funciones de acusación y juzgamiento.

9. En el proceso 26309, en providencia de 25 de abril de 2007, la Corte, con ponencia de Yesid Ramírez Bastidas, tiende hacia los principios acusatorio y adversarial para fijar una posición respecto de la congruencia, observando que

vincula tanto los hechos, como los argumentos y las citas normativas; señalando que los hechos y su tipificación se fijan en la acusación y que en el evento de fracasar el fiscal en su demostración, el juez deberá absolver.

Providencia que resulta muy importante para entender cómo se llegó al concepto de congruencia que se estructura en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004.

En esta providencia empieza por señalar cómo se estructuraba la congruencia en el Decreto 2700 de 1991, señalando que “El Tribunal Constitucional reiteró que la acusación es «provisional» en los términos del artículo 442 del C. de P. P. de 1991, en obediencia a la naturaleza intermedia de la calificación jurídica que se da en la resolución acusatoria que profiere la Fiscalía General de la Nación”, lo que es propio de un sistema mixto.

En el mismo sentido realizó un análisis de la congruencia en la Ley 600 de 2000 señalando que:

“En vigor de esta normatividad se ha dicho por la Sala que a los jueces les está vedado cargar circunstancias de mayor punibilidad en la sentencia cuando ellas no aparecen en la acusación, pues el principio de congruencia se predica entre la resolución acusatoria (o su equivalente) y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), a riesgo de que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales

del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de febrero de 2004, radicación 14343)

También ha dicho la Corte que las irregularidades que afecten el principio de congruencia repercuten en la estructura del proceso, de donde:

“si en la resolución de acusación y en la acusación en general, no se le imputó expresamente al procesado la circunstancia de agravación ..., tampoco se tendrá en cuenta en la sentencia, en respeto de la aludida congruencia, que es estructural en el debido proceso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de septiembre de 2003, radicación 16320, reiterada en la sentencia de 1° de febrero de 2007, radicación 23586)

En otra decisión sostuvo que:

“La concordancia entre sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o variación de

la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de junio de 2004, radicación 20134)”

En el mismo sentido y haciendo un estudio histórico, mostró las discusiones que se dieron en el interior de la Comisión redactora, las que dejan ver cómo los comisionados seguían trabajando sobre una congruencia propia de un sistema mixto, en la medida que estos, básicamente, aceptaban que debía tener un contexto fáctico al respecto se recordó que:

“Uno de los comisionados expresó que: la mesa de trabajo planteó el respeto por la congruencia objetiva referida a los hechos que son anunciados por la resolución de acusación y una congruencia subjetiva referida a las personas que son cobijadas por la sentencia condenatoria y por esta razón se planteó un artículo

relativo a la congruencia que se encuentra dentro del documento de trabajo en el artículo 424, así: *El acusado no podrá ser hallado culpable por hechos que no constaren en el escrito de acusación por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.*

Señaló que se trata de precaver la posibilidad de una modificación de los cargos presentados por la fiscalía al momento de surtirse los alegatos de conclusión dentro de la vista pública, reconociendo una circunstancia fáctica determinante cual es que la práctica de la prueba se realiza dentro del debate y al realizarse dentro de este, sin duda alguna, el resultado que arroje puede modificar la visión jurídica que tenga la fiscalía en torno a la conducta punible, pues, por ejemplo, la fiscalía puede acusar por peculado por apropiación, pero demostrarse con la prueba de descargo que se trata de un abuso de confianza. Aclaró que ese es el sistema de congruencia que se plantea, flexibilizando al máximo y siendo respetuosos con la garantía del derecho de defensa y tratando de obviar los problemas que se han presentado tradicionalmente. Frente a la presencia del defensor, manifestó que depende de la decisión que se tome respecto de la formalización. Señaló que la inclusión del escrito de acusación no iría en contra del sistema. (Andrés Ramírez, Acta n.º 23, del 27 de junio de 2003, p. 26)

El Fiscal General de la Nación consideró que el escrito de acusación «debe identificar plenamente a la persona, los hechos y

su carácter de punibles sin entrar en muchos detalles. De la misma manera señaló que en el numeral 2, se puede consagrar de una manera descriptiva». En intervención posterior señaló que «la congruencia la hace el juez durante el juicio y no el fiscal, e insistió en la importancia de evitar la posibilidad de caer otra vez en el expediente, por el hecho de volver a un sistema de resolución de acusación calificada. Insistió en su propuesta de formular la acusación en un formato, donde se especifique lo que se requiere sin explicar la congruencia, pues esa la debe hacer el juez luego del debate». (Acta n.º 25 del 30 de junio de 2003, p 19)

Otro comisionado expresó que:

“la exigencia de relación clara, precisa y sucinta de los hechos con todas las circunstancias, se refiere a los hechos con figura en el cargo, no a los hechos de todo lo que pasó, con fundamento en la investigación el cargo debe condensar la fórmula típica porque no se puede salir del tipo incorporando unos agravantes que tienen que tener una expresión fáctica y ese es el marco del juicio, es decir, que lo relevante es establecer si posteriormente el juez se puede salir de ese marco, si la defensa puede entrar con una propuesta alternativa y niegue el hecho o solicite la condena por otros. (Carlos Eduardo Mejía, Acta n.º 23, del 27 de junio de 2003, p. 32)”

Posteriormente se observó que: “se debe permitir que el fiscal, dentro de la acusación, haga un señalamiento del fundamento de derecho, pues resulta evidente que el fiscal ha tenido una proyección mental del norte que impulsa esa investigación. Expresó que el tema de la congruencia siempre será un problema, en la medida en que se entiende como un postulado central del derecho de defensa. Señaló que sobre el tema hay dos posturas: una que solo se refiere al elemento objetivo, pues el marco que tiene el juez es el código penal, y otra, en donde se limita a la calificación que se dio en un principio. (Andrés Ramírez, Acta n.º 25, del 30 de junio de 2003, p. 19)”

También se dijo, en este caso, por parte de Quintero Bernate, que:

“el Acto Legislativo habla de la acusación para dar inicio al juicio oral y no le impone ninguna formalidad, como sí se la imponía la norma constitucional modificada que le atribuía la función de calificar las investigaciones, razón por la que no encontró necesario que en el nuevo proceso penal deba calificar. Pero a cambio de esto, recalcó sobre la importancia de hacer referencia a los hechos jurídicamente relevantes, no a cualquier clase de hecho, pues finalmente el aspecto fáctico va a ser el mayor referente del ejercicio

del derecho de defensa, de modo que no puede terminar condenándose por un hecho del que no se haya podido defender”.

Otro comisionado, Gómez Pavajeau, «estuvo de acuerdo en que la acusación debe ser fáctica y no jurídica», punto de vista respaldado por Granados, para quien resultaba suficiente que al acusado se le dieran los hechos, por lo que concluyó que no se debía insistir en una visión de la congruencia referida exclusivamente a la acusación, como ocurre en la actualidad.

Con todo, frente a algunos delitos podrían surgir problemas, como lo reseñó el comisionado Delgado Mayo, punto en el que fue apoyado por Guillermo Mendoza, para quien en los delitos complejos se presentarían situaciones conflictivas; lo anterior fue respaldado por Quintero, para quien la problemática podría derivar en conflictos de competencia, pero replicó Salamanca tildando estas posturas como regresivas y propias del sistema inquisitivo.

Delante de las contradicciones se buscó un punto de acercamiento según el cual

“hay casos en donde el fiscal que tiene el encargo de acusar, debe especificar la acusación. Debe establecer cuál es el juez competente por los factores que determinan la competencia. Agregó que se debe hacer énfasis en la norma de congruencia y no en lo que se diga en la acusación”.

Cuando se discutía lo relativo a la presentación de la acusación, el comisionado Granados consideró importante «complementar lo dispuesto por esta norma con el artículo que establece el principio de la congruencia, de manera que se indique que la acusación se va a complementar con lo que ocurra en la audiencia pública», recalcando «que no se puede variar la circunscripción fáctica de la acusación».

“En este punto del debate el comisionado Ramírez Bastidas subrayó que «desde el punto de vista de las garantías, parece adecuado establecer un momento en el cual se le diga al individuo por qué se le está procesando. Señaló que no se debe tratar de una información a fondo, pero sí que le permita empezar a tomar las medidas para defenderse y no esperar a que se le descubran los cargos cuando se le convoque a juicio. Indicó ser partidario de que se dé ese tipo de formalización de la investigación sin que se vuelva al antiguo proceso»”.

En el repaso que se ha hecho de las diferentes posturas que fueron presentadas en el interior de la Comisión, se tiene que no hubo una opinión unánime en torno de cuál debía ser la oficial en relación con el principio de congruencia, si bien resulta evidente que se buscó deslindar la resolución acusatoria del sistema anterior con el escrito de acusación de la nueva normatividad. Pero, en fin: en las intervenciones se observa la necesidad de

garantizar la defensa y por esto, finalmente, el proyecto de ley presentado al Congreso determinaba que la congruencia tenía que ver tanto con los «hechos» como con los «delitos».

Igualmente recuenta cómo fue el trámite y las posiciones legislativas.

“d). El principio de congruencia en el Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 Cámara y su evolución en el trámite legislativo:

El Proyecto, que luego pasó a convertirse en Ley 906 de 2004, establecía en su artículo 480 una norma exactamente igual a la que aparece en el actual artículo 448. En la exposición de motivos se consignó que:

En cuanto concierne a la congruencia entre acusación y condena, el proyecto establece claramente los criterios de la congruencia objetiva y subjetiva señalando que: *el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos no formulados en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*. Entiéndase que la oportunidad dentro de la cual el fiscal concreta su pretensión es durante la audiencia del juicio oral al exponer la teoría del caso o al momento de presentar las alegaciones de conclusión.

De resaltar que en el trámite legislativo surtido en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que incluye el Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003, rendido el 24 de octubre del mismo año, así como en las actas correspondientes a las sesiones del 26 de noviembre de 2003, del 19 de noviembre de 2003, del 10 de diciembre de 2003 de la Comisión Primera de Cámara, del 9 de diciembre de 2003 no se hicieron reparos a la forma como aparecía regulado el principio de congruencia en el Proyecto, siendo aprobado en los términos en que fuera presentado. La Plenaria de la Cámara de Representantes recibió el Informe de Ponencia para Segundo Debate, el 25 de marzo de 2004, siendo aprobado sin glosas el artículo referente a la congruencia.

En el Senado de la República se presentó una situación similar con respecto del principio de congruencia, pues en los diferentes momentos del trámite legislativo no se hizo mención al mismo. Respecto de lo aprobado en la Cámara se hicieron algunos ajustes y por esto el inicial artículo 480 pasó a ser artículo 464.

Finalmente, dadas las diferencias de los textos aprobados en las dos corporaciones legislativas, mediante conciliaciones celebradas en sesiones plenarias se aprobó el texto definitivo que pasó a sanción presidencial, dándosele acogida al principio de congruencia en el artículo 448 sin cambio alguno frente al contenido

de la propuesta legislativa presentada por el Fiscal General de la Nación”.

Por último, después de recapitular el desarrollo jurisprudencial, hasta el momento se acerca a una congruencia adversarial al concluir que si la Fiscalía no prueba su acusación el juez debe absolver al concluir que:

“La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados,

tarea que debe hacerse 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.

El incumplimiento de tal obligación por parte de los delegados fiscales implica desatender de manera grave una carga procesal, y, en virtud de las reglas propias del garantismo penal, dejar a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo, pues en lugar de condenar por todos los delitos y con todas las agravantes, éstos se verán obligados a proferir la sentencia en los precarios términos en los que aparezca elevada la acusación. Esto es así porque el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (*nemo iudex sine actore*), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su existencia y ulterior desarrollo del proceso”.

10. En radicado 26588 de 30 mayo de 2007 con ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés la Corte en un caso de hurto calificado y agravado en concurso con porte de armas de fuego de defensa personal, analiza la congruencia, en donde se presentó allanamiento a cargos desde la audiencia de formulación de imputación y con posterioridad al mismo se realizó un preacuerdo con la Fiscalía.

Sea lo primero señalar que la Corte comienza por especificar que la congruencia en la Ley 906 de 2004 comporta tanto la fáctico como lo jurídico, que inicia desde la propia audiencia de formulación de imputación, ya que en esa audiencia el procesado puede aceptar cargos, y, es más, ella igualmente los cargos que hubiesen sido materia de preacuerdos.

“Ahora bien, la congruencia a que se hace referencia en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, está edificada sobre el sustento que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no conste en la acusación por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Dicho de otra manera, el legislador, como en el anterior código, optó por una imputación fáctica y por una imputación jurídica, que deben determinarse desde el instante en que se formula la imputación, en el entendido que los extremos de la relación jurídico procesal deben estar cabalmente delimitados y, por lo mismo, puestos en conocimiento del imputado y su defensor, en la medida en que desde dicha audiencia el imputado puede aceptar o no los cargos”.

Adicionalmente recuerda todos los casos que puede constituir violación a la congruencia tanto por acción como por omisión, y al analizar el caso concreto concluye que se predica la incongruencia al haberse incluido una circunstancia que no fue materia de la imputación y mucho menos del preacuerdo.

11. En providencia dentro del radicado 26468 de 27 de julio de 2007, la Corte establece que la acusación es indisponible por lo que esta no cuenta con opciones como el desistimiento o el retiro de la misma, advirtiendo que la petición absolutoria al finalizar el juicio no equivale a una facultad dispositiva, lo que implica que no se entienda que el rol del fiscal es distinto al del juez.

“No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla –pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes, pero configura un supuesto evidentemente distinto–, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad–, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores– la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes”

12. En providencia dentro del radicado 27337 de 23 de agosto de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en un caso de tráfico de migrantes en concurso con

falsedad ideológica en documento público, la Corte aborda el tema de la congruencia entre la formulación de imputación y el preacuerdo, y sus efectos frente al principio de congruencia recordando que este tema ya ha sido abordado en las decisiones de la Sala Penal con radicación 26087, del 28 de febrero de 2007; 25862, datada el 21 de marzo de 2007; y 26069, fechada el 25 de abril de 2007, se ocupan específicamente del tópico.

Recuerda que en la providencia con radicación 26087 se señaló que la acusación delimita un componente fáctico y jurídico; y que en la providencia con radicado 25862 se precisa que esos hechos jurídicamente relevantes obligados de consignar en la formulación de acusación –en su doble connotación fáctica y jurídica–, deben contener, necesariamente, todas las circunstancias que modifiquen la sanción, inclusive las causales de mayor y menor punibilidad establecidas en los artículos 55 y 58 del C.P; y, por último, en la decisión del 25 de abril de 2007, abordando el examen de lo consignado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con remisión a las actas del Congreso que consignan la exposición de motivos del hasta ese momento proyecto de Código de Procedimiento Penal, se destaca cómo la formulación de los cargos en sede de allanamiento o acuerdos, debe permanecer invariable, sin posibilidad de modificación o introducción de circunstancias de agravación o mayor punibilidad, so pena de quebrantar caros derechos de quien asumió responsabilidad penal por una específica conducta, claramente delineada en todos sus contornos fácticos y de tipicidad.

Este análisis lleva a pensar que el tema de la congruencia se enmarca en el esquema acusatorio adversarial, más aún cuando señala que:

“También se determina invariable el apartado fáctico de la acusación, esto es, que los hechos planteados allí por la fiscalía, incluso si las pruebas conducen a ello, no pueden ser modificados por el fiscal en el alegato de cierre de la audiencia de juicio oral. Y si así sucede, se torna imperiosa la absolución”.

Concluyendo en un claro análisis de una congruencia de un sistema de corte acusatorio que:

“La síntesis elaborada en precedencia, permite significar como aspectos ya definidos, entre otros, los que corresponden a la inmutabilidad de los cargos cuando estos preceden a las formas anormales de terminación del proceso –allanamientos y acuerdos y preacuerdos–; la obligación de consignar en la formulación de acusación todos los factores que incidan en el delito y su penalidad, en especial, las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva; y, la imposibilidad de modificar lo sucedido, en su concepción meramente fáctica, de la forma consignada en la formulación de acusación, al punto que si la prueba demuestra otros

hechos se hace necesario absolver al procesado, así estos nuevos tengan connotación delictuosa”.

13. En providencia dentro del proceso n.º 28330 de 10 de octubre de 2007, con ponencia del magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, analiza el tema en un delito de actos sexuales con menor de 14 años, en el que se inadmite la demanda.

Recuerda la Corte que el principio de congruencia garantiza la concordancia entre la formulación de cargos y el fallo, como base esencial del debido proceso y del derecho de defensa en su componente de contradicción, ya que establece el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado a partir del cual la defensa puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes.

14. En el proceso 27518 se profiere decisión el 28 de noviembre de 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en un caso de acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado, en el que se alegó por la defensa incongruencia en la medida que la condena implicó un concurso de conductas delictivas que no formaron parte de la acusación.

La Corte empieza por hablar de lo que denomina la progresividad del principio acusatorio en el sistema de la Ley 906 de 2004.

Comienza por recordar que en los sistemas anteriores a la Ley 906 de 2004 la relación de conformidad se daba entre la resolución de acusación y el fallo. Recordó cómo bajo vigencia del Decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia fue laxa al no exigir la inclusión en la acusación de las circunstancias genéricas de agravación objetivas, pero sí respecto de las subjetivas porque estas exigían una

especial valoración, lo que cambió con la Ley 600 de 2000, donde se exigió que en la acusación se precisaran todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, así como la calificación jurídica provisional, *la imputación fáctica y jurídica* debía ser inequívoca preservando el límite para el juez de no agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas, pudiendo absolver o degradar la responsabilidad al condenar de manera atenuada bajo los criterios de lealtad, igualdad e imparcialidad y respetando el núcleo central de la imputación por ostentar el carácter de intangible e indisponible, existiendo la posibilidad de la variación de la calificación en lo jurídico acorde con el artículo 404 del estatuto procesal.

En el caso, el sistema acusatorio señala que la línea jurisprudencial ha destacado que fiscalía y defensa concurren ante un juez imparcial, trátase de un proceso que se vaya por vía ordinaria o por un acto de aceptación o preacuerdo entre fiscalía y defensa.

Si opta por la primera opción, la imputación no solo debe ser fáctica, sino también jurídica, recordando los casos que pueden generar incongruencia tanto por acción como por omisión. Recuerda que la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación, de tal forma que la acusación no puede abarcar hechos nuevos, pero esto no implica una inmutabilidad jurídica, compartiendo la posición de la fiscalía que si surge un hecho nuevo, se deberá realizar otra imputación por este.

Finalmente y reiterando lo ya señalado en la providencia de 27 de julio de 2007 radicado 26468, recuerda que la fiscalía no cuenta con opciones como el desistimiento o el retiro de la misma, y que la petición de absolución al finalizar el juicio no equivale al ejercicio de una facultad dispositiva, en un análisis propio de un sistema mixto y no de corte acusatorio.

15. En providencia 29335 de 31 de marzo de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos en caso de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, la Corte analiza el tema, acercándose la congruencia dentro de un esquema mixto, y fundamenta su decisión de inadmisión retomando la postura establecida en decisión de febrero 14 de 2002 radicado 18457, la cual se dictó cuando aún no estaba en vigencia el sistema acusatorio señalando que:

“... la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica (subraya la Corte, ahora).

En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados”. (Auto del 14 de febrero de 2002, radicación 18457)

Pero además señala que en el nuevo sistema acusatorio, la fiscalía puede solicitar condena por un delito y el juez puede condenar por uno distinto siempre que sea del mismo género, no genere agravación para el procesado y se respete el núcleo fáctico de la acusación, olvidando que el sistema acusatorio obliga a que el juez dicte sentencia por el mismo delito que fue materia de acusación, reiterando criterios establecidos en sentencia de 27 de julio de 2007, radicación 26488, y en la sentencia de casación del 28 de noviembre de 2007, radicación 27518.

16. En radicado 25913 de 15 de mayo de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz, la Corte analiza el principio de congruencia a partir de criterios que apuntan hacia el esquema acusatorio y adversarial.

Sostuvo que se viola este principio cuando se condena por delitos no previstos en la acusación, cuando se condena por delitos no imputados o cuando se condena por delitos agravados cuando las circunstancias de mayor punibilidad no fueron estimadas en la acusación. Adicional señaló que si el fiscal no demuestra su propuesta en el juicio, no le queda nada distinto al juez que absolver.

17. En el proceso 28124 en decisión de 22 de mayo de 2008, la Corte señala que la acusación no es una decisión judicial, sino una pretensión y, en consecuencia, tiene plena facultad de retirar los cargos, acorde con una sistemática acusatoria.

(...), lo concerniente a la congruencia como es regulada en la Ley 906 de 2004, en cuanto en el sistema acusatorio si el Fiscal retira los cargos el Juez no puede emitir sentencia condenatoria, en la Sentencia del 13 de abril de 2008 (radicación 27413), la Sala de Casación Penal señaló:

(...) En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.

18. En el proceso 28961, decisión de 29 de julio de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en un delito de falsedad material en documento público.

En este caso, la Corte se acerca al sistema mixto, empezando porque señala que el Colombiano no es uno típicamente acusatorio y además porque establece que la petición de absolución del fiscal no obliga al juez, lo que de entrada permite señalar que se olvida que los roles son distintos y que si el fiscal pide absolución el juez está obligado a concederla.

Al respecto la Corporación señala:

“Bajo esta perspectiva, si lo general es que el fiscal no pueda por sí mismo disponer de la acción penal (no se toma en cuenta lo referido al archivo de las diligencias ni al desistimiento. Lo primero, porque en estos casos, como lo relaciona el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no existe siquiera delito; y lo segundo, porque la capacidad de disposición de la acción se radica en el afectado y no en la Fiscalía), y asoma excepcional la facultad de obtener el decaimiento de la pretensión por el camino de solicitar sentencia absolutoria en el alegato propio de la audiencia de juicio oral, apenas lógico es concluir que de ninguna forma la intervención del fiscal cuando ya se ha tomado decisión condenatoria de primera instancia y se apela el fallo condenatorio por la defensa, puede emerger obligatoria para el *Ad quem*, si lo pedido es que se absuelva, en contravía de lo argumentado durante el juicio, sencillamente porque la ley no contempla una posibilidad que, dada su excepcionalidad, necesariamente demanda de reglamentación expresa.

Pero, además, cuando se significa que el fiscal obliga a la segunda instancia con su concepto, haciendo radicar el argumento en el supuesto hecho de que ello significa renunciar a su pretensión punitiva, se olvida que el fallo de segundo grado tiene una naturaleza y efectos distintos a la sentencia de primera instancia”.

19. En decisión dentro del proceso 29373 de 22 de agosto de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en que varios procesados son condenados como coautores de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, en concurso homogéneo y heterogéneo con concierto para delinquir, a partir de una aceptación de cargos, señala que se viola el principio de congruencia cuando en la sentencia los procesados son sorprendidos con circunstancias que no fueron de la imputación.

20. En el proceso 30019 providencia de 16 de septiembre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, donde se condena como autor del delito de lesiones personales dolosas, la Corte estudia el tema recordando decisiones previas en las que se han indicado los casos de incongruencia por acción como por omisión y además señalando que incluso la Fiscalía podría al final pedir condena por un delito del mismo género al que fue materia de la acusación siempre que sea de menor entidad o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, reiterando lo señalado en providencias de 27 de julio de 2007 radicado 26488 y 28 de noviembre de 2007 radicado 27518.

21. En el proceso 29979 de 27 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en un caso de lesiones personales, hurto calificado y agravado en

la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado, en el que se realizó un preacuerdo con la Fiscalía.

La Corte, en este caso empieza por preguntarse si en virtud del control formal y material que realiza al preacuerdo, puede el juez promover entre las partes que se realicen ajustes al preacuerdo; contestando que esto no es posible porque rompería la congruencia que debe existir entre la imputación fáctica y jurídica, señalando que:

“En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el *nomen iuris* de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación”.

Recuerda además que desde el punto de vista fáctico, tiene que existir inmutabilidad entre el acto de imputación y el de acusación, recordando que debe existir una estricta separación entre las labores de acusación y juzgamiento, reiterando la importancia que juega el principio de imparcialidad, enmarcándose en un análisis y solución al caso en un contexto acusatorio adversarial.

22. En el proceso 29872, decisión de 30 de octubre de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos, en un caso de defraudación de derechos patrimoniales de autor, haciendo un análisis que se encuadra dentro de un esquema acusatorio adversarial.

Recuerda cómo en decisiones anteriores, los casos de incongruencia, tanto por acción como por omisión, retomando lo que ya se señaló en sentencia del 25 de abril de 2007, Rad. 26309; 27 de julio de 2007, Rad. 26488 y 17 de septiembre de 2007, Rad. 27336, concluyendo que en el caso en estudio es evidente la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, ya que en esta el comportamiento que se endilgó fue el de venta, en el sentido del fallo se habló de conservar y adquirir videos y, al final, en la sentencia esta se profiere por alquilar películas.

23. En decisión de 2 de diciembre de 2008 dentro del radicado 30290, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, se predicó que para la Corte la congruencia en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 se unifican y homologan a partir de la llamada congruencia fáctica. Señalando:

“(…) 1. Así las cosas, independientemente de que en la definición de situación jurídica se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado, es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto, creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primero un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones.

Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente, porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir.

2. No obstante, los reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia en los cuales se ha dejado claro que el instituto de la congruencia se da es entre los contenidos de la resolución de acusación, su variación y los que se deriven en la sentencia, bien puede afirmarse de manera matizada que entre los actos de indagatoria y el de la calificación con llamamiento a juicio, se presenta una especie de relativa correspondencia de referentes, en

los que la inicial imputación jurídica provisional puesta de presente en las diligencias de injurada podrá variar o modificarse para adecuarse de manera inequívoca al correspondiente tipo penal que recoja la materialidad acaecida, pero en lo que sí no se puede llegar a sorprender al indagado es con atribución de facticidades recogidas normativamente y sobre las que nunca fue interrogado.

Las anteriores ejemplificaciones verifican que la relativa congruencia o correspondencia de referentes que debe darse entre la indagatoria y la resolución de acusación, en todos los casos, es decir, tanto para los eventos de la Ley 600 de 2000, como para los de la Ley 906 de 2004, giran alrededor de la imputación fáctica que se haga al indagado o imputado, quien tiene derecho a conocer a que le coloquen de presente cuál es la materialidad de acción que se le atribuye y a qué título, para a partir de la misma proyectar sus ejercicios de defensa material y técnica (...).

24. Ese mismo día en decisión de 2 de diciembre de 2008 radicado 30288, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en un proceso por hurto calificado y agravado, concierto para delinquir y tráfico y porte de armas de fuego o municiones, señala que no se presenta incongruencia cuando entre la imputación y la acusación, la denominación jurídica cambia en la medida que lo que no puede variar son los hechos, señalando que:

“En este orden de ideas, no constituye irregularidad alguna el que, en el presente caso, el representante de la Fiscalía haya imputado en audiencia preliminar tan solo las conductas punibles de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, y que en la formulación de acusación le haya añadido el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en la modalidad de porte de armas de fuego, si en lo que en el aspecto fáctico respecta guardó correlación entre una y otra atribución”.

Lo complejo en este caso es que lo acusan por una conducta que jurídicamente no fue materia de imputación y en consecuencia se cercena la garantía de que el procesado hubiese podido aceptar cargos desde la imputación por la conducta de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego que como lo señala la sala no fue materia de imputación, lo que definitivamente rompe el marco de congruencia y de garantías, en la medida que se trata de un nuevo cargo que ni siquiera fue materia de imputación.

25. En decisión 30043 de 4 de febrero de 2009, con ponencia de María del Rosario González de Lemos, la Corte en un caso por homicidio, donde se alega por la defensa incongruencia entre la imputación y la acusación, señalando que la congruencia se da es entre la acusación y la sentencia, a pesar de que cita decisión en la que acepta que la congruencia fáctica queda marcada en la imputación.

26. En decisión dentro del proceso 28649 de 3 de junio de 2009, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, hace un análisis de la congruencia que se enmarca en el esquema adversarial señalando que la fiscalía acusó por una conducta que encuadra en el tipo penal del artículo 207 del Código Penal, esto es acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y el Tribunal decide condenar por acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, recordando incluso que los dos delitos se encuentran en capítulos distintos y además porque también alteró la imputación fáctica, y si bien los dos delitos tienen un elemento común como es el acceso carnal, la forma como se llega al mismo es distinta.

27. En decisión dentro del proceso 31803 de 8 de julio de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, a través de la cual inadmite la demanda, la Corporación señala que la imputación jurídica formulada en la audiencia de imputación no es inmutable, a diferencia de lo que ocurre con la imputación fáctica y además que en materia de negociaciones la consonancia que debe estudiar el juez es la que tiene que ver entre la imputación fáctica y jurídica contenida en el escrito de preacuerdo correspondiente, para lo cual tiene en cuenta lo esbozado en la sentencia de 27 de octubre de 2008 con radicado 29979.

28. Mediante decisión dentro del proceso 31280 de 8 de julio de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte, citando la sentencia de 27 de octubre de 2008 radicado 29979 que igualmente fue tomada en cuenta en el radicado 31803, señala que:

“[S]i en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema y, en particular, al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación”.

29. Con decisión dentro del proceso 30838 de 31 de julio de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, la Corte reafirma la posibilidad de cambiar la calificación jurídica, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) la Fiscalía lo solicite de manera expresa;
- b) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género;
- c) el cambio de calificación se debe orientar hacia una conducta punible de menor entidad;
- d) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y
- e) no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Providencia en la que señala que el principio de congruencia constituye un elemento sustancial al debido proceso y eficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa, dejando claro, a diferencia de lo que ocurrirá más adelante, que el cambio de denominación jurídica solo se puede dar a petición del fiscal y no por iniciativa propia y recordando que sin acusación de parte no se puede celebrar el proceso penal (*nemo iudex sine actores*).

30. Mediante decisión dentro del proceso 31780 de 16 de septiembre de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, se profiere la sentencia que se puede considerar arquimédica en materia de congruencia, por ser la que aborda más temáticas y soluciona las inconsistencias que se venían dando sobre esta materia con anterioridad, al adoptar los principios acusatorio y adversarial como fundamento para resolver las problemáticas sobre el tema.

Empieza por señalar que la congruencia se edifica sobre tres actos, la acusación, el alegato de cierre realizado por el fiscal al finalizar la audiencia pública y la sentencia, para lo cual recuerda que el norte se deriva del propio acto legislativo 03 de 2002 señalando:

(...) 1. La Corte (Cita la Corte Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de abril de 2007, radicación 26309) tiene dicho que en materia penal la congruencia consiste en la adecuada relación de conformidad (i) personal, (ii) fáctica y (iii) jurídica que debe existir entre la resolución de acusación, la intervención fiscal en la audiencia de juzgamiento, el sentido del fallo y la sentencia, siendo la acusación el marco referente, principio que ha sido objeto de diferentes avances y precisiones por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Con motivo del Acto Legislativo 3 de 2002 y los desarrollos legales del mismo, la congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del Sistema Acusatorio colombiano (...)

Recuerda que la congruencia se constituye en una barrera contra la arbitrariedad y en una talanquera a la potestad del Estado de administrar justicia, es decir, es un principio que se puede considerar un límite material a esa facultad del Estado.

(...) 2. El principio de congruencia aparece en el ordenamiento jurídico colombiano como una barrera en contra de la arbitrariedad y límite a las facultades que se otorgan a los administradores de justicia cuando deben resolver un asunto penal; irradia su efectividad al impedir que una persona pueda ser acusada por unos hechos y delitos, y termine condenada por sucesos o conductas punibles diferentes (...).

La imputación se constituye en una garantía para evitar acusaciones infundadas, es decir, se constituye en un mecanismo de control, al afirmar:

(...) 3. En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple *posibilidad*. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no

sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 *ibídem*), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas (...).

Avanzó la Corte hacia la fijación de un criterio respecto del escrito de acusación, al cual atribuye asimismo una función ideológica que proyecta el control sobre el control penal al indicar que se orienta a evitar que el acusado sea sorprendido con acusaciones sorpresivas en el entendido que *delimita el ámbito subjetivo de la acusación*, significando que se le anticipa lo que será la concreción del cargo en la audiencia de acusación. (Moya, 2018:47)

(...) 4. El escrito de acusación se adopta atendiendo a la *probabilidad* de que el hecho o hechos configuradores de la *notitia criminis* puedan ser atribuidos penalmente a una persona. Es decir, la adquisición de la categoría de acusado se reconoce a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, una conducta punible. Para devenir formalmente en acusado no basta con ser sospechoso, sino que se requiere un estudio y valoración de los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida por parte de la Fiscalía, para así

señalar en el escrito de acusación a una persona como probable responsable de la conducta delictiva (art. 336 *ib.*). La principal función del escrito consiste en evitar acusaciones sorpresivas de forma que delimita el ámbito subjetivo de la acusación en un doble sentido, porque sólo podrá solicitarse condena en el juicio oral a quien haya sido previamente acusado y, por exclusión, garantiza al acusado que solamente podrá ser declarado responsable de los delitos que correspondan a los hechos delimitados en el escrito de acusación (...).

La sentencia cumple, además, una función fundamental en la que permite revisar acusaciones infundadas o sorpresivas:

(...) 5. Otros peldaños del proceso lo son las audiencias de acusación, preparatoria y del juicio oral. El último de los pasos es un momento clave en la estructura del proceso, pues consiste en la decisión jurisdiccional que pone fin a la actuación: la sentencia. En ella se analiza y decide si el *iter* procesal debe concluir con condena o absolución. En definitiva, llegados a este instante del proceso tiene lugar la resolución específica sobre la acción penal, con la que se realiza la última revisión por parte de los jueces sobre la acusación,

debiéndose rechazar en todo caso las acusaciones infundadas o sorprendentes (...).

Rescata el valor del principio acusatorio y adversarial como punto de orientación del tema.

(...) 6. Toda esta serie de controles impone que la decisión judicial de apertura del juicio oral ha de venir precedida de una exhaustiva inspección sobre la seriedad y verosimilitud de la acusación que se ejercita, debiendo el juez verificar que el debate en el juicio oral se limite a los aspectos fácticos de la acusación y que estos se concreten en lo que jurídicamente se argumente hasta el alegato final. Con ello el juez extrema las medidas sobre la acusación, pues la congruencia entre la acusación y la sentencia constituye una garantía del debido proceso que se debe salvaguardar a toda persona.

Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador, pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo

propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de *factum* y de *iure* le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación (Cita la Corte Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de febrero de 2007, radicación 26087) (...).

Recuerda que la congruencia se debe predicar tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas, lo que implica que el aspecto fáctico fijado en la acusación es el que se debe tener en cuenta al momento de dictar sentencia.

Pero además recuerda la importancia que implica que el fiscal debe cumplir su labor de manera correcta, en la medida que sin la acusación no se puede celebrar el juicio penal.

(...) 8. El incumplimiento de tal obligación por parte de los delegados fiscales implica desatender de manera grave una carga procesal, y, en virtud de las reglas propias del garantismo penal, dejar a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo, pues en lugar de condenar por todos los delitos y con todas las agravantes, éstos se verán obligados a proferir la sentencia en los precarios términos en los que aparezca elevada la acusación. Esto es así porque el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (*nemo iudex sine actore*), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su existencia y ulterior desarrollo del proceso (...).

El principio de congruencia se constituye en un elemento consustancial al debido proceso y al derecho de defensa.

(...) 9. Lo expuesto permite reiterar, sin que exista duda, que el principio de congruencia constituye un elemento consustancial al debido proceso y eficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa. En cuanto a lo primero porque hace parte de la estructura del proceso y en cuanto a lo segundo porque permite que la defensa determine la estrategia que debe desplegar en busca del resultado que más le favorezca.

Es que uno de los fines esenciales del Estado, como ha quedado dicho, es el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan cuando una vez se comunica al indiciado la imputación, ora que la acepta o la debata en el juicio, se le condena por otros delitos o nuevas circunstancias –de hecho y/o de derecho– que agrava la penalidad con el pretexto de constituir un elemento objetivo irrefutable que se advierte implícitamente y que por lo mismo se debe entender conocido desde un comienzo por el imputado o el acusado, según sea el caso.

Y, finalmente, señala que si se quiere condenar por un delito distinto por parte del juez, tiene que existir petición en ese sentido por parte del fiscal, de lo contrario, esto no es posible.

(...) 10. Las anteriores consideraciones dogmáticas han llevado a que la Sala determine que es posible condenar por delito distinto al acusado siempre y cuando, de manera concurrente y necesaria, se respeten las siguientes reglas:

a). Es forzoso que la Fiscalía así lo solicite de manera expresa. Si la Fiscalía no hace afirmación motivada, clara e inequívoca dirigida a que se condene por delito diferente al indicado en la acusación –declaración que puede hacerse hasta el momento

en que se presenta el alegato de cierre del juicio oral (Cita la Corte Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de abril de 2007, radicación 26309) –, el juez no está autorizado a emitir condena por delito diferente;

b). La nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género. Por ejemplo, si la acusación se presentó por un delito doloso se podrá condenar en la modalidad culposa;

c). El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad, de manera que resulta inaceptable una variación que se realice para empeorar la situación del acusado, a menos de las modulaciones que adelante se consagran;

d). La tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, de modo que, verbi gracia, si se acusó por acceso carnal violento no se podrá condenar por un abuso sexual desprovisto de rudeza o fuerza; y,

e). No debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes (...).

(Citas adicionales de la Corte, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24530. Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 13 de marzo de 2008, radicación 27413).

31. En decisión 32192 de 28 de octubre de 2009, M.P. María del Rosario González, la Corte empieza por recordar los casos que constituyen violación al principio de congruencia, tanto por acción como por omisión, señalando que si las pruebas no demuestran los hechos como los expuso la fiscalía, se tiene que definir el caso de forma contraria a las pretensiones de esta, pero esto no se opone a que el acusador pide condena por un delito de igual género, pero diverso a aquel que fue formulado en la acusación siempre que sea de menor entidad.

Retoma varios pronunciamientos (Radicado 26468 de 27 de julio de 2007) en virtud del cual no se puede modificar el aspecto fáctico de la acusación, así como el (Radicado 26309 de 25 de abril de 2007) en el que se señalan las condiciones para que el juez dicte sentencia por un delito distinto al que fue materia de acusación uno de ellos que la fiscalía sea la que haga la solicitud, concluyendo que en el caso en estudio se violó el principio de congruencia en la medida que se condenó por un delito de acto sexual con menor de catorce años, a pesar de que la acusación fue por un delito de acto sexual violento.

32. En el proceso dentro del radicado 32422 se dicta la sentencia de fecha 10 de marzo de 2010, en el que dentro de un contexto acusatorio, la Corte, reiterando lo indicado en sentencias de 6 de abril de 2006 y 30 de octubre de

2008, radicaciones 24668 y 29872, respectivamente, señala los casos en los que se produce quebranto del principio de congruencia.

“1.3. Precisado lo anterior, a efectos de lo que aquí es motivo de controversia, hay que recordar que de acuerdo con decantado criterio jurisprudencial el quebranto del principio de congruencia, únicamente se configura cuando se condena: *i)* por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; *ii)* por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación y *iii)* por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la sanción, o suprimiendo una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o en la de acusación”.

Recuerda, además, que debe existir coherencia entre la imputación fáctica y la jurídica, reiterando lo indicado en Auto de 24 de noviembre de 2005, radicación n.º 24323, y sentencia de 26 de julio de 2007, radicación n.º 26468 afirma que además no es posible, como regla general, aceptar errores en la calificación jurídica.

“2.1. Hay que advertir, como ya lo tiene decantado la Sala, que en el esquema de enjuiciamiento implantado a través de la Ley 906 de 2004, por excepción, es posible incurrir en errores de adecuación de la conducta respecto de la norma jurídica tomada como base para la acusación (sea que ésta se halle plasmada en la imputación libremente aceptada o en preacuerdos celebrados con la fiscalía) y determinante del fallo de responsabilidad, figura que antaño se conocía como *error en la calificación jurídica*, pues la imputación de cargos realizada en cualquiera de los actos que impliquen materialmente acusación, es en estricto rigor fáctica, aunque con trascendencia jurídica (‘hechos jurídicamente relevantes’, artículos 288-2 y 337-2).

No obstante, como de conformidad con el artículo 162 de la codificación penal adjetiva las sentencias y los autos deben cumplir, entre otros requisitos, con la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, eventualmente podría ocurrir un yerro por falta de coherencia entre la situación fáctica y la respuesta jurídica a la misma (como así lo denuncia el actor), esto es, en la adecuación típica en cualquiera de sus extremos y circunstancias y, por tanto, un yerro de esa naturaleza debe ciertamente postularse al amparo de la causal segunda (nulidad), con el objeto de retrotraer la actuación a la audiencia de imputación (artículo 286) o a la audiencia de formulación de acusación (artículo 338), porque si tal irregularidad

afecta la competencia del fiscal o desborda el núcleo factual básico de la imputación, la Corte no puede entrar a dictar el fallo de sustitución so pena de incurrir en incongruencia.

El cargo, en tales supuestos, debe sustentarse con los parámetros lógicos que gobiernan, bien la causal primera de casación, esto es, por la violación directa de la ley sustancial (lo cual implica aceptar sin reparos que los hechos fijados en el fallo corresponden a los delineados como marco fáctico en la acusación – o en la imputación, para este caso– en orden a demostrar, con base en una discusión eminentemente jurídica, que el juzgador incurrió en violación directa de la ley por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las respectivas normas sustantivas; o bien con sustento en los derroteros de la causal tercera de casación, es decir, por violación indirecta (para cuya demostración es necesario acreditar que el desquiciamiento de la ley ocurrió en el proceso de análisis y valoración de las pruebas –o de los elementos materiales o evidencia física que sustentan la imputación–)”.

33. En decisión dentro del radicado 33160 de 21 de abril de 2010, M.P. María del Rosario González y tomando como soporte el radicado 30043 de 4 de febrero de 2009, la Corte señala que la imputación fáctica y jurídica de que trata la audiencia establecida inicialmente para su formulación no tiene la aptitud de constituirse en extremo objeto de

constatación en punto del principio de congruencia entre acusación y fallo, con lo que la sala desconoce que los hechos que son materia de imputación tienen que ser los mismos hechos que son materia de acusación y de sentencia.

34. En el proceso 33418 de 21 de abril de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte analiza el tema de congruencia en la medida que la Procuraduría Delegada solicita la intervención oficiosa de la Corporación, porque en su concepto la imputación fue por hurto simple, establece la Corte que:

“...se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de julio de 2009. Radicación 31280)

Recuerda, además, que solo el fiscal, como titular del ente acusador, está facultado para proponer al juez cambios en la imputación jurídica, porque la acusación es una pretensión de la autoridad requirente y no una decisión judicial (Sentencia de 8 de julio 2009 radicado 31280) lo que lo ubica en un sistema acusatorio adversarial, pero igualmente recuerda como referente decisiones a través de las cuales la Corte ha señalado en que es dable condenar por hechos o denominaciones jurídicas distintas a aquellas que fueron objeto de acusación, siempre que se respete el núcleo fáctico y que la nueva tipicidad merme la penalidad o la conserve (sentencias de 5 de diciembre de 2007, radicación 26513 y 15 de julio de 2009, radicación 27594).

Siendo consecuente con la posición fijada en la sentencia arquimédica de 2009 de 16 de septiembre de 2009, reafirma la posición que es resolución de los nudos problemático (Moya, M., 2018) señala que:

“(…) 1. En relación con el principio de congruencia la Corte ha hecho énfasis en que los pilares sobre los cuales se edifica el sistema procesal acusatorio colombiano, basado en la ‘igualdad de armas’ o de partes para medir el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en aras de que tanto la Fiscalía como la defensa cuenten con las mismas facultades y prerrogativas, el principio acusatorio, en el entendido de que no hay proceso sin acusación que haya sido proferida previamente por un órgano independiente y el respeto por el derecho de defensa, el acusado no puede ser

declarado culpable y condenado por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”.

Y si bien la congruencia, “...se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación” (Cita la Corte, Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de julio de 2009. Radicación 31280).

“Al restablecerse la congruencia entre la acusación y la sentencia ha de advertirse que la pena por el acto sexual violento que es materia de la condena, en todo tiene que respetar los límites máximos del punible que desconoció la consonancia, porque no se puede hacer más gravosa la situación del procesado por mandato del principio de la no *reformatio in pejus* (Cita la Corte, Sentencia de 16 de septiembre de 2009. Radicación 31795) (...)

35. En auto de inadmisión dentro del proceso 33255 de 30 de junio de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, en el que el Tribunal profirió condena como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, señala la Corte que por excepción se puede incurrir en errores en la adecuación de la conducta a la norma jurídica tomada como base para el juzgamiento, figura que en la Ley 600 se denominaba error en la calificación jurídica, lo cual además se presenta así porque la imputación de cargos que se hace en la acusación es fundamentalmente fáctica.

Pero además recuerda que la imputación es mixta porque implica lo fáctico y lo jurídico, no de otra manera se podría garantizar el derecho de defensa, ratificando lo señalado en Sentencia de febrero 28 de 2007, radicado 26087.

“3.6.3. La adopción del sistema acusatorio introducido con la Ley 906 de 2004 ha llevado a la Sala a sostener que la imputación debe ser mixta, es decir, fáctica y jurídica, porque sólo de esta manera podría garantizarse el derecho de defensa y el principio acusatorio, el cual tiene entre sus proyecciones esenciales la comunicación de la acusación al procesado, la que no puede quedar reducida a la simple notificación sobre la existencia del pliego de cargos formulado en su contra, sino que es perentorio informar por el delegado de la Fiscalía sobre la denominación de las conductas imputadas en forma precisa que se le permita la plena comprensión

en rededor de sus alcances y consecuencias, garantía que no se logra sino a través de la conexión entre las imputaciones fáctica y jurídica”.

36. En el proceso 33658, se dicta sentencia el 30 de junio de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en un caso fallado bajo la égida del sistema acusatorio, en la que se condena por un delito de homicidio señala que el principio de congruencia no se afecta por cualquier argumentación jurídica y sobre todo lo concerniente al modo de participar en el injusto, por lo que se fundamenta en una decisión de 5 de diciembre de 2007, radicación 26513, pero donde el análisis es propio de un caso de naturaleza mixta, lo que en el fondo deja ver que la Sala no hace diferencia entre el sistema mixto y el acusatorio.

Concretamente la Sala señala:

“[...] la Sala considera oportuno precisar que el principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.

Por ejemplo: la Fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales, el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. El funcionario de primera instancia, por su parte, lo sentencia como coautor del delito imputado, al considerar que participó en la conducta atribuida con dominio del hecho funcional. Por último, después de ser apelada la providencia, el Tribunal la confirma, pero aclara que la participación del procesado fue a título de autor mediato en virtud de su pertenencia a una estructura organizada de poder.

En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual, determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada.

Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o

dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho.

Si no fuera de esta forma, se llegaría al absurdo de limitar de manera tan injustificada como contraria a derecho la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales, pues cada asunto de tipo valorativo o dogmático quedaría sometido hasta el final del proceso al particular criterio del fiscal que profirió la acusación, aun cuando se tratase del reconocimiento de una categoría o concepto jurídico que admitiese la configuración de otras figuras que no representan consecuencias punitivas más graves para los intereses del procesado, y a pesar de que el juzgador estimase que desde su punto de vista sistemático o filosófico la propuesta formulada por el fiscal resulta absolutamente inaceptable”.

En este punto y en materia de garantías, y más en el contexto acusatorio, no es válido que se afirme que como la pena es la misma se puede acusar como determinador –autor intelectual en los términos que utiliza la Corte– y que se condene como autor, porque como la pena es la misma esto no afecta; olvida la Corporación que el tema de congruencia no tiene nada que ver con la pena, es clara la incongruencia así la pena sea la misma porque los elementos dogmáticos de la determinación son sustancialmente distintos a los de la autoría.

37. En el proceso 28912 se profiere auto de fecha 29 de julio de 2010, en el que se hace énfasis en los roles que se asignan a la Fiscalía General de la Nación en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004, señalando que en el sistema acusatorio *el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso a la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448.*

38. En decisión 34922 de marzo 9 de 2011, con ponencia del H. Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, la Corte fija reglas propias de un sistema acusatorio, recordando que la situación fáctica no puede variar, además que la acusación para ser completa debe contener lo fáctico y lo jurídico y que al finalizar el juicio afirmar que si las pruebas no demuestran que lo planteó la fiscalía, la decisión debe ser adversa a sus pretensiones:

«El principio de congruencia ha sido consagrado por el legislador, para evitar la arbitrariedad de los funcionarios judiciales al momento de resolver un asunto penal, de tal manera que el acusado no sea sorprendido en la sentencia condenatoria con elementos fácticos y jurídicos no contemplados previamente en los cargos.

En ese orden, cuando el juzgador profiere sentencia por fuera del marco conceptual de la acusación, desconoce el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto afecta la estructura básica de la actuación e impide diseñar una estrategia defensiva favorable a los intereses del encausado.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte en diversos pronunciamientos, al examinar la materia en el marco del sistema de enjuiciamiento previsto en la Ley 906 de 2004.

(...) La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse 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

(...)

El juez colegiado no soportó la condena en hechos diferentes a los narrados y, por ende, no afectó la estructura lógica del proceso, en cuanto no tradujo consecuencias adversas al enjuiciado, quien conoció desde un comienzo, directamente o a través de su defensor técnico, que la fiscalía lo acusó por el delito de hurto calificado y por esa misma conducta punible solicitó condena, luego de ajustar a las previsiones jurídicas, el desenvolvimiento de los hechos constitutivos de la conducta delictiva».

39. En decisión 32685 de marzo 16 de 2011, con ponencia del H. Magistrado Fernando Castro Caballero, se pronuncia sobre el tema de la congruencia, empieza por señalar que:

“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”.

Señalando que la formulación de la acusación es un acto básico y estructural del proceso penal, toda vez que como pliego concreto y completo de

cargos, resume tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica, para que a partir de esta el acusado pueda conocer los ámbitos y alcances exactos de la acusación y poder ejercer su defensa, razón por la que ese acto se extiende hasta el alegato final en el juicio oral; afirmando además que la formulación compleja de la acusación posee una doble connotación, de una parte constituye un acto jurídico insoslayable en tanto que en el sistema acusatorio no puede existir juzgamiento sin acusación, sin que medie un acto en el que se fije con absoluta claridad la imputación fáctica y jurídica (hechos y delitos) que debe ser completa, no dilógicas, ambiguas o anfibológicas que se atribuyen a una determinada persona y, de otra parte, es un acto jurídico sustancial. Decisión que se ajusta a la sistemática de corte acusatorio adversarial y, más aún, cuando en el análisis del tema manifiesta:

“En esa medida, si los contenidos de la formulación de la acusación que se extienden hasta el alegato final en el juicio oral constituyen los extremos de congruencia, se comprende que esta se desestabiliza cuando:

(i).- en la sentencia se condena con alteración de lo fáctico o jurídico de aquella, *salvo que se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad.*

(ii).- se condena no obstante la solicitud de absolución por parte del fiscal.

(iii).- cuando se altera el anuncio del sentido del fallo y la sentencia; y 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 que nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en el acto de formulación de la 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:

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.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos

y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso”.

Decisión de la que se debe destacar el hecho de que se señale que si el fiscal pide absolución, el juez, para hacer congruente su fallo con la acusación, debe absolver, punto que enmarca esta decisión dentro de una sistemática típicamente acusatoria, a pesar de que esta postura viene posteriormente y de manera desafortunada a ser recogida por la Sala de Casación Penal y en ese sentido también le dé un carácter acusatorio el que se afirme que los hechos y los delitos por los que se dicta sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en la audiencia de formulación de imputación y acusación, lo que determina que la congruencia lleva tanto lo fáctico como lo jurídico. Concretamente afirma:

«Según ha sido indicado por la jurisprudencia de esta Corte, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 *ejusdem*, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer “los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera

circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación” (se destaca); y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable “por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (se destaca).

Esto significa, en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa.

Pero posteriormente afirma que en punto de lo jurídico, se debe respetar la petición del fiscal al afirmar:

Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación» (subrayas fuera del texto).

Con esto se deja ver que en la providencia se terminan confundiendo reglas de la congruencia propia de un sistema mixto y un acusatorio.

40. En el proceso 35179 del 7 de abril de 2011 con ponencia de Fernando Castro Caballero, la Corte inadmite una demanda de casación en la que se había acusado al procesado por acceso carnal abusivo con menor de catorce años y el Tribunal lo condena por acto sexual abusivo con menor de catorce años, razón por la que el demandante estima que se violó la congruencia entre acusación y sentencia.

La Corte señala que el Tribunal no desconoció la imputación fáctica, ni el comportamiento final derivado corresponde a un *nomen iuris* diferente, lo que no es cierto, porque se lo acusa por acceso carnal abusivo y se lo condena por actos sexual abusivo, pero como se puede observar la Corte entiende que se trata del mismo *nomen iuris*, porque las dos conductas están en el mismo título, lo que es equivocado, es cierto que protegen el mismo bien jurídico, pero son dos comportamientos diversos.

“El Tribunal al aplicar la prevalencia del derecho sustancial, valga decir, al adecuar la conducta desplegada a una normativa que de manera inequívoca la recogía, degradó la atribución efectuada por la Fiscalía y derivada al acusado por la primera instancia, ejercicio de ubicación disminuido, esto es, más favorable, que legal y constitucionalmente es dable realizar tratándose de comportamientos

ubicados al interior del mismo *nomen iuris* que comparten núcleos fácticos, como aquí ocurre, sin menoscabo del debido proceso ni del postulado de consonancia con la atribución formulada en la acusación; todo lo contrario, realizando el postulado de efectividad del derecho material”.

Recuerda la Sala que el juez se puede apartar de la calificación jurídica realizada por la fiscalía hacia una de menor entidad, siempre y cuando la nueva conducta delictiva esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y sea más favorable a los intereses del procesado, lo que enmarca facultades *iura novit curia*, reiterando lo señalado en sentencia de junio 3 de 2009, radicado 28.649, en donde se señalan los requisitos para ellos:

“(i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que 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”.

El primero de ellos, esto es que el acusado deba hacer la solicitud, enmarca el análisis en un contexto de congruencia acusatorio adversarial, lo que se reafirma cuando la Corte muestra el papel fundamental de la acusación.

“La formulación de la acusación es un acto básico y estructural del proceso penal, toda vez que, como pliego concreto y completo de cargos, resume tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica, con miras a que a través de dichas concreciones se permita al acusado conocer los ámbitos y alcances exactos de la acusación, y a partir de estos ejercer el derecho de defensa. Por tanto, en ese acto complejo que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral, deben quedar sentados los fundamentos y términos con sujeción a los cuales se desarrollará el juzgamiento y producirá la declaración de responsabilidad penal o ausencia de la misma en la sentencia.

A su vez, el escrito de acusación, integrado a la audiencia de formulación del artículo 339 *ibídem*, durante la cual puede ser aclarado, adicionado o corregido por la Fiscalía o a petición de parte o Ministerio Público y los alegatos en el juicio oral, constituyen entre sí un acto procesal complejo formal y material en el que se concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, hechos que corresponden a la

imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica.

La formulación compleja de la acusación posee una doble connotación: de una parte, constituye un acto jurídico insoslayable, en tanto que en el sistema acusatorio no puede existir ningún juzgamiento sin previa acusación, sin que medie un acto en el cual se fije con absoluta claridad la imputación fáctica y jurídica (hechos y delitos) que deben ser completas, no dilógicas, ambiguas o anfibológicas, que se atribuyen a una determinada persona, y, de otra parte, es un acto jurídico sustancial.

En efecto es sustancial, pues aquella es el segundo espacio procesal en donde al acusado se le da a conocer de manera concreta las imputaciones referidas a fines de enfrentar el compromiso penal en la etapa del juicio oral, y es expresión de seguridad jurídica en orden a una sentencia congruente.

La acusación como eslabón del debido proceso penal es insalvable en el procedimiento ordinario, como en la sentencia anticipada (arts. 293 y 352 *ejusdem*), lo cual implica que la aceptación de la imputación y acusación constituyen los referentes formales, materiales y sustanciales en orden a la congruencia entre lo atribuido en aquellos y lo derivado en la sentencia. Determina, además, los casos que desestabiliza la congruencia al afirmar:

“(…) se comprende que esta se desestabiliza cuando:

(i).- en la sentencia se condena con alteración de lo fáctico o jurídico de aquella, *salvo que se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad*.

(ii).- se condena, no obstante, la solicitud de absolución por parte del fiscal.

(iii).- cuando se altera el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, y 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 que nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en el acto de formulación de la 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:

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.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

Lo que en definitiva muestra un análisis en un contexto acusatorio radica en que se afirma que si la fiscalía pide absolución el juez obligatoriamente debe absolver, criterio que equívocamente sería cambiado en decisión posterior.

41. Dentro del proceso 36118 mediante auto de 13 de abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte niega una apelación impetrada por la defensa, en la medida que en la acusación se incluyó una circunstancia de agravación que no había sido materia de la imputación.

La Corte recuerda que desde el punto de vista jurídico no se viola el principio de congruencia si se presentan modificaciones entre la imputación y la acusación, recordando que la progresividad de la investigación permite obtener mayor conocimiento, por tanto, es posible que la valoración jurídica de los hechos tenga al momento de la acusación mayores connotaciones. Entonces, de

prohibirse la posibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el Legislador hubiera previsto su formulación como antecedente de la acusación.

42. En el proceso 34022 se profiere sentencia el 8 de junio de 2011, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, en la que dos individuos fueron condenados como autores responsables de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado.

En este caso, la Corte reconoce facultades *iura novit curia*, por parte del juez, a pesar de que inicia haciendo un análisis teóricamente acusatorio, al indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, y acorde con lo señalado entre otras sentencias de casación del 28 de febrero y 27 de julio de 2007, radicaciones 26087 y 26468, respectivamente:

“la Corte ha sido reiterativa en precisar que la obligación de formular la imputación, la presentación de preacuerdos o negociaciones y la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto redundan en la efectiva preservación de la garantía de congruencia (elemento sustancial tanto del debido proceso como del derecho de defensa), de acuerdo con la cual *El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena* (artículo 448)”.

Adicional indica que la acusación es un acto fundamental que tiene el carácter de complejo, y que como se indicó en Sentencia de 16 de marzo de 2011, radicación n.º 32685:

“Se afirmó en la citada decisión que se trata de un *acto complejo*, porque el mismo está compuesto por la presentación del escrito de acusación, cuyo contenido está expresamente regulado en la respectiva ley (artículo 337) y se integra con los desarrollos de la audiencia de formulación (artículo 339), durante la cual puede aclararlo, adicionarlo o corregirlo *motu proprio* la Fiscalía de manera amplia en cuanto los *hechos jurídicamente relevantes* (conservando desde luego el mismo marco naturalístico de la imputación), o a petición de parte o del Ministerio Público, constituyendo de esa forma un acto material complejo, único y unívoco en el que se *concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, hechos que corresponden a la imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica*”.

Y retomando lo señalado en sentencia de 15 de mayo de 2008, Radicado 25.913, afirma:

“Lo precedente implica (i) que el aspecto fáctico en la acusación como jurídicamente relevante es el único que debe soportar la condena, a tono con el material probatorio allegado por las partes, a fin de que le impriman eficacia a los hechos como a la responsabilidad penal; desde luego si el ente Fiscal no es consecuente en sus intervenciones con la imputación o no logra acreditarla en el juzgamiento, campea la inocencia del procesado, (ii) con el escrito de acusación se identifica la congruencia, el que – además– abarca los actos procesales posteriores, en una clara correspondencia jurídica, que finaliza con la intervención de las partes en los alegatos finales y (iii) tanto los hechos como lo jurídico debe ser de contenido elemental, claro, diáfano, que no exista duda sobre los acontecimientos relevantes ni en lo concerniente con las conductas punibles o las circunstancias –si las hay– de menor punibilidad; específicas o genéricas que inciden en la dosimetría penal.

“Es desde luego una perspectiva jurídico lineal de corte sustancial, en donde la mixtura de los vocablos ‘hechos’ y ‘delitos’, marcan la pauta de coherencia entre las decisiones (que jamás podrán estar en choque hermenéutico) emanadas de la fiscalía y los

falladores. El ente acusado debe respetar contenido normativo expuesto en el artículo 337 de la Ley 906, plasmando con claridad cada uno de los presupuestos que allí se requieren, en especial aquellos que identifican de manera exacta los hechos jurídicamente relevantes, para a partir de ahí, garantizar el derecho a la defensa y, por ende, al debido proceso, en toda su extensión cognoscente”.

Recuerda que al momento de dictarse sentencia el juez queda insalvablemente condicionado por el aspecto personal y factico, es decir, no puede desconocer los hechos ni la persona que fue materia de acusación expuesto en forma diáfana y precisa, detallada y circunstanciada, en el escrito de acusación, o con las correcciones, aclaraciones o adiciones puntualizadas en la audiencia de formulación so pena de trasgredir el perentorio y expreso mandato contenido en la primera parte del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que *El acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación.*

Por el contrario, señala que no ocurre lo mismo con el aspecto jurídico pudiéndose el juez en este punto apartarse de lo pedido por la fiscalía con fundamento en las facultades *iura novit curia* que tiene el juez, retomando lo planteado entre otros fallos de casación de 27 de julio de 2007, 3 de junio y 31 de julio de 2009, radicaciones 26468, 28649 y 30838, respectivamente.

No ocurre lo mismo tratándose del aspecto jurídico o *imputación jurídica actualizada* en el *acto complejo de acusación*, de la cual se pueden apartar los

jueces cuando se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad como efectivamente así lo ha planteado la jurisprudencia de esta Sala y lo reafirmó en las sentencias de 16 de marzo del año en curso (radicación n.º 32685, ya citada) y 4 de mayo siguiente (radicación n.º 32370), debiéndose entonces comprender que ese extremo no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica referida por el ente acusador, sino que “por el contrario hace apertura en sus alcances hacia un comportamiento que haga parte del mismo *nomen iuris* y que desde luego sea de menor entidad... siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación”.

Empero, debe aclarar aquí la Sala que una tal facultad del fallador encuentra asiento o respaldo en un antiguo postulado o aforismo que es ajeno al derecho procesal de corte dispositivo o adversarial, características que con menor y mayor intensidad irradian la sistemática acusatoria diseñada en la Ley 906 de 2004, y según la cual a las partes corresponde aportar los hechos motivo de controversia, y al juez, atendida su obligación de conocer y respetar la ley, resolver la contienda con base en el derecho aplicable al asunto, aun con prescindencia del invocado por aquéllas. Al hacer referencia a la regla *iura novit curia* afirma:

“La regla se conoce por su texto en latín, en su versión amplia, como *Venite ad factum. Curia iura novit* y en su versión reducida como *iura novit curia*. La expresión establece con nitidez la

actividad de las partes en cuanto a la aportación de hechos y la del juez en relación con la aplicación del derecho. Contiene armoniosamente y en pie de igualdad el dominio de las partes –aportación de hechos en el proceso– y el del juzgador –aplicación del derecho al sentenciarlo–, a la vez que los distingue con exactitud”.

Lo más complejo es que de manera clara afirma que esta regla se puede aplicar en la medida que también existe en ordenamientos procesales como el civil y el laboral y en el mismo sistema acusatorio en la medida que el artículo 139 de la Ley 906 de 2004, que señala que es deber del juez resolver las controversias suscitadas durante la audiencia, sin que se vea qué relación tiene la norma que establece la obligación del juez de resolver los conflictos con el principio acusatorio. Señala adicionalmente que:

“Es del cumplimiento de ese deber-facultad, que el fallador, de acuerdo con los hechos puntualizados en la acusación y concretados en el juicio luego del debate probatorio, puede seleccionar la hipótesis penal del repertorio normativo que encuentre más ajustada a la realidad que presenta el caso, siempre y cuando, claro está, mantenga la identidad con la plataforma fáctica de la conducta punible endilgada en el pliego de cargos y no sobrepase el

límite punitivo expresado en la pretensión sancionadora de la Fiscalía”.

Queda claro que para la Corte será el juez el que determine la denominación jurídica por la que se dicta sentencia, así esta no coincida con lo pedido por el fiscal, en uso de esas facultades *iura novit curia*, las que no caben en el sistema acusatorio, lo que deja ver la confusión que existe por la Corporación sobre la materia.

43. En decisión dentro del proceso 35973 de 27 de julio de 2011, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, en un caso donde se produjo aceptación de cargos, la Corte fija reglas de congruencia estricta propias de un sistema de Corte Acusatorio al señalar:

«De lo anterior surge evidente la violación al principio de congruencia que, en este caso concreto, debe predicarse entre la sentencia y la imputación, en los exactos términos en los que fue aceptada por el imputado, pues por disposición legal cuando éste admite los cargos, se entenderá lo actuado como acusación. El juez, entonces, no podía condenar a (...) por el concurso homogéneo.

Por consiguiente, con el fin de garantizar los derechos de (...), la Corte casará de oficio y parcialmente la sentencia para determinar que su condena lo es sólo por la comisión de un delito de tráfico,

fabricación y porte de estupefacientes agravado en la modalidad de financiar y adquirir».

44. En el proceso 35293 se profiere decisión de 7 de septiembre de 2011, M.P. María del Rosario González, en un proceso por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y cohecho por dar u ofrecer, concluye que existe incongruencia entre acusación y sentencia, para lo que como regla general hace un análisis que centra en el esquema adversarial, aunque en algunos apartes de la decisión reconoce tácitamente facultades *iura novit curia*.

Empieza por reconocer que la congruencia tiene una doble perspectiva como garantía y postulado estructural del proceso, que va a jugar en los procesos que terminan por vía ordinaria, como en los que se dan bajo las formas de terminación anticipada y en estos implica una perfecta armonía entre lo que el imputado aceptó o negoció con la sentencia, trayendo a colación conceptos de la doctrina “la sentencia no puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de acusación, ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal de la acusación en los escritos de calificación o acusación...” (Armenta, T. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 56-57). Insiste en que la imputación debe tener un doble componente fáctico y jurídico:

“porque sólo de esta manera podría garantizarse el derecho de defensa y el principio acusatorio, el cual tiene entre sus

proyecciones esenciales la comunicación de la acusación al procesado, la que no puede quedar reducida a la simple notificación sobre la existencia del pliego de cargos formulado en su contra, sino que es perentorio informar por el delegado de la Fiscalía sobre la denominación de las conductas imputadas en forma precisa que se le permita la plena comprensión en rededor de sus alcances y consecuencias, garantía que no se logra, sino a través de la conexión entre las imputaciones fáctica y jurídica” (Sentencia del 28 de febrero de 2007, Rad. 26087).

Recuerda que esa imputación fáctica debe señalar, de manera completa, todas las circunstancias, esto es el conjunto de circunstancias espacio temporales y modales que la configuran; mientras el de imputación jurídica se relaciona con la determinación, también clara y concreta, del delito cometido, o especie delictiva que se endilga, como ya se había señalado en sentencias de 24 de abril y 29 de octubre de 2003, Rads. 17346 y 19138.

E incluso desde el punto de vista jurídico señala que el juez tiene unos límites establecidos por la Fiscalía, al punto que si no se prueba la misma el camino es absolver, en un análisis que se enmarca en lo acusatorio retomando lo dicho en Sentencia del 25 de abril de 2007, Rad. 26309.

“Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los

hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de *factum* y de *iure* le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación.

La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código

Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse 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” (subrayas fuera de texto).
(Sentencia del 25 de abril de 2007, Rad. 26309)

Pero finalmente señala que el juez podría dictar el fallo por una denominación jurídica distinta, que sea más favorable al procesado, lo que lo ubica en el campo de las facultades *iura novit curia*, a partir de lo que se establece en la Sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468; concretamente señala:

“A manera de conclusión, se ha expuesto más recientemente que ‘en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes” (Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518).

Ahora, si bien el principio de congruencia le impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, esto no es óbice para degradar la conducta en favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes

específicas o genéricas, **o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes. (negrillas nuestras)**

45. En decisión 37211de 7 de diciembre de 2011, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, la Corte interpreta el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, estableciendo una congruencia que separa claramente funciones de acusación y juzgamiento al afirmar:

«Conforme al artículo 448 de la Ley 906 de 2004 “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”. De modo que la acusación es pieza fundamental dentro del proceso, en tanto allí deben consignarse con claridad y precisión todos los elementos materiales y jurídicos de la conducta punible, por lo que marca la pauta para dictar sentencia. Al juez, entonces, le está vedado adicionar consecuencias adversas distintas a las consignadas por el fiscal, y, por tanto, proferir condena por conductas respecto de las cuales no se hizo pedimento en tal sentido por el ente acusador.

Pero además dentro de un análisis claramente acusatorio, señala que el juez no puede condenar por un delito distinto a aquel por el cual la Fiscalía pidió condena, lo que implica que esta se

edifica sobre el trípode acusación, petición fiscalía y sentencia, reiterando lo ya indicado en sentencia del 13 de julio de 2006 (radicado 15.843).

Por consiguiente, el juez no puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal, de donde surge que la congruencia se establece sobre el trípode de la acusación, la petición de condena y la sentencia».

46. En providencia dentro del radicado 36907 de 1 de febrero de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte fija reglas propias de un sistema de Corte Acusatorio, tomando en cuenta lo ya indicado en sentencia de 8 de julio de 2009, radicado 2180, al establecer que:

«La Corporación ha hecho énfasis en los requisitos objetivos mínimos con que debe contar la Fiscalía al momento de formular tanto la imputación, como la acusación, así como la coherencia que en ese sentido debe mantener a lo largo del diligenciamiento.

Lo anterior, por cuanto el principio de congruencia conlleva a que el acusado no pueda ser declarado culpable y condenado por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena, apotegma que se desprende incluso de los pilares sobre los cuales se edifica el sistema procesal acusatorio colombiano basado en la igualdad de armas o de partes para medir el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en

aras de que tanto la Fiscalía como la defensa cuenten con las mismas facultades y prerrogativas, el principio acusatorio, en el entendido de que no hay proceso sin acusación que haya sido proferida previamente por un órgano independiente, así como por el derecho de defensa.

Para efectos de que la Fiscalía, a través del juez de control de garantías, le comunique a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 exige como requisitos esenciales el expresar oralmente la concreta individualización, identificación y ubicación del imputado, así como la “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”».

No obstante, lo anterior termina otorgando facultades *iura novit curia*, al permitir que el juez pueda condenar por hechos o denominaciones jurídicas distintas a aquellas que fueron materia de acusación, al señalar:

En esa postura, la Sala ha recalcado que los jueces no pueden desbordar su ámbito de competencia al arrogarse la calidad de titulares de la acción penal, y que por ello, sólo el representante de la Fiscalía está autorizado para proponer a los jueces cambios en la imputación jurídica, porque la acusación es una pretensión de la autoridad requirente y no una decisión judicial, **pero también ha**

hecho énfasis en que es dable condenar por hechos o denominaciones jurídicas distintas a aquellas que fueron objeto de acusación, siempre que se respete el núcleo fáctico y que la nueva tipicidad merme la penalidad o la conserve.

No es coherente la posición de la Corte cuando señala que se puede condenar por hechos distintos de los que fueron materia de acusación, olvidando que lo fáctico no puede tener ningún tipo de variación, en la medida que los hechos que son materia de imputación deben ser los mismos de acusación y sentencia, pero más ilógico es que al final señala que los hechos por los que se condene pueden ser distintos siempre que se respete el núcleo factico de la acusación, lo que rompe el principio lógico de no contradicción, la que además ratifica lo ya indicado en Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 26513, en el mismo sentido, proveído de 15 de julio de 2009, radicación 27594.

47. En providencia dentro del radicado 38050 de 29 de febrero de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho, en un caso por un delito de abuso de función pública, la Sala hace un análisis que en principio se da dentro de un contexto acusatorio, indicando que el desconocimiento del principio de congruencia comporta la vulneración a la estructura del proceso y al derecho de defensa, al señalar:

“Así, resulta pertinente recordar que, según el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, ‘el acusado no podrá ser declarado culpable por

hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena', lo cual supone que en la acusación deben ser precisados los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible por la que se procede, señalando su respectiva calificación jurídica, postulado conocido en nuestro medio como principio de congruencia, también denominado como de correlación.

Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, el desconocimiento de este apotegma, aún en vigencia de estatutos procesales precedentes, no solo comporta vulneración de la estructura del proceso, sino que además afecta el derecho a la defensa, por cuanto el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas y/o jurídicas respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de controversia.

Recuerda que la congruencia comporta una doble perspectiva de garantía y postulado estructural del proceso, lo que implica que el fallo debe guardar armonía con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de imputación o a través de los preacuerdos y negociaciones.

Por consiguiente, la incongruencia, entendida desde la doble perspectiva de garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de

preacuerdos y negociaciones celebrados con la Fiscalía, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación.

En el sistema acusatorio introducido con la Ley 906 de 2004, dicha imputación es mixta, esto es, fáctica y jurídica, ‘porque sólo de esta manera podría garantizarse el derecho de defensa y el principio acusatorio, el cual tiene entre sus proyecciones esenciales la comunicación de la acusación al procesado, la que no puede quedar reducida a la simple notificación sobre la existencia del pliego de cargos formulado en su contra, sino que es perentorio informar por el delegado de la Fiscalía sobre la denominación de las conductas imputadas en forma precisa que se le permita la plena comprensión en rededor de sus alcances y consecuencias, garantía que no se logra, sino a través de la conexión entre las imputaciones fáctica y jurídica’.

En tales condiciones, en cuanto al primer concepto, es decir, la imputación fáctica, se contrae al deber de precisar los hechos constitutivos de la conducta típica objeto de investigación, valga aclarar, el conjunto de circunstancias espacio temporales y modales que la configuran; mientras el de imputación jurídica se relaciona con la determinación, también clara y concreta, del delito cometido, o especie delictiva que se atribuye.

(...)

En consecuencia, se ha expuesto más recientemente que ‘en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes’”.

Pero con fundamento en la Sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468 termina otorgando facultades *iura novit curia*, al permitir que el juez condene por una ilicitud más leve al afirmar:

De tal manera, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta en favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

48. En providencia dentro del radicado 38256 de 21 de marzo de 2012, M.P, José Luis Barceló Camacho, inicialmente la Corte hace un análisis propio de una congruencia típica acusatoria al señalar:

«**9.1** La norma, que regula el principio de congruencia, exige que esta se presente desde una doble connotación: la fáctica (hechos) y la jurídica (delitos), de tal forma que se vulnera la consonancia cuando se condena (i) por hechos o por delitos distintos a los precisados en la acusación, (ii) por un delito del cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en la acusación, (iii) por un delito deducido en la acusación, pero el juez deduce una circunstancia de mayor punibilidad no precisada en aquella, y, (iv) el juez desconoce una circunstancia de atenuación deducida en la acusación.

(...)

Igual, si no hay solicitud expresa de condena, tampoco puede emitirse fallo en ese sentido, pero si el hecho o delito respecto del cual la Fiscalía no hace esa reclamación fue objeto de controversia en el juicio, el asunto no puede dejarse en suspenso, sino que se impone un fallo de absolución. En el supuesto contrario, es decir, el hecho o delito sobre el que no se pidió condena no fue debatido en el juicio, hay lugar a la ruptura de la unidad procesal, con la compulsa de copias respectivas en aras de que la Fiscalía adopte las determinaciones que estime conducentes».

Adicionalmente recuerda que la facultad de acusar es exclusiva de la fiscalía, en un análisis típicamente acusatorio.

En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

Señalando, además, que la función acusadora es una obligación exclusiva de la fiscalía.

De ese mandato surge que la tarea de acusar es exclusiva y excluyente de la Fiscalía, en tanto la acepción natural de un deber es la de aquello a que está obligado el hombre por las leyes naturales o positivas.

Por modo que la función acusadora de la Fiscalía no se estableció constitucionalmente como una facultad, sino como una obligación (en el entendido de que exista mérito para ello), de tal forma que el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 no podía desconocer la disposición superior, y en verdad que no lo hizo, sino que, en desarrollo del Acto Legislativo, reiteradamente consignó que

la carga de acusar compete a la Fiscalía de manera exclusiva y no puede trasladarla, siquiera parcialmente, ni al juez ni a otras partes. Así se desprende, por ejemplo, de los artículos 15 (norma rectora, obligatoria, prevalente sobre cualquiera otra y que debe ser utilizada como fundamento de interpretación), 51, 56.8, 114, 116, 175, 336, 339, 350 y siguientes.

No obstante, lo anterior termina aceptando que el juez se puede apartar de la acusación realizada por la fiscalía.

«(...) Pero la Corte ha admitido la posibilidad de que excepcionalmente el juez se aparte de la imputación fáctica y jurídica formulada por la Fiscalía, lo cual puede hacer siempre y cuando, además de que no se debe desbordar el marco fáctico, se cumplan, en su integridad, las siguientes exigencias:

- Es necesario que la Fiscalía así lo solicite de manera expresa.
- La nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género.
- El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad.
- La nueva adecuación típica debe respetar el núcleo fáctico de la acusación.

- No debe afectar los derechos de partes e intervinientes».

Recuerda como si el juez condena por un delito distinto al que fue materia de acusación es como si asumiera las facultades del fiscal.

“**9.5.** La jurisprudencia ha dicho que en el sistema de la Ley 906 del 2004, la solicitud de absolución, hecha por la Fiscalía, implica el retiro de los cargos, tanto que, a voces del artículo 448, en ningún caso el juez puede emitir condena por delitos por los cuales el acusador no haya pedido esa decisión (sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15.843).

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, *pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras*” (sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649).

En un contexto acusatorio establece que si la Fiscalía puede retirar los cargos absolución esto equivale a un retiro de cargos, pero si además no hay solicitud de condena será obligación del juez absolver.

“9.6. Si el fiscal es el “dueño de la acusación” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.

Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna.

Agotada la audiencia de formulación acusatoria del artículo 339 de la Ley 906 del 2004, el entendimiento es el ya dado por la jurisprudencia de la Corte, esto es, se impone el adelantamiento del juicio y en estricto sentido no hay lugar al retiro de cargos, sino a la petición de absolución.

Igual, si no hay solicitud expresa de condena, tampoco puede emitirse fallo en ese sentido, pero si el hecho o delito respecto del cual la Fiscalía no hace esa reclamación fue objeto de controversia en el juicio, el asunto no puede dejarse en suspenso, sino que se impone un fallo de absolución. En el supuesto contrario, es decir, el hecho o delito sobre el que no se pidió condena no fue debatido en el juicio, hay lugar a la ruptura de la unidad procesal, con la compulsa de copias respectivas en aras de que la Fiscalía adopte las determinaciones que estime conducentes.

49. En providencia dentro del radicado 36261 de 28 de marzo de 2012, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, la Corte construye la tesis de que la congruencia en el sistema acusatorio deja de ser estricta para volverse flexible al señalar que:

«Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia:

“...Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias

que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes”.

La comprensión que el pensamiento actual de la Corte ha venido otorgando a los diferentes institutos del sistema acusatorio, tras algunos años de arduas discusiones, guarda perfecta armonía con las pautas interpretativas de sistemas foráneos de necesario referente, pues contribuyen a encontrar una fuente teórica de algunos de los novísimos institutos (que no es el caso en estricto sentido del principio de congruencia pues tal temática ya había sido objeto de valoración en los anteriores estatutos procesales penales), los que al ser acoplados al vigente en Colombia han orientado su construcción».

Con esto se empieza a eliminar diferencias entre la congruencia propia de un sistema mixto y de un sistema de Corte Acusatorio, en la medida que permite que el juez pueda dictar sentencia por una conducta distinta a aquella por la que se pidió condena por parte del fiscal.

50. En providencia proferida en el proceso 38260 de 18 de abril de 2012, M.P. Fernando Castro Caballero, la Corte concede facultades *iura novit curia* al juez al señalar que este podría condenar por un delito distinto al que fue materia de acusación, concretamente afirmó:

«En relación con el alcance del principio de congruencia, cabe recordar que el sistema acogido en la Ley 906 de 2004 respecto de los cargos que es posible deducir en la sentencia condenatoria, ya sea que ésta se produzca como resultado de una de las formas anticipadas (allanamientos o preacuerdos) o tras el agotamiento íntegro de las etapas previstas en la normativa en cita, tomó partido porque la imputación fáctica y jurídica se determine de manera clara y precisa, incluso desde la audiencia de formulación de la imputación de que tratan los artículos 286 a 289 ídem o en la de acusación conforme lo prevén los artículos 336 a 338 ibídem, según el caso, principio que puede verse comprometido por acción o por omisión.

Se vulnera entonces por acción, (i) cuando la condena versa sobre hechos o delitos distintos a los señalados en la audiencia de formulación de imputación o de acusación, según el caso (terminación anticipada o agotamiento íntegro del trámite); (ii) en el evento en que en la condena se contemple un ilícito que jamás fue mencionado ni fáctica ni jurídicamente en ninguna de las audiencias referenciadas, también según el caso; y (iii) en las ocasiones en donde en la sentencia adversa se le deduzca a la conducta o conductas punibles atribuidas, por igual según el caso, una o varias circunstancias agravantes genéricas o específicas o de mayor punibilidad que no aparezcan mencionadas en las audiencias anotadas (formulación de imputación o de acusación).

Es preciso agregar que una variante de la primera de las posibilidades indicadas se configura cuando en relación con los delitos que tienen varios verbos alternativos, a pesar de que en la sentencia se impute al procesado el mismo ilícito aludido en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, se atribuya un verbo rector diferente, el cual resulta claramente excluyente, contradictorio o antagónico al deducido.

La transgresión del principio en cita también puede darse por omisión, cuando en el fallo se elimina una circunstancia de atenuación genérica o específica o de menor punibilidad que ha sido reconocida en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, según el caso.

No obstante lo dicho en precedencia, resulta oportuno mencionar que si bien el juez no puede modificar completamente la denominación jurídica de los hechos señalados en la formulación de imputación o en la acusación, ello no impide degradar la conducta a favor del procesado, ya sea reconociendo atenuantes genéricas o específicas, circunstancias de menor punibilidad o incluso condenar por un ilícito más leve, siempre y cuando se preserven los derechos de los intervinientes». (subrayas fuera del texto)

51. En providencia emitida en el proceso 37337 de 18 de abril de 2012, M.P. María del Rosario González, en un delito por homicidio y analizando el

artículo 448 de la Ley 906 de 2004, la Corte no deja claro si acoge criterios propios de un sistema acusatorio o mixto, porque de una primera parte de su postura se ve que el juez no se puede apartar de la acusación cuando afirma:

«Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte, el principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

En la Ley 906 de 2004 dicho principio está consagrado en el artículo 448 cuando establece: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”.

Sobre el alcance de la precitada disposición, la Sala ha señalado que su quebranto se produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito

atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en la audiencia de formulación de la acusación».

Pero a renglón seguido señala:

“En otra oportunidad la Corte precisó que en el marco del nuevo sistema penal 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. Así, en sentencia del 27 de julio de 2007 expresó lo siguiente:

(...)

Este criterio ha sido ratificado en ulteriores decisiones, como ocurrió con las sentencias del 28 de noviembre de 2007, del 30 de octubre de 2008 y del 4 de febrero de 2009. En la primera de estas providencias, en efecto, se consideró que ‘en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve

equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes”.

Lo que implica que en concepto de la Corte no puede el juez hacer más gravosa la situación del procesado, lo que es correcto, pero no deja claro si el juez se podría apartar de la acusación para hacer más favorable la situación de este, caso en el que implicaría reconocerle facultades *iura novit curia*, adicional a que en la misma sala se emitió decisión en el proceso 37337 y se reconocieron facultades *iura novit curia* al juez.

52. En decisión emitida en el proceso 38646 de 23 de mayo de 2012, M.P. Fernando Castro Caballero, en un caso por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, la Corte, analizando el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, concede facultades *iura novit curia* al juez, al permitir que condene por un delito distinto así sea más favorable para el procesado, al respecto la Corporación afirmó:

«Así, resulta pertinente recordar que según el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”, lo cual supone que en la acusación deben ser precisados los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible por la que se procede, señalando su respectiva calificación

jurídica, postulado conocido en nuestro medio como principio de congruencia, también denominado como de correlación».

Como lo ha dicho la Corporación, el desconocimiento de este postulado, aún en vigencia de estatutos procesales precedentes, no solo comporta vulneración de la estructura del proceso, sino que además afecta el derecho a la defensa, por cuanto el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas y/o jurídicas respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de controversia.

Por consiguiente, la incongruencia, entendida desde la doble perspectiva de garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la Fiscalía, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación.

En el sistema acusatorio introducido con la Ley 906 de 2004, dicha imputación es mixta, esto es, fáctica y jurídica.

(...)

En cuanto al primer concepto, es decir, la imputación fáctica, se contrae al deber de precisar los hechos constitutivos de la conducta típica objeto de investigación, valga aclarar, el conjunto de circunstancias espacios temporales y modales que la configuran; mientras el de imputación jurídica se relaciona con la determinación,

también clara y concreta, del delito cometido, o especie delictiva que se atribuye.

(...)

De tal manera, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta en favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso se condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes».

(subrayas fuera del texto)

53. El 23 de mayo de 2012 dentro del radicado 38810, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, se profiere un auto en donde la Corte señala los eventos en los que se configura la transgresión de la congruencia en la sentencia, que permitiría entender que el análisis es propio de una sistemática adversarial, pero resulta curioso que en providencia de la misma fecha, dentro de otro radicado, se otorguen facultades *iura novit curia*, lo que hace pensar que no existe claridad sobre la diferencia que en esta materia existe entre los dos sistemas.

“En efecto, el principio de congruencia que se deriva de lo establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, según el cual el procesado *no podrá ser declarado culpable por hechos que no*

consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, contiene una regla cuyo desconocimiento no solo compromete la estructura del proceso sino que además afecta el derecho a la defensa, cuando el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas y/o jurídicas que no tuvo la oportunidad de controvertir por no haber sido incluidas en la acusación.

Por lo tanto, la incongruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía, bien con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la Fiscalía, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación, identidad que debe estar referida o verificarse en tres aspectos, a saber: el personal, el fáctico y el jurídico.

De esa manera, según reiterado criterio jurisprudencial, la incongruencia se presenta cuando se condena: a) por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; b) por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, y c) por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la

sanción, o suprimiendo una de menor punibilidad expresamente reconocida (Sentencias de 6 de abril de 2006, 30 de octubre de 2008, y 10 de marzo de 2009, radicaciones 24668, 29872 y 32422, respectivamente).

54. En decisión emitida en el proceso 32650 de 27 de junio de 2012, M.P. José Leónidas Bustos y con argumentos que se repiten textualmente en Sentencia de Casación de 4 de mayo de 2011. Rad. 32370, la Corte señala que la congruencia es absoluta en lo personal y lo fáctico, lo que implicaría entender que en lo jurídico no es así, esto permite comprender que acoge reglas propias del sistema mixto.

“2.- Para que no quede ninguna duda sobre la falta de razón en las propuestas que el demandante presenta, cabe señalar, según ha sido indicado por la jurisprudencia de esta Corte, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, **la Fiscalía tiene la obligación de incluir** en el escrito de acusación **una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes**, en un lenguaje comprensible, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 *ejusdem*, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer *los argumentos relativos al análisis de la prueba*, **tipificando de manera circunstanciada la**

conducta por la cual ha presentado la acusación (se destaca); y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable **por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena**” (se destaca).

Esto significa, en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía en sus aspectos **personal** (sujetos) y **fáctico** (hechos y circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados en la acusación, ni condenado por comportamientos definidos como delito, respecto de los cuales el Fiscal no demande expresamente la condena.

De esa manera surge claro que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación debidamente demostrados en el juicio, que el Fiscal puede solicitar la condena y el Juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación, pues sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al

juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo demostrado en el juicio, y realizando la calificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación”.

La Corte acepta que el juez puede condenar por una conducta distinta a la solicitada por la Fiscalía, siempre que se respete el núcleo fáctico de la acusación, pero esto lleva a que no se acate el componente jurídico, por lo que se fundamenta en lo ya señalado en sentencia del 27 de julio de 2007, radicado 26.468, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649, sentencia del 31 de julio de 2009, radicado 30.838.

Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo.

55. En decisión en el proceso 32879 de 4 de julio de 2012, M.P. José Leónidas Bustos, la Corte defiende la tesis de que la congruencia es absoluta en lo fáctico y subjetivo, mas no en lo jurídico, dejando entrever que es el juez el que determina el delito por el que se debe condenar con lo que reconoce facultades *lura novit curia*, aunque cuatro meses después y con el mismo ponente determina que el juez debe respetar el marco de la acusación y que no se puede condenar por un delito distinto al que fue solicitado por la Fiscalía, lo que reitera cómo se pasa de un criterio de congruencia a otro sin que se percate que corresponde a sistemas distintos. Concretamente, en esta decisión se señaló que la congruencia es absoluta en lo fáctico y personal:

«De conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación “una relación clara y sucinta de los

hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 *ejusdem*, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer “los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”; y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable “por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (se destaca).

Esto significa, en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía principalmente en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el enjuiciado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados en la acusación, ni condenado por comportamientos definidos como delito, respecto de los cuales el Fiscal no lo demande expresamente. (Subrayas fuera del texto)

Pero, además, concluye que es el juez el que realiza la tipificación definitiva según lo que declare probado en el juicio:

En este sentido no puede dejarse de considerar que sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas». (subrayas fuera del texto)

56. Mediante sentencia de 11 de julio de 2012, M.P. María del Rosario González, la Corte entiende que la congruencia implica que en el fallo el juez no puede tener en cuenta supuestos fácticos que no fueron objeto de acusación, es decir, desde este punto la congruencia es absoluta, lo que se puede entender como propio de un esquema adversarial, pero nada dice en punto de lo jurídico, y por lo mismo no se sabe si acoge un criterio mixto o se enmarca en lo adversarial de forma definitiva.

57. En decisión en el proceso 33007 de 17 de octubre de 2012, M.P. José Leónidas Bustos, se aplican reglas de congruencia propias de un proceso de Corte Acusatorio, al establecer que el juez debe respetar el marco de la acusación

y que no podrá condenar por un delito distinto al que fue solicitado por la Fiscalía.

Concretamente afirma:

«De conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 ejusdem, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer “los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación” (se destaca); y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable “por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (se destaca).

Esto significa, en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados

en la acusación, ni condenado por comportamientos definidos como delito, respecto de los cuales el Fiscal no demande expresamente la condena.

De esa manera surge claro, que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación debidamente demostrados en el juicio, que el Fiscal puede solicitar la condena y el Juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación, pues sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo demostrado en el juicio, y realizando la calificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

Concluye la Corte que el procesado no podrá ser condenado por una tipificación que no fue solicitada por el fiscal, es decir, por una imputación jurídica que no haya sido expresamente solicitada por el fiscal , dejando ver hasta este punto que existe clara separación entre las funciones de acusación y juzgamiento, al concluir que:

“Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación”. (subrayas fuera del texto)

No obstante lo anterior más adelante reconoce facultades *iura novit curia* al juez al afirmar que este puede variar la calificación jurídica realizada por el fiscal siempre que se respete el núcleo fáctico.

«Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando

siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral».

58. En decisión en el proceso 38532 de 10 de diciembre de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho, en un juicio por los delitos de peculado culposo, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y falsedad ideológica en documento público, en el que el demandante reclama que se aplique reglas de congruencia típicamente acusatorias, al pedirle a la Corte que se reconozca que tiene que existir una tipicidad exacta entre la acusación y la sentencia lo que implica que desde el punto de vista jurídico la congruencia debe ser absoluta, la Corte soluciona el caso aceptando facultades *iura novit curia*, al permitir que se condene por un delito distinto del que fue materia de acusación, siempre y cuando se ajuste a los hechos controvertidos en la acusación, dejando ver que la congruencia es fundamental en lo fáctico, pero no en lo jurídico. Concretamente la Sala afirmó:

“De la misma forma, pretende el recurrente que la Corte avale la subregla jurisprudencial que el mismo propone referida a que la congruencia debe asimilarse a una tipicidad exacta entre acusación y sentencia, que en caso de no verificarse, conduce a la absolución; dejando de lado que a través de múltiples pronunciamientos la Sala ha decantado que el principio no opera de este modo, ya que sólo ha circunscrito esa inflexibilidad tratándose de los hechos que son objeto de imputación, pues la fiscalía puede en su alegato final

solicitar condena por un delito diferente al de la acusación de acuerdo con lo acreditado en el juicio y el juzgador emitir condena por una conducta punible diversa, siempre y cuando en ambos casos lo sea por un ilícito con pena menor a la del tipo inicialmente endilgado, este se ajuste a los hechos controvertidos en el proceso y no se afecten los derechos de los intervinientes, estándoles únicamente vedado, en general, hacer más gravosa la situación del implicado”.

59. En decisión en el proceso 39956 de 27 de febrero de 2013, M.P. Gustavo Malo Fernández, la Corte señala que existen diferencias entre la congruencia que rige los procesos de corte acusatorio que se regulan por la Ley 906 de 2004 y la que regula los procesos de Corte mixto que se regulan por la Ley 600 de 2000, al punto que en los primeros no sería viable permitir que se produjese un cambio de calificación jurídica provisional. Concretamente afirmó:

“Parece olvidar el casacionista que la normatividad procesal penal aplicable en este evento es la contenida en la Ley 600 de 2000 y no en la legislación que cita, en la que si bien el principio de congruencia se encuentra regulado en la forma determinada por el citado precepto, tiene una connotación totalmente diferente a cómo se regula en la codificación adjetiva de 2000, en el que el mismo se

circunscribe a la identidad personal, fáctica y jurídica que debe haber entre la resolución de acusación y la sentencia.

Claro está, en la sistemática de la Ley 600, dicho principio se encuentra matizado con la figura de la variación de la calificación jurídica provisional, lo cual constituye otro factor diferenciador frente a la forma como la garantía de la congruencia se regula en el proceso acusatorio penal implementado en Ley 906 de 2004».

60. En la misma fecha, 27 de febrero de 2013, dentro del proceso radicado 40306, se establece que el decaimiento de la acción penal a partir de la sola voluntad de la fiscalía opera cuando solicita absolución en el alegato conclusivo y que esto ocurre de manera excepcional si se tiene en cuenta que:

“no es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 el fiscal sea dueño incondicional de la acción penal y que pueda a su arbitrio disponer de la misma”. Ahora bien, al intentar justificar la excepción, la Sala consideró que tal opción se entendía lógica y jurídica en los casos en que aquél no logró cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado. En ese orden, la petición de absolución debe conducir a ello por “simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto”.

61. En decisión en el proceso 37367 de 24 de abril de 2013, M.P Javier Zapata Ortiz, en un proceso por un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se observa que se respetan reglas acusatorias al señalar:

“La acusación, como ha tenido oportunidad de decirlo la Sala, fija las reglas para el juicio. Concreta las personas contra las cuales se dirigen los cargos, precisa los hechos y circunstancias constitutivos de la imputación fáctica y señala los delitos y normas que integran la imputación jurídica.

La congruencia, a su turno, es una garantía del acusado que alude a la correspondencia necesaria entre aquello por lo que se acusa a la persona y aquello por lo que se le sentencia. Es una salvaguardia al procesado que le activa el derecho a defenderse de una acusación en concreto, circunscrita a unos hechos y a su equivalente jurídico, con la seguridad de que por fuera de ella no habrá lugar a juicio de reproche judicial.

Si la acusación limita el juicio, la sentencia no puede desbordar la acusación. Y si de la acusación es que se defiende el inculpado y dentro de su marco sucede la controversia, no hay lugar en el juicio a sorprender al acusado con la atribución de hechos o delitos adicionales.

La congruencia, en fin, se establece entre el fallo y la acusación. Sin olvidar, desde luego, que en los casos de terminación

anticipada del proceso, las actas de allanamiento a cargos o de acuerdos negociados entre las partes, se asimilan al acto de acusación.

Existe plena conformidad, no se duda, en la circunstancia de que la congruencia exige identidad fáctica entre la sentencia y la acusación».

62. En decisión en el proceso 40093 de 15 de agosto de 2013, M.P. Gustavo Malo Fernández, se acogen reglas y facultades *iura novit curia*, al entender que el juez puede condenar por un delito distinto al que fue materia de acusación, así el fiscal no haya realizado la variación al mismo en el alegato final. Concretamente afirmó:

«El accionante arguye que la Sala de Casación Penal varió su postura en relación con los condicionamientos requeridos para que el juez pueda variar, en la sentencia, la calificación jurídica de la conducta por la cual la Fiscalía acusa y solicita condena.

(...)

La Sala ha variado su criterio entre la exigencia y no exigencia de la petición expresa de la Fiscalía, aspecto que, dice el revisionista, finalmente definió en el auto del 21 de marzo de 2012, radicado No. 38.256, en la que se volvió al criterio recogido, que advierte la necesidad de que la Fiscalía solicite de manera expresa

que el juez se aparte de la imputación jurídica formulada en la acusación, para viabilizar su cambio, siempre, claro está, se den los restantes condicionamientos.

(...)

El hecho de que en esta ocasión la Sala haya comentado un criterio que, como lo acepta el mismo demandante, expresamente recogió en la sentencia de casación del 16 de marzo de 2011, radicado No. 32.685, en la que retomando otros antecedentes, dijo:

“Si bien en el precedente citado por el defensor de (...), la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que 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...” (se ha destacado).

Oportunidad en la cual reiteró la Sala que en relación con la imputación fáctica, los jueces de instancia, bajo ningún pretexto, se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 de la Ley 906 de 2004; pero tratándose de la imputación jurídica, esa posibilidad se viabiliza siempre que “se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad”, degradación que opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación.

En el precedente citado por el censor como base de su pretensión revisora, nunca se hizo una manifestación expresa sobre la voluntad de recoger el criterio que a partir de la casación del 16 de marzo de 2011 se viene ratificando pacíficamente, al punto que ni siquiera se reflexionó con mayor profundidad sobre el requisito específico aquí alegado, por lo que puede afirmarse que dicho precedente apenas contiene un comentario aislado de un antecedente que, en punto de la exigencia de solicitud expresa de la Fiscalía para proceder al cambio de la calificación jurídica en la sentencia, ya no tenía vigencia alguna, como no lo tiene en la fecha».

63. En decisión en el proceso 40982 de 21 de agosto de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz, la Corte resuelve un caso de fraude procesal en concurso con estafa tentada agravada señalando que se produjo una violación a la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia con claro respeto a las reglas de corte acusatorio, al establecer que el juez no se puede inmiscuir en la acusación, en la medida que se condenó por una estafa tentada agravada que no fue objeto de acusación, aunado a que se condenó por un concurso de fraude procesal que tampoco fue materia de acusación, más aún recuerda que si la variación de la calificación que realiza la fiscalía en el alegato final hace más gravosa la situación del procesado, tampoco podría el juez dictar sentencia por esta conducta, lo que implica entender que esa congruencia, igualmente, obliga a la propia fiscalía, paradójicamente en decisión tomada en sala, ocho días antes, había resuelto el tema acogiendo reglas propias de una congruencia que da facultades *iura novit curia* al juez, como se ve claramente en el proceso 40093. Concretamente afirmó:

«Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte, el principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones

frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

En la Ley 906 de 2004 dicho principio está consagrado en el artículo 448 cuando establece: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”.

Sobre el alcance de la precitada disposición, la Sala ha señalado que su quebranto se produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en la audiencia de formulación de la acusación.

En otra oportunidad la Corte precisó que en el marco del nuevo sistema penal acusatorio no le resulta ni siquiera 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.

(...)

Se concluye de lo expuesto que constituye vulneración del principio de congruencia cuando el fallador deduce un delito no atribuido fáctica o jurídicamente en la acusación. Exactamente, yerro de esa naturaleza aconteció en el presente evento.

(...)

La incongruencia también se presentó cuando los falladores dedujeron un concurso homogéneo de fraude procesal, pese a que la acusación no contempló jurídicamente esa pluralidad de conductas. Esa anomalía comportó, igualmente, la inclusión en la sentencia de un ilícito adicional, así fuese de la misma especie».

64. En decisión en el proceso 42279 de 11 de septiembre de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho, se confunden reglas propias de una congruencia acusatoria y una mixta, ya que inicialmente se establece que el fiscal es quien determina por qué delito se dicta sentencia al afirmar que la calificación jurídica solo puede ser variada por el fiscal en el alegato final, dejando entrever que el acto de acusación es de la fiscalía, pero a continuación abre la compuerta para que sea el Juez quien pueda realizar modificaciones a la adecuación típica, con lo que le otorga facultades *iura novit curia*, a pesar de que el análisis lo realiza a partir del estudio del artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

«El artículo 448 de la Ley 906 del 2004 reglamenta el principio de congruencia, conforme con el cual “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”.

A partir de ese mandato legal, la Corte ha trazado una línea de pensamiento, según la cual debe existir consonancia en los cargos, entre los planteados en la acusación y los que la sentencia tiene por probados, debiéndose entender el acto acusatorio como un todo complejo que comporta una imputación fáctica y una jurídica.

Aquella –la fáctica– debe permanecer inalterable en la imputación, en el escrito y audiencia de acusación, en los alegatos finales al culminar el debate probatorio y en el fallo de fondo. Esta –la jurídica– puede ser variada por el Fiscal en esos actos, pero en el entendido de que, cuando lo haga, mantenga invariable el núcleo básico de la imputación fáctica. Incluso, se ha entendido que el juez puede realizar modificaciones a la adecuación típica, bajo la misma condición y siempre que ello obedezca a favorecer al sujeto pasivo de la acción penal».

65. En la misma fecha, 11 de septiembre de 2013 en el radicado 43837, se estableció que la acusación es un acto de parte, por lo que una petición de absolución equivale a un retiro de cargos, de ahí que el juez no tiene permitido

asumir como propia la acusación o tomar el rol de acusador oficioso, en un típico análisis acusatorio

No obstante lo anterior, lo cierto es que ningún yerro se le puede atribuir al sentenciador por haber proferido sentencia absolutoria frente a la petición en tal sentido formulada por la fiscalía, en la audiencia del juicio oral. Ello es así, porque en el proceso de tendencia acusatoria que adopta la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto de parte. Por tanto, una petición como aquella, proveniente de su exclusivo titular, equivale a su retiro, sin que al juez de conocimiento le sea permitido, como ocurre en el sistema mixto acogido por la Ley 600 de 2000, asumirla como propia o tomar el rol de acusador oficioso, en atención a lo que estime probado en el juicio. Por tanto, ante la petición absolutoria de la fiscalía la acusación decae y es por eso que el funcionario judicial no puede más que fallar según lo pedido.

Además, elimina la posibilidad de que el juez de instancia realice una evaluación probatoria para determinar si la pretensión absolutoria del fiscal carece de sustento, porque con esto rompe con los principios que regulan el sistema acusatorio.

“Significa lo anterior que al juez no le está dado, como así lo sugiere la impugnante, indagar si la prueba introducida en el juicio tiene o no la aptitud para demostrar la atipicidad de la conducta y la

no responsabilidad del acusado, pues sobre el ejercicio de un acto de parte, como lo es la formulación de acusación o su retiro, no puede ejercer control alguno. En contraste, su deber es verificar si aún persiste el ejercicio de la acción por parte del acusador, y si llegare a una conclusión negativa, ya sea porque se produjo retiro de la acusación o porque su titular reclamó la absolución, su determinación debe ser lógica y racionalmente la de acoger la solicitud formulada por la fiscalía.

Esto muestra la confusión de la Sala sobre la materia al proferir en la misma fecha decisiones que se enmarcan en sistemáticas distintas.

66. En providencia dentro del radicado 41290, M.P. Gustavo Malo Fernández, de 25 de septiembre de 2013, la Corte se refiere a la congruencia dentro del principio acusatorio, al resolver un caso en donde una persona había sido condenada por un concurso de actos sexuales con menor de catorce años, a pesar de que había sido acusado por un solo comportamiento, con lo que los juzgadores de primera y segunda instancia vulneraron el principio de congruencia al condenar al procesado por cargos que no fueron materia de acusación y por los que el procesado no pudo adelantar su tarea defensiva al señalar:

«La formulación de acusación, en cuanto materialización del principio acusatorio que consigna la específica pretensión del Estado, constituye piedra angular del juicio, límite fáctico y jurídico a lo que en él se tabula y, desde luego, ínsitos en su contenido y alcances se hallan caros derechos de las partes e intervinientes, entre los cuales destacan el debido proceso y derecho de defensa.

Ello encuentra su expresión más acabada en el principio de congruencia, que en clara articulación práctica del derecho de defensa propende porque al procesado no se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados y por los cuales adelantó su tarea defensiva».

Al momento de estructurar jurídicamente el cargo imputado en el pliego acusatorio, la fiscal del caso no tuvo en cuenta el concurso de delitos, a pesar de que sí había hecho expresa alusión al mismo en la audiencia preliminar de imputación. Dicha omisión no fue explicada por la funcionaria.

Lo anterior, que pudo haberse adicionado en la diligencia de formulación de acusación –recuérdese que es una de las posibilidades que contempla la ley para esa actuación–, permaneció incólume.

Pues bien, si la Corte tiene sentado que en materia penal la congruencia consiste en la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la acusación y la

sentencia, es claro que en éste evento dicha garantía fue menoscaba por los falladores de instancia, quienes agregaron a la calificación del delito un concurso homogéneo y sucesivo que, en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, no constaba en la acusación, ni se pidió condena por el mismo.

(...)

A la Fiscalía le asiste la obligación de precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse 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.

En este caso la Sala invoca el respeto al principio acusatorio, acogiendo las reglas de congruencia propias de este sistema.

“Esa doble connotación del principio de congruencia implica, de un lado, que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver. (...).”

67. En providencia, dentro de la radicación 40343, M.P. Eyder Patiño Cabrera, de 11 de diciembre de 2013, se observa que la Corte se encamina por una congruencia propia del sistema acusatorio al señalar:

«Conforme al artículo 448 de la Ley 906 de 2004 “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”. De modo que la acusación es pieza fundamental dentro del proceso, en tanto allí deben consignarse con claridad y precisión todos los elementos materiales y jurídicos de la conducta punible, por lo que marca la pauta para dictar sentencia. Al juez, entonces, le esté vedado adicionar consecuencias adversas distintas a las consignadas por el fiscal, y, por tanto, proferir condena por conductas respecto de las cuales no se hizo pedimento en tal sentido por el ente acusador.

Por consiguiente, el juez no puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal, de donde surge que la congruencia se establece sobre el trípode de la acusación, la petición de condena y la sentencia».

Se entiende que la Corporación acepta que la congruencia se mueve sobre el trípode de acusación, petición de condena y sentencia, lo que permite comprender que se debe respetar la petición de condena y, por tanto, el juez no se

puede apartar de la misma, no obstante, en la sala siguiente se analizan dos casos en los que se observa que se le dan facultades *iura novit curia* al juez, o que genera la sensación que en el interior de la Corporación no existe claridad sobre la materia, o por lo menos no se es consciente de las diferencias entre una y otra.

68. En providencia dentro de la radicación 34916, M.P. José Leónidas Bustos, de 18 de diciembre de 2013, a pesar de que ocho días antes se entendía que acogía reglas acusatorias para resolver problemas de congruencia, la Corte ahora y de manera clara asume reglas propias de una congruencia que acepta facultades *iura novit curia*, al facultar al juez para que condene por un delito distinto al que fue materia de acusación al afirmar:

«Así las cosas, resulta claro que el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni declarado penalmente responsable por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación.

Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al

imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral».

Con esto ratifica una tendencia que se ha venido imponiendo en el interior de la Sala, lo importante es que la congruencia sea fáctica, sin importar cuál sea la denominación jurídica que se les da a los hechos, más aún, como adelante se observará, la Corte avanza hacia la tesis que la denominación jurídica de los hechos la determina el juez, siendo claro que este mantiene facultades *iura novit curia*.

69. En providencia dentro de la radicación 40675, M.P. Eugenio Fernández Carlier, de 18 de diciembre de 2013, reiterando lo que señala de providencia 34916 de la misma fecha, la Corte resuelve el tema bajo las reglas de la congruencia propia del sistema mixto, al señalar que el juez podría condenar por un delito distinto a aquel por el que la fiscalía pidió sentencia, recordando que en el marco de lo fáctico la congruencia es absoluta, lo que no ocurre en lo jurídico. En concreto, la Corporación afirmó:

«Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 ejusdem.

No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad como lo ha planteado la jurisprudencia, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo *nomen iuris* y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos, insístase en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo que esa degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación».

70. En providencia dentro del proceso 39492, SP 2261-2014, M.P. Luis Guillermo Salazar, de 26 de febrero de 2014, la Corte resuelve el proceso acatando las reglas de congruencia propias del sistema acusatorio, al establecer que debe existir identidad fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, y por

esto de conformidad con lo que establece el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 el acusado solo puede ser declarado culpable de los “hechos” que consten en la acusación y de los “delitos” por los que se haya pedido condena.

El principio de congruencia previsto en el artículo 448 de la ley 906 de 2004, exige la identidad fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, en el entendido que el acusado sólo puede ser declarado culpable de los “hechos” que consten en la acusación y de los “delitos” por los cuales se haya pedido condena.

En este sentido, para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa que pueden resultar vulnerados con su desconocimiento, corresponde ante su demostración ajustar el fallo a la acusación o a lo pedido por la fiscalía, luego es inadmisibles en razón de ella disponer la absolución del acusado, como quiera que quien alega su violación parte del supuesto de la validez de aquella.

Ahora bien, ninguna razón asiste al demandante en la proposición del reparo, porque la sentencia atacada guarda consonancia con la acusación, en la medida que no hay modificación alguna respecto del supuesto fáctico, ni falta de identidad jurídica entre ambas, dado que la condena por comercializar medicamentos adulterados responde al tipo penal de conducta alternativa de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.

71. En providencia 43026 dentro del radicado AP807-2014, M.P. María del Rosario González Muñoz, de 26 de febrero de 2014, la Corte se mueve dentro de una congruencia que se entiende es de carácter acusatorio al señalar que la persona no puede ser condenada, sino por los hechos que fueron materia de acusación, sin que se lo pueda sorprender a última hora con imputaciones frente a

las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, aunque también se debe señalar que esta regla, igualmente, se debe respetar en las reglas de congruencia del sistema mixto, ya que en esto existen coincidencias.

De igual forma, en la misma censura el actor reprocha al *ad quem* por incurrir en incongruencia entre la acusación y la sentencia, pero también por condenar al procesado a pesar de que la Fiscalía no precisó en la formulación de imputación y acusación si la conducta atribuida lo fue a título de autor o partícipe, entremezclando dos motivos de invalidación excluyentes entre sí, pues de prosperar la primera pretensión lo pertinente resulta armonizar la sentencia con la acusación, mientras si sale avante la segunda se impondría decretar la nulidad desde la acusación.

Ahora bien, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala (cfr. CJS AP, 21 agos. 2013, Rad. 40982), el principio de congruencia le exige al juzgador condenar, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que acusó al procesado, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción. Siendo ello así, el planteamiento del actor, cuando aduce su vulneración en el presente caso, carece a todas luces de fundamento, pues si la acusación se le formuló por hurto calificado y agravado en cuantía de \$350.000.000, como lo admite el censor, y por ese cargo el sentenciador lo condenó, ninguna incongruencia es dable predicar por ese aspecto.

72. En providencia dentro del proceso 41778 radicado, SP 2650-2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, de 5 de marzo de 2014, la Corte Suprema analizando

el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, fija pautas de congruencia dentro del marco acusatorio, estableciendo que la acusación es un acto complejo que se extiende hasta el alegato final del juicio oral y que esto es para efectos de determinar la calificación jurídica definitiva de la conducta, de donde se desprende que esa calificación jurídica la realiza el fiscal y no el juez, con lo que se observaría que existe división entre las funciones de acusación y juzgamiento, ratificando posturas establecidas en providencias CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685, CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 34022, y CSJ AP, 3 jul. 2013, rad. 33790.

“2. Por otra parte, el principio de congruencia se halla consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, según el cual *«[e]l 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»*.

En fallos como CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685, la Corte, entre otros aspectos, ha delimitado el alcance de esta norma en el sentido de que la acusación es un *«acto complejo que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral»*. Así mismo, en sentencias como CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 34022, ha precisado que dicha prolongación de la acusación hasta la intervención final de las partes en el juicio oral sólo es para efectos de determinar la calificación jurídica definitiva de la conducta, criterio que ha sido ratificado en decisiones como CSJ AP, 3 jul. 2013, rad. 33790.

Pero termina aceptando facultades *iura novit curia*, al permitir que el juez pueda condenar por una conducta distinta, condicionado a que sea del mismo género.

Lo anterior, sin perjuicio de que *«los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando [esta última] 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»* (CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

No obstante, la Sala también ha señalado que cuando en razón de las garantías fundamentales se debe condenar en casación por un delito que implica una sanción punitiva más alta, pero el procesado es impugnante único, lo procedente es reconocer la calificación jurídica que consulta la realidad de la actuación, pero dejando incólume la pena más beneficiosa para los intereses del procesado. Así lo sostuvo, por ejemplo, en el fallo CSJ SP, 13 dic. 2010, rad. 34370:

Precisamente la Corte ahora, advertida del yerro del Tribunal, lo enmienda dentro de claros postulados de legalidad y completo apego al principio de congruencia, sin que lo que aquí se decide afecte de ninguna manera al procesado o su defensor, simplemente porque deja en firme la actuación primigenia y sus efectos, respecto, también se

repite, de hechos y denominación jurídica por los cuales amplia y suficientemente se defendió el acusado.

Ahora, como el pronunciamiento de la Corte ha de estar en consonancia con el respeto por el principio de no reformatio in pejus, dado que el único impugnante fue el defensor del acusado, no podrá incrementarse la pena más benigna que en razón a la inadecuada estimación del delito ejecutado impuso el ad quem.

Así las cosas, se revocará el fallo de segunda instancia para dejar con plenos efectos lo sentenciado por el a quo, pero la pena por descontar por el procesado será la que profirió el ad quem [...].

73. En decisión 36108 radicado SP 3623-2014 de 12 de marzo de 2014, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, se plantea la congruencia acogiendo facultades *iura novit curia*, en la medida que el juez puede condenar apartándose de la imputación jurídica, siempre que se trata de un delito del mismo género y el cambio de calificación jurídica sea de menor entidad, con lo que se estima que si el delito por el que se condena implica una pena menor eso le quitaría el carácter de incongruente a la sentencia, lo que resulta equivocado en el marco de un proceso de corte acusatorio. En esta providencia se reitera criterio ya establecido en decisiones anteriores, al afirmar:

«En este punto, la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos

previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, Rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, Rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, Rad. 32879.

74. En el proceso 36108 se profiere decisión de fecha 12 de abril de 2014, M.P. Luis Guillermo Salazar, en un proceso en el que el Tribunal Superior revocó la sentencia condenatoria por acceso o acto sexual con incapaz de resistir y confirmó la sentencia condenatoria por incesto.

La procuraduría estima que el Tribunal vulneró el principio de congruencia en la medida que el Tribunal da aplicación al tipo penal de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (Art. 207) tipo penal que no fue insinuado por la Fiscalía, y mucho menos por el juez para dejar de aplicar el tipo penal de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir (Art. 210).

En este caso, la Corte encuentra que la posición de la Procuraduría es correcta y decide casar la sentencia, pero en su análisis deja claro que el juez

se puede apartar con ciertas limitaciones de la imputación jurídica establecida por la Fiscalía, lo que conlleva aceptar existencia de facultades *iura novit curia*, al poder sentenciar sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad. Sobre el punto queda claro que se faculta condenar por un delito distinto a aquel por el que se acusó, lo que reitera que el juez se inmiscuye en el marco de la acusación, válido en los sistemas mixtos, pero no en los acusatorios.

En este punto, la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, Rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, Rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 jul. 2012, Rad. 32879.

Más aún, la Corte señala que la propuesta del Tribunal podía haber sido incluso la de condenar por el delito de actos sexuales con menor de catorce años y sería válido, considera que la congruencia se vulnera en este caso porque varía la situación fáctica, con lo que se reitera la tendencia de que la misma se circunscribe a este aspecto.

“De allí que, en el caso presente, bajo la propuesta del Tribunal sobre la tipificación de los hechos denunciados, incluso aparecía admisible (de encontrarlo debidamente probado) que encausara su decisión en el artículo 209 del Código Penal (actos sexuales con menor de catorce años), como quiera que representaba una pena menor y respetaba el marco fáctico decantado en la acusación; mas no, el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, contemplado en el artículo 208, pese a que prevé una pena igual, pues ello ya suponía variar el supuesto de hecho indicado”.

Parecería que la tendencia de la Corte es a no pensar en que existe incongruencia si la pena que trae el nuevo delito es menor, como si la consonancia dependiera de la pena a imponer, lo que es equivocado,

75. En decisión dentro del proceso 37462 radicado SP9225-2014 de 16 de julio de 2014, M.P. María del Rosario González, la Corte plantea la congruencia en el contexto de lo acusatorio, haciendo un análisis en el caso de quien acepta cargos en la audiencia de formulación de imputación.

Según esta preceptiva, «el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena», lo cual supone que la acusación debe precisar los

aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible por la cual se procede, señalando su respectiva calificación jurídica. Sobre el tema, la Corte ha indicado:

“El desconocimiento de este apotegma, mucho se ha dicho por esta Sala, aún en vigencia de estatutos procesales precedentes, no sólo comporta vulneración de la estructura del proceso, sino que además afecta el derecho a la defensa, por cuanto el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas y/o jurídicas respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de controversia.

“Por consiguiente, la incongruencia, entendida desde la doble perspectiva de garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la Fiscalía, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación.

“En el sistema acusatorio introducido con la ley 906 de 2004, dicha imputación es mixta, esto es, fáctica y jurídica, porque sólo de esta manera podría garantizarse el derecho de defensa y el principio acusatorio, el cual tiene entre sus proyecciones esenciales la comunicación de la acusación al procesado, la que no puede quedar reducida a la simple notificación sobre la existencia del pliego de cargos formulado en su contra, sino que es perentorio informar por el

delegado de la Fiscalía sobre la denominación de las conductas imputadas en forma precisa que se le permita la plena comprensión en rededor de sus alcances y consecuencias, garantía que no se logra, sino a través de la conexión entre las imputaciones fáctica y jurídica.

“La Sala ha puntualizado en cuanto al primer concepto, es decir, al de imputación fáctica, que se contrae al deber de precisar los hechos constitutivos de la conducta típica objeto de investigación, valga aclarar, el conjunto de circunstancias espacio temporales y modales que la configuran; mientras el de imputación jurídica se relaciona con la determinación, también clara y concreta, del delito cometido, o especie delictiva que se endilga.

Y reiterando lo que ya había señalado en providencia de 7 de septiembre de 2011 radicado 35293 afirma:

“En cuanto a las eventualidades procesales que pueden configurar vulneración del principio de congruencia, se han señalado las siguientes: por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación (según sea el caso) o de acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, iii)

condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación (CSJ SP, 7 septiembre 2011, Rad 35293)".

76. Dentro del Proceso AP 4284-2014 38142, M.P. José Leónidas Bustos, se profiere auto de fecha 30 de julio de 2014, en el que se ratifica la tesis de que la congruencia es absoluta en lo fáctico, pero relativa en lo jurídico, al punto de que el juez puede condenar por un delito distinto del que fue señalado por la Fiscalía, en un análisis que se enmarca en un sistema con facultades *iura novit curia*.

"A este respecto cabe reiterar (CSJ S.P. 4 may. 2011, rad. 32370) que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación <<una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible>>, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 ejusdem, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer <<los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha

presentado la acusación>>; y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable <<por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena>>”.

Esto significa, precisó la Corte en el aludido pronunciamiento, que

“...en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados en la acusación, ni condenado por comportamientos definidos como delito, respecto de los cuales el Fiscal no demande expresamente la condena.

De esa manera, surge claro que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación debidamente demostrados en el juicio, que el Fiscal puede solicitar la condena y el Juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación,

pues sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo demostrado en el juicio, y realizando la calificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas”.

“Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades, se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación”.

“Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o

específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte recientemente ha tenido ocasión de reiterarlo:

“Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

“Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 ejusdem.

“No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se trate de otro delito

del mismo género y de menor entidad como lo ha planteado la jurisprudencia, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos, insístase en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo que esa degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación”.

Como en este caso, al imputado AFM se le atribuyó la realización de los delitos definidos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, agravados, de que tratan los artículos 208, 209 y 211 numerales 2 y 4, del Código Penal, y por dichos comportamientos se profirió acusación y se solicitó condena, ningún vicio de incongruencia se advierte, por el solo hecho de no haber mencionado en la acusación la disposición que define el concurso delictivo y precisa la pena, como para suponer que el reparo formulado tiene asidero en la actuación y, de contera, alguna vocación de prosperidad, pues ya está visto que el concurso delictivo no hace parte de la tipicidad de

ninguna conducta cuya acreditación corresponda a la Fiscalía, sino que dicha disposición tiene por destinatario al juez y la cual resulta aplicable sólo al momento de individualizar la pena correspondiente al acusado que le se ha declarado culpable.

77. En providencia 44458 AP-5715 de 2014, M.P. María del Rosario González Muñoz, de 24 de septiembre de 2014, y con la tesis que la congruencia en lo jurídico es flexible, se acerca claramente a las facultades *iura novit curia*, que no son viables en el marco de lo acusatorio, a pesar de que el demandante reclamaba la necesidad de respetar la congruencia propia del sistema acusatorio, y a pesar de que en providencia de 16 de julio de 2014, la congruencia planteada se predicó en términos acusatorios.

La Sala señala que desde providencia 36621 se optó por una congruencia no estricta sino morigerada frente a las facultades del juez.

“En cuanto atañe a la primera censura, observa la Colegiatura que en evidente precariedad argumentativa, el defensor plantea la incongruencia entre acusación y fallo, pero no se detiene a constatar el desarrollo de tal fenómeno en la jurisprudencia de la Sala, reclamando impropriamente una noción estricta de congruencia ya superada”.

Por ejemplo, en CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621 puntualizó la Corporación al respecto:

“Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia” (subrayas fuera de texto).

A su vez, en decisión CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, proferida meses antes de la presentación de la demanda de casación se concluyó:

“La doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así, por ejemplo, en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3

Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879” (negrillas y subrayas fuera de texto).

78. En el proceso radicado SP13938-2014/41253 se profiere sentencia el 15 de octubre de 2014, M.P. Gustavo Malo Fernández, en la que resuelve la congruencia reconociendo facultades *iura novit curia*, en el juez al determinar que este puede condenar por un delito distinto al que fue materia de acusación, reiterando la tendencia de la Sala a reconocer esta posibilidad en el Juez.

Inicialmente la Corte señala que la acusación fija la pautas materia del proceso, y se constituye en una garantía para que el procesado no sea sorprendido con una sentencia ajena a los cargos formulados en la acusación.

Es que, la formulación de acusación materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, contiene los límites –fáctico y jurídico– dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se refleja esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados por los que, por supuesto, no se defendió.

Así lo explicó detalladamente la Corte, a partir del concepto de congruencia, en la providencia CSJ SP, 25 sept. 2013, Rad. 41290:

“Esa doble connotación del principio de congruencia implica, de un lado, que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver; y del otro, que la acusación marca un límite para el arbitrio de las partes e intervinientes, e incluso el funcionario judicial, en tanto, no es posible, en la generalidad de los casos, pedir condena o proferir la misma por una conducta punible distinta a la que fuera objeto de elevación de pliego de cargos y, en todo caso, nunca por unos hechos diferentes.

En extenso estudio referido a la evolución del principio en cuestión y los orígenes de la norma que ahora lo consagra en la Ley 906 de 2004, la Sala refirió: (CSJ SP, 25 abril 2007, Rad. 26309).

“La Corte tiene dicho que en materia penal la congruencia consiste en la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia, siendo la acusación el marco referente, principio que ha sido objeto de diferentes avances y precisiones por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Con motivo del Acto Legislativo 3 de 2002 y los desarrollos legales del mismo, la congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del Sistema Acusatorio colombiano. (...)

La legislación procesal que implementa el sistema acusatorio colombiano, señala en su artículo 448 que 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. (...)

Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador, pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación. (En el mismo sentido CSJ SP, 28 feb. 2007, Rad. 26087)

La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse 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”.

Igualmente la Corte reconoce que el Juez se puede en lo jurídico apartar de la acusación, pudiendo condenar por un ilícito distinto, entendiendo que la congruencia es flexible, concepto con el cual se acerca al análisis de un sistema

mixto, desconociendo que en uno de corte acusatorio, esta debe ser estricta como lo había reconocido la Sala en sentencia de 27 de julio de 2007 radicado 26468 en la que señalo "... la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado".

"Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se

tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad”.

Por ejemplo, en CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621 puntualizó la Corporación al respecto:

“Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia” (subrayas fuera de texto). (CSJ SP, 7 sep. 2011. Rad. 35293)

A su vez, en decisión CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, proferida meses antes de la presentación de la demanda de casación concluyó:

“La doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una

conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, Rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, Rad. 32879.”.

Y, si bien la Sala en anteriores oportunidades consideró que el ente instructor debía solicitar de manera expresa la condena por un delito distinto al formulado en la acusación, lo cierto es que en la providencia CSJ SP, 16 mar. 2011, Rad. 32685, esta Corporación precisó que esa exigencia merecía «...ser modificada en el sentido que 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...».

No obstante, la labor emprendida por el Tribunal tampoco se aviene al resto de los postulados. Es indiscutible que la nueva calificación jurídica adoptada por el Tribunal versa sobre un delito para el que se consagra una sanción menor, empero corresponde a un género distinto, porque el concierto para delinquir y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, forman parte

del Título XII del Código Penal «*DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA*», al paso que la rebelión corresponde al Título XVIII ídem «*DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL*».

Entonces, aun cuando los jueces se pueden apartar de la imputación jurídica, es claro que este evento solo tiene cabida cuando se trate de variar la calificación por otro delito del mismo género y de menor entidad, «...*entendiéndose que aquél [mismo género] no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris...*». (CSJ SP, 16 mar. 2011, Rad. 32685)

79. En providencia 41315 SP 16544-2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera, de 3 de diciembre de 2014, la Corte se enmarca en una congruencia que en principio permitiría entender que es propia de un sistema acusatorio, pero donde finalmente se deja ver que se enmarca en la del sistema mixto, confusión que se repetirá en otras providencias con el mismo ponente. De esta primera parte se podría entender que se acerca al principio acusatorio:

“«La jurisprudencia de esta Sala ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la

acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación (Ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685)».

Al señalar que el reconocimiento del principio no es estricto y que en consecuencia se puede condenar por un delito distinto del que fue materia de acusación se enmarca en lo mixto y las facultades *iura novit curia*.

«Con claro reconocimiento de que ese principio no es estricto, la Corte ha admitido que el juez puede desviarse jurídicamente del contenido de la acusación y condenar por un delito distinto al allí imputado, siempre que (i) el nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable; (iii) el nuevo delito sea de menor entidad y (iv) no se lesionen los derechos de las partes».

80. En providencia 39993 SP 16871 de 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera, de 10 de diciembre de 2014, la Corte se acerca a una congruencia propia del

sistema acusatorio, reiterando lo que ya había señalado en providencias anteriores, así afirma:

“Al juez, entonces, le está vedado adicionar consecuencias adversas distintas a las consignadas por la Fiscalía, y proferir condena por conductas respecto de las cuales dicho ente no hizo pedimento en tal sentido. Por manera que le corresponde resolver observando el principio de congruencia, que lo ata a hacerlo conforme al contenido de la acusación, entendida ésta como acto complejo –escrito y formulación– y a lo solicitado por la Fiscalía en los alegatos finales (CSJ SP, 13 jul. 2006, rad. 15843)».

Adicionalmente acogiendo lo que ya había señalado con anterioridad señala:

«La jurisprudencia ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida

en la audiencia de formulación de acusación» (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

No obstante lo anterior, termina aceptando que el Juez tiene facultades *iura novit curia*, al señalar que esta congruencia no es estricta, y que en consecuencia el Juez puede condenar por un delito distinto del que fue materia de la acusación al señalar que:

«Con claro reconocimiento de que ese principio no es estricto (Ver, entre otros, CSJ AP5715-2014), la Corte ha admitido que el juez puede desviarse jurídicamente del contenido de la acusación y condenar por un delito distinto al allí imputado, siempre que (i) el nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable; (iii) el nuevo delito sea de menor entidad y (iv) no se lesionen los derechos de las partes».

Esto permite afirmar que como se va a observar en otras decisiones, y sin guardar una solución sistemática se soluciona un caso acudiendo a reglas propias del acusatorio, pero a la vez aceptando facultades *iura novit curia*, como si esto fuese jurídicamente posible.

81. En providencia AP 092.15 radicado 42486 de 21 de enero de 2015, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, la Corte enmarca la congruencia a partir de facultades *iura novit curia*, lo que deja ver claramente que no existe un criterio

evidente sobre la materia, al respecto, observemos lo que se señala en la providencia:

“Si bien, como lo señala el demandante, el principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso cuya finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, la Sala viene admitiendo desde la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, de modo que se pueda condenar por punible diverso al contenido en aquella.

Según dicho precedente el fiscal bien puede “solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad–, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores– la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes” y sin que además no se haga más gravosa la situación del acusado.

Es decir, para efectuarse la aludida variación de la calificación jurídica, es necesario: i) Que obre solicitud expresa del respectivo fiscal, ii) Que el nuevo delito corresponda a uno del mismo género del contenido en la acusación; iii) Que el cambio sea por un punible de igual o menor entidad; iv) Que se conserve el núcleo fáctico de la imputación y v) Que no se afecten derechos de los demás intervinientes.

Criterio que, desconocido por el censor, se ha mantenido hasta la actualidad con la variante introducida en sentencia del 16 de marzo de 2011, Rad. 32685 según la cual los jueces pudieran variar la calificación jurídica sin que medie solicitud expresa de la Fiscalía».

(Subrayas fuera el texto)

Como se observa, el juez al poder variar la calificación sin que medie solicitud expresa del fiscal, se está irrogando facultades acusatorias que implican inmiscuirse en la tarea del fiscal.

82. En providencia AP1537-2015 radicado 45104 de 25 de marzo de 2015 con ponencia de Fernando Castro Caballero, la Corte muestra que una es la congruencia que se predica en la Ley 600 de 2000 y otra la que se predica en la Ley 906 de 2004.

La corporación, al resolver un caso de la Justicia Penal Militar señala que en el mismo se aplican las reglas de congruencia de la Ley 600 de 2000, que son distintas a las de la Ley 906 de 2004, y en consecuencia es viable que se pueda dictar sentencia condenatoria a pesar de que realice una solicitud de absolución, lo que no puede ocurrir en los procesos de corte acusatorio.

Concretamente la corporación afirmó:

“Sobre el tema en cuestión, la Sala se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica, señalando que no resulta procedente aplicar por favorabilidad el principio de congruencia de la Ley 906 de 2004 a los casos regulados por la Ley 600 de 2000, por cuanto «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».

Y esto no ocurre, según se señala en el pronunciamiento citado ut supra, justamente porque las facultades y calidades de la fiscalía y del juez de conocimiento en los dos sistemas procesales penales son diferentes.

En efecto, en el sistema regulado por la Ley 600, proferida la resolución de acusación e inclusive variada la calificación jurídica provisional, el juzgador no

queda vinculado indefectiblemente a ellas sino que puede o no admitirlas, cuidando, por supuesto, de respetar el principio de congruencia.

El juez dirige el proceso, puede actuar de oficio y su decisión final debe respetar los lineamientos de la acusación que es una providencia judicial. Así mismo, en este estadio procesal, la fiscalía encargada primariamente de investigar y acusar, deja de ser el representante del Estado, para convertirse en un sujeto procesal como los otros (defensa, ministerio público, terceros incidentales), cuyas peticiones pueden o no ser atendidas por el funcionario judicial de conocimiento.

En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.

En esa medida, como el presente asunto se tramitó por el rito previsto en la Ley 522 de 1999, cuya sistemática procesal de corte mixto con tendencia acusatoria es semejante a la que regula la Ley 600 de 2000, pues en ambas el fiscal se convierte en un sujeto procesal en la fase del juzgamiento, los falladores de instancia no estaban obligados a acoger la petición de absolución que en la audiencia de Corte Marcial formuló la Fiscal Penal Militar y, por ende, ninguna vulneración al debido proceso se presentó».

En esta providencia se observa con claridad que la Corte muestra cómo mientras en procesos de corte mixto el juez tiene facultades *iura novit curia*, en proceso de corte acusatorio esto no es posible.

83. En el proceso radicado SP 8033-2015 radicado 45043 el 24 de junio de 2015, M.P. Gustavo Malo Fernández, se dicta sentencia, en la que se señala que la congruencia es una garantía del derecho de defensa, por la exigencia de la identidad fáctica, personal y jurídica y que por lo mismo solo puede ser condenada por los hechos y delitos de los que tuvo la oportunidad de defenderse, lo que implicaría entender que debería ser absoluta, porque ese ejercicio del derecho de defensa implica que se defiende por un delito del que fue acusado:

“1. La cuestión a resolver se contrae a determinar si, tal y como lo asegura el demandante, se vulneró el principio de congruencia u otra garantía propia del debido proceso porque la sentencia de segunda instancia condenó a RAFAEL VELA TAMBO por el delito de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años* (art. 208 C.P.) en concurso homogéneo y sucesivo, cuando la imputación, la acusación y el alegato final de la Fiscalía versaron sobre otros delitos: *Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir* (art. 207 C.P.) y *Acceso carnal violento* (art. 205 C.P.), ambos agravados porque la víctima era menor de 14 años (art. 211-4 C.P.). O si, por el contrario, les asiste razón a los representantes de la Fiscalía, del Ministerio Público y de las víctimas, en el sentido de que la variación de

la calificación jurídica que realizó el Tribunal no desconoció garantías fundamentales ni la estructura debida del proceso.

Antes que nada debe advertirse que el supuesto de hecho de la nulidad deprecada por el libelista ciertamente ocurrió y que, conscientes de ello, ninguno de los intervinientes no recurrente lo discutió. Es decir, la variación de la calificación jurídica de los hechos efectuada en la sentencia de segunda instancia es una realidad cierta e incontrovertible. La discusión propuesta gira, entonces, es en torno a la significación de ese suceso procesal en las garantías del procesado, particularmente en la congruencia, teniendo en cuenta que, según el censor, la mutación realizada por el Tribunal habría implicado una alteración de la imputación fáctica y, por esa vía, se habría materializado una indefensión al emitirse condena por delitos que nunca fueron controvertidos.

II. La congruencia es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos y delitos respecto de los cuales tuvo conocimiento y, por ende, efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, con mayor ahínco en aquellos sistemas procesales que han adoptado como principio rector el acusatorio. En todo caso, la congruencia implica una delimitación del

objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal”.

No obstante lo anterior, y analizando el artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, señala que esa congruencia es absoluta solo en lo fáctico, lo que implica que se acerca a un contexto de naturaleza mixta.

En Colombia, el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como *“los hechos que revistan las características de un delito”*. Son estos los que determinan la extensión de la investigación y conformarán el sustrato de la acusación cuya confección está a cargo exclusivo de la Fiscalía General de la Nación. Sobre el hecho histórico fundamental, entonces, girará el debate en el juicio oral sin que exista la posibilidad de que el mismo pueda ser variado, de allí la prohibición contenida en el artículo 448 del C.P.P./2004 según la cual *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación,...”*. De esa manera, se ha concluido que la congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia debe ser absoluta, así también que tal garantía se extiende al acto de imputación inicial para una mayor protección del derecho a la defensa.

Señalando que en materia jurídica la congruencia es flexible porque en concepto de la Sala el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 admite que el Juez pueda apartarse de la acusación, esto no es cierto.

“Frente a la congruencia jurídica, la exigencia se entiende relativa o flexible porque el mismo artículo 448 precitado admite la posibilidad de que la

Fiscalía en sus alegaciones finales proponga una calificación jurídica distinta a la prevista en la acusación y, por vía de interpretación, esta Corporación también admitió que el juez de conocimiento pueda apartarse de las denominaciones típicas formuladas por el órgano acusador; claro está, en ambos eventos tal opción está sujeta a unas precisas condiciones como reiteradamente se ha sostenido.

Igualmente reitera los casos en los que el Juez puede proferir sentencia por conductas punibles diversas a la acusación, pero acepta que debe existir por lo menos petición en ese sentido por parte de la fiscalía.

“Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes”.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación

se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad. (Fallo de casación del 15 de octubre de 2004, Rad. 41253)

84. En el radicado AP 5178-2015, 45844 se profiere auto de 9 de septiembre de 2015, M.P. Eugenio Fernández Carlier, en donde se recuerdan los casos en que se configura la transgresión al principio de congruencia dentro del sistema acusatorio.

En múltiples decisiones la Sala ha abordado el estudio del aludido principio demarcando una línea jurisprudencial clara –tanto para los casos en que la Fiscalía y la defensa concurren ante un juez imparcial para que adelante un juicio oral, como también los eventos que se derivan cuando el imputado opta por alguno de los diversos mecanismos de terminación abreviada del proceso–, según la cual, se infringe ora por acción o por omisión cuando se: *i)* condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; *ii)* condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación; *iii)* condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, deduciendo, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad; y *iv)* suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de acusación.

De igual modo, se ha hecho énfasis en que los juzgadores no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado ajenas a los

hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica en la acusación.

Así, la congruencia se predica no solo de los elementos que describen los hechos, sino de las citas normativas específicas, por ello si la prueba practicada en el juicio oral denota que los supuestos fácticos no se presentaron como los exhibió el ente acusador, deviene claro que no se puede fallar conforme a las pretensiones punitivas del Estado.

85. En el radicado AP 5664 2015, 45865 se profiere auto de 30 de septiembre de 2015, M.P. Fernando Castro Caballero, a través del cual se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda de casación, en un caso en el que la fiscalía acusó y pidió condena por el delito de hurto calificado y agravado, pero el Tribunal condenó como determinador de hurto por medios informáticos y semejantes.

Recuerda la Sala, que la imputación fáctica y jurídica debe estar determinada de forma clara y precisa desde la audiencia de formulación de imputación. De otra parte, se ofrece oportuno señalar, sobre el principio de congruencia, que en el sistema acogido en la Ley 906 de 2004, en punto de los cargos que es posible deducir en la sentencia condenatoria, ya sea que ésta se produzca como resultado de una de las formas anticipadas (allanamientos o preacuerdos) o tras el agotamiento íntegro de las etapas previstas en la normativa en cita; se tomó partido porque la imputación fáctica y jurídica se determine de manera clara y precisa, incluso desde la audiencia de formulación de la imputación de que tratan los artículos 286 a 289 *ídem*, o en la de acusación

conforme lo prevén los artículos 336 a 338 *ibídem*, según el caso, postulado que es preciso anotar, puede verse comprometido por acción o por omisión.

Reitera los casos en que se presenta vulneración al principio de congruencia, resultando relevante cuando se condena por el mismo delito, pero por un verbo rector distinto al que fue materia de acusación, lo que es propio de un sistema adversarial acusatorio, reiterando lo que se había señalado en CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913.

Es del caso puntualizar, que el principio de congruencia se vulnera por acción (i) cuando la condena versa sobre hechos o delitos distintos a los señalados en la audiencia de formulación de imputación o de acusación, según el caso (terminación anticipada o agotamiento íntegro del trámite); (ii) en el evento en que en la condena se contemple un ilícito que jamás fue mencionado ni fáctica ni jurídicamente en ninguna de las audiencias referenciadas, también según el caso, y; (iii) en las ocasiones en donde en la sentencia adversa se le deduzca a la conducta o conductas punibles atribuidas, por igual, según el caso, una o varias circunstancias agravantes genéricas o específicas o de mayor punibilidad que no aparezcan mencionadas en las audiencias anotadas (formulación de imputación o de acusación).

Es preciso agregar también, que una variante de la primera de las posibilidades indicadas (violación del principio de congruencia por acción) se configura cuando en relación con los delitos que tienen varios verbos alternativos, a pesar de que en la sentencia se impute al procesado el mismo ilícito aludido en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, se atribuya un verbo

rector diferente, el cual resulta claramente excluyente, contradictorio o antagónico al deducido.

Reitera los casos de violación al principio de congruencia por vía de omisión, como se había establecido en CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26309, pero aceptando que se puede condenar por un ilícito más leve, como se señaló en CSJ SP, 7 septiembre. 2011, rad. n.º 35293.

Ahora bien, la transgresión del principio de congruencia también puede darse por omisión, cuando en el fallo se elimina una circunstancia de atenuación genérica o específica o de menor punibilidad que ha sido reconocida en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, según el caso.

No obstante lo dicho en precedencia, resulta oportuno mencionar que si bien en principio el juez no puede modificar la denominación jurídica de los hechos señalada en la formulación de imputación o en la acusación, según el caso (terminación anticipada o agotamiento íntegro del trámite), ello no impide degradar la conducta a favor del procesado, ya sea reconociendo atenuantes genéricas o específicas, circunstancias de menor punibilidad o incluso condenar por un ilícito más leve, siempre y cuando se preserven los derechos de los intervinientes.

Infortunadamente, aunque en principio el análisis se enmarcaba en lo acusatorio, se ve que se otorgan facultades *iura novit curia*, al determinar que el Juez puede condenar con una conducta distinta aun en los casos que no existe petición de ella por la Fiscalía al finalizar el juicio. En este último sentido (condena por otro ilícito) resulta oportuno mencionar que la Corte ha expresado:

“1. Si bien en el precedente citado por el defensor, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la Ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que 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”.(p: 24)

2. Por su parte, el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, establece:

“Congruencia. - 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”.

A fin de modular los alcances del postulado en cita, se hace necesario plasmar las siguientes acotaciones: La formulación de la acusación es un acto básico y estructural del proceso penal, toda vez que, como pliego concreto y completo de cargos, resume tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica con miras a que a través de dichas concreciones se permita al acusado conocer los ámbitos y alcances exactos de la acusación, y a partir de estos ejercer el derecho de defensa. Por tanto, en ese acto complejo que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral, deben quedar sentados los fundamentos y términos con sujeción a los cuales se desarrollará el juzgamiento y producirá la declaración de responsabilidad penal o ausencia de la misma en la sentencia.

A su vez, el escrito de acusación, integrado a la audiencia de formulación del artículo 339 ... ibídem, durante la cual puede ser aclarado, adicionado o corregido por la Fiscalía o a petición de parte o Ministerio Público y los alegatos en el juicio oral, constituyen entre sí un acto procesal complejo formal y material en el que se concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, hechos que corresponden a la imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica.

La formulación compleja de la acusación posee una doble connotación: de una parte, constituye un acto jurídico insoslayable, en tanto que en el sistema acusatorio no puede existir ningún juzgamiento sin previa acusación, sin que

medie un acto en el cual se fije con absoluta claridad la imputación fáctica y jurídica (hechos y delitos) que deben ser completas, no dilógicas, ambiguas o anfibológicas, que se atribuyen a una determinada persona, y, de otra parte, es un acto jurídico sustancial.

En efecto, es sustancial pues aquella es el segundo espacio procesal en donde al acusado se le da a conocer de manera concreta las imputaciones referidas a fines de enfrentar el compromiso penal en la etapa del juicio oral, y es expresión de seguridad jurídica en orden a una sentencia congruente.

La acusación como eslabón del debido proceso penal es insalvable en el procedimiento ordinario, como en la sentencia anticipada (arts. 293... y 352... ejusdem), lo cual implica que la aceptación de la imputación y acusación constituyen los referentes formales, materiales y sustanciales en orden a la congruencia entre lo atribuido en aquellos y lo derivado en la sentencia.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

Reitera la Sala que la congruencia se circunscribe a lo factico de manera absoluta porque en lo jurídico se puede apartar tal como ya se había señalado en

sentencia del 27 de julio de 2007, Radicado 26.468, sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649, sentencia del 31 de julio de 2009, Radicado 30.838.

Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 *ejusdem*.

No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad como lo ha planteado la jurisprudencia, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo *nomen iuris* y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos, insístase en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo, que esa degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación (CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

86. En el proceso radicado AP 6909-2015, 46081 se profiere auto de 25 de noviembre de 2015, M.P. Fernando Castro Caballero, en la que se pronuncia sobre la admisión de la demanda en un caso en que el Tribunal absolvió por fraude procesal y condenó por falsedad en documento privado, la Corte señala los casos que generarían incongruencia:

De otra parte, se ofrece oportuno señalar, sobre el principio de congruencia, que en el sistema acogido en la Ley 906 de 2004, en punto de los cargos que es posible deducir en la sentencia condenatoria, ya sea que ésta se produzca como resultado de una de las formas anticipadas (allanamientos o preacuerdos) o tras el agotamiento íntegro de las etapas previstas en la normativa en cita; se tomó partido porque la imputación fáctica y jurídica se determine de manera clara y precisa, incluso desde la audiencia de formulación de la imputación de que tratan los artículos 286 a 289 *ídem*, o en la de acusación conforme lo prevén los artículos 336 a 338 *ibídem*, según el caso, postulado que es preciso anotar, puede verse comprometido por acción o por omisión.

Es del caso puntualizar, que el principio de congruencia se vulnera por acción (i) cuando la condena versa sobre hechos o delitos distintos a los señalados en la audiencia de formulación de imputación o de acusación, según el caso (terminación anticipada o agotamiento íntegro del trámite); (ii) en el evento en que en la condena se contemple un ilícito que jamás fue mencionado ni fáctica ni jurídicamente en ninguna de las audiencias referenciadas, también según el caso, y; (iii) en las ocasiones en donde en la sentencia adversa se le deduzca a la conducta o conductas punibles atribuidas, por igual, según el caso, una o varias circunstancias agravantes genéricas o específicas o de mayor punibilidad que no aparezcan mencionadas en las audiencias anotadas (formulación de imputación o de acusación).

Reitera que el Juez puede modificar la denominación jurídica de los hechos señalados en la imputación o en la acusación, como ya se había señalado

en CSJ SP, 7 sept. 2011, rad. No. 35293 y sentencia junio 3 de 2009, radicado 28.649, al punto que se puede dar en los casos en que la Fiscalía no hubiese hecho petición expresa en la etapa de alegatos al finalizar el juicio, lo que reitera facultades *iura novit curia*.

Resulta a su vez oportuno mencionar que si bien en principio el juez no puede modificar la denominación jurídica de los hechos señalada en la formulación de imputación o en la acusación, según el caso (terminación anticipada o agotamiento íntegro del trámite), ello no impide degradar la conducta a favor del procesado, ya sea reconociendo atenuantes genéricas o específicas, circunstancias de menor punibilidad o incluso condenar por un ilícito más leve, siempre y cuando se preserven los derechos de los intervinientes.

En este último sentido (condena por otro ilícito), resulta oportuno mencionar que la Corte ha expresado:

“1. Si bien en el precedente citado por el defensor, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la Ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que 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”

87. En decisión SP 6808-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016, con ponencia de Gustavo Malo Fernández, la Corte, contrariando la posición que ya se había establecido desde providencia de 2011, radicado 32685, muestra la confusión que se presenta en esta materia por parte de la Sala de Casación Penal, al determinar que en los procesos dentro del modelo acusatorio, el juez podrá dictar sentencia condenatoria, a pesar de que la Fiscalía, hubiese pedido absolución llegando incluso a afirmar que esto se deriva de las facultades que se derivan del principio *iura novit curia*, providencia con la que se rompe totalmente la estructura de una sistemática acusatoria.

Se estima que esta es una providencia que puede ser Arquimédica en la medida que realiza el análisis de un número importante de temas empezando porque se formula una pregunta: ¿En un proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, el juez, sea en primera o en segunda instancias, puede condenar al procesado cuando la Fiscalía ha solicitado su absolución?

Para contestarlo se divide su análisis en los siguientes temas: la línea jurisprudencial que en punto a las consecuencias de la petición de absolución por parte de la Fiscalía ha trazado la Sala, las características del sistema procesal adoptado por el Acto Legislativo n.º 003 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, las implicaciones de la titularidad de la acción penal, el rol de la Fiscalía y de los jueces en la terminación anticipada del proceso, el derecho de las víctimas a la impugnación de la sentencia absolutoria, el ámbito material de la competencia de los jueces en segunda instancia, y, por último, el principio de congruencia y la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004.

En relación con la línea jurisprudencial recuerda que hasta ese momento esta se había mantenido en punto de que no es posible que si la Fiscalía pide absolución el Juez pueda condenar recordando lo planteado en la sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15843, en la que se manifestó que la Fiscalía era la titular de la acción penal, que el prementado artículo 448 prohibía la condena por delitos que hubiesen sido objeto de pedimento absolutorio y, por último, que la congruencia se establece ahora sobre el trípode acusación -petición de condena-sentencia.

Posteriormente, en decisión del 22 de mayo de 2008, radicado 28124, que retomó los fundamentos de una del 13 de abril de esa misma anualidad, Rad. 27413, se sentaron las siguientes premisas: primera, la acusación no es una decisión judicial sino una pretensión, de manera que al formularla la Fiscalía no renuncia a la potestad de retirar los cargos *“pues es dueño de la posibilidad de*

impulsarla o no"; y, segunda, el juez está impedido para actuar de oficio porque es un sistema de partes.

Por otra parte, en providencia del 29 de julio de 2008, radicado 28961, se consideró que la capacidad dispositiva de la Fiscalía sobre la acción penal es limitada y se encuentra mediada por el control judicial "(por contraposición al sistema Norteamericano, donde el funcionario cuenta con amplias prerrogativas para determinar cuándo y cómo hace decaer la pretensión punitiva)"; sin embargo, se admitió que existía una situación en que tal discrecionalidad puede operar de manera autónoma y con efectos absolutos, cual es la contemplada en el artículo 448 de la Ley 906/2004.

Es importante anotar que en la decisión referenciada se advirtió que la disposición normativa excepcional es lejana al contexto del sistema acusatorio colombiano, pues la regla general es la inexistencia de una potestad dispositiva de la acción penal, por lo que en punto a la cesación del ejercicio de la misma, la Fiscalía solo cuenta con facultades de postulación.

Tal contexto de la persecución penal vendría demarcado por el principio de legalidad y de intervención judicial.

Mediante auto del 29 de julio de 2010, radicado 28912, se hizo énfasis en los diferentes roles asignados a la Fiscalía General de la Nación en la Ley 600 de 2000 y en la 906 de 2004. En ese marco de la discusión, se manifestó que en el primer estatuto el órgano acusador debía cumplir la actividad probatoria únicamente en la etapa de la investigación porque en la causa correspondía al juez, mientras que en la última normatividad *"el ente instructor es el que tiene la misión*

exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448,...

En 2012, en auto del 21 de marzo proferido en el proceso radicado con el número 38256, se aseguró que la Fiscalía era “*dueña de la acusación*” y que este acto procesal –de parte– estaba conformado no solo por el pliego y por su respectiva formulación oral, sino también por el alegato final en el juicio, por lo que la habilitación al juez para condenar surgía desde la solicitud que en tal sentido elevara el órgano acusador. Así pues, si a pesar de una petición de absolución originada en dicho ente, el juez decide condenar, lo que hace es asumir, por su propia voluntad, la función de titular de la acción penal.

Con posterioridad, en auto del 27 de febrero de 2013, radicado 40306, se dejó claro que el decaimiento de la acción penal a partir de la sola voluntad de la Fiscalía opera cuando solicita absolución en el alegato conclusivo y que ello ocurría de manera excepcional si se tenía en cuenta que “no es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 el fiscal sea dueño incondicional de la acción penal y que pueda a su arbitrio disponer de la misma”. Ahora bien, al intentar justificar la excepción, la Sala consideró que tal opción se entendía lógica y jurídica en los casos en que aquél no logró cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado. En ese orden, la petición de absolución debe conducir a ello por “simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto”.

El 11 de septiembre de 2013 en el radicado 43837, se afirmó que la acusación es un acto de parte, por lo que la petición de absolución realizada por la Fiscalía equivale a un retiro de cargos, por lo que el Juez no puede tomar el rol de

acusador oficioso, además que la posibilidad de que el Juez de instancia realice una evaluación probatoria, para establecer si la petición de la Fiscalía carece de sustento probatorio, rompe con el principio de que el fiscal es el titular de la acción penal y como tal puede retirar la acusación, además de que al juez le está prohibido realizar una actividad acusadora.

Al final, el 25 de septiembre de 2013 dentro del radicado 41290 la Sala reiteró el principio de congruencia en términos acusatorios, señalando que la posibilidad de retirar cargos era una derivación necesaria del mencionado principio.

Recordó que en contra de esa posición la Sala se había pronunciado en sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, y se reprodujo en dos decisiones posteriores, del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518, y en el auto del 31 de marzo de 2008, Rad. 29335, en las que se afirmó que la acusación es indisponible por la Fiscalía, por lo que esta no cuenta con opciones como el desistimiento o el retiro de la misma, advirtiéndose que la petición absolutoria al finalizar el juicio no equivale al ejercicio de una facultad dispositiva.

Terminado el recuento de la línea jurisprudencial señaló las características del sistema acusatorio colombiano que las concretó en siete: se acogió el principio de oportunidad, la Fiscalía continúa formando parte del poder judicial, se fortaleció la especialización de las funciones y la consecuente separación de roles; se erigió el juicio como el escenario central del proceso; se admite la intervención del Ministerio Público y las víctimas, se consagraron los principios de jerarquía y unidad de gestión en la Fiscalía y, finalmente, se admitió

la posibilidad de que los particulares administraran justicia en forma transitoria como “jurados de las causas criminales”.

Igualmente se centró en el estudio de la titularidad de la acción penal, señalando que en un modelo procesal en el que la regla general es la legalidad, la persecución penal es un deber jurídico y no una facultad discrecional, aunque en los casos en que se admite excepcionalmente la aplicación del principio de oportunidad, el impulso de la acción penal es una facultad reglada y sujeta a control judicial. Reconoce que el principio acusatorio cuya significación es que la acusación es prerrequisito del juicio y que su formulación está a cargo de un funcionario diferente al que juzga.

En cuarto lugar se centró en la cesación del ejercicio de la acción penal a iniciativa de la Fiscalía, y en ese punto se refiere a figuras como el principio de oportunidad, y las negociaciones de culpabilidad del procesado como formas alternativas de solución del conflicto, asimismo, la preclusión que opera cuando la Fiscalía considera que no existe mérito para acusar, y finalmente la absolución perentoria que permite la terminación del proceso penal por atipicidad ostensible, concluyendo que todas estas formas de suspensión, interrupción o cesación de la persecución penal, sea que se deriven del principio de oportunidad o del de legalidad, se encuentran sometidas a decisión judicial y nunca operan por la voluntad autónoma de la Fiscalía General de la Nación.

En quinto analiza el control judicial de la cesación de la persecución penal, señalando que el poder de decisión en relación con el objeto del proceso penal (los hechos investigados y las consecuencias jurídicas) y a su continuidad

recaen en exclusiva en los jueces, como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad, recordando que:

Es claro, entonces, que frente a la sentencia que debe producirse luego de surtido el juicio oral, el poder de decisión siempre reposa en el juez de conocimiento y que, en consecuencia, en el delegado de la Fiscalía radica sólo un poder de postulación que se ejerce desde la misma presentación de la acusación y culmina con las alegaciones posteriores al debate probatorio en la etapa de juzgamiento. Esa conclusión es tan cierta que el mismo estatuto procesal, en los artículos 446 y 448, define la intervención de las partes en los alegatos de conclusión como meras solicitudes; en especial, la primera de tales normas delimita la naturaleza del acto del juez y el del fiscal al prever que: *“La **decisión** será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las **solicitudes** hechas en los **alegatos finales**. (...)”*. (negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, si la voluntad manifestada por la Fiscalía en los alegatos conclusivos es que se absuelva al acusado y la misma necesariamente ata al juez a una decisión en tal sentido, en primer lugar, aquélla no sería un simple acto de postulación sino una decisión y, en segundo lugar, el “fallo” absolutorio consecuente no constituiría una verdadera providencia judicial sino un acto de refrendación de la discrecionalidad de la parte acusadora. Una providencia que no contiene una decisión del funcionario judicial sobre el objeto del proceso, sino que se limita a reconocer o refrendar la voluntad del órgano acusador en cuanto a no proseguir con el ejercicio de la acción penal; jamás puede ser tenida como una sentencia porque

no respeta ni la naturaleza ni los requisitos de este acto procesal. Es más, ni siquiera constituye un auto porque, como se anotó, no contendría una resolución autónoma e independiente.

En sexto lugar se dedica a mirar los derechos de las víctimas a la impugnación de la sentencia absolutoria, señalando que el acto legislativo n.º 03 de 2002, concibió a las víctimas como sujetos merecedores de medidas de asistencia, protección y restablecimiento del derecho y de reparación integral y de la otra como interviniente procesal, por lo que se garantizó el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, que implica prerrogativas en su favor como son: verdad, reparación, asistencia letrada, a ser oída y especialmente el de interponer recursos contra la decisión definitiva relativa a la persecución penal, pero aclarando que ha sido la jurisprudencia constitucional la que desarrolló estos derechos y en lo que respecta, en específico, al derecho a impugnar la sentencia absolutoria a través de las sentencias C-047 de 2006 y la sentencia C-209 de 2007 específica en punto de la impugnación de la decisión judicial que se pronuncie sobre la legalización de la aplicación del principio de oportunidad.

En séptimo lugar se pronuncia sobre el ámbito material de la segunda instancia, señalando que es el escenario previsto por el legislador para que el superior jerárquico revise la corrección de una decisión judicial a partir de los concretos aspectos que fueron materia de impugnación, pero en donde el Juez tiene facultades para decretar oficiosamente la nulidad del proceso cuando ella sea procedente por la violación de garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa, de lo que se desprende que el ámbito material

de la decisión del superior no tiene límites diferentes a los del objeto de la impugnación y al imperativo de no desmejorar al recurrente único, pero donde el Juez debe proferir una condena que se debe ajustar a los extremos fácticos y jurídicos de la acusación, si es que este último no varió en el alegato final de la fiscalía, labor en la que el juzgador de segunda instancia confrontará la decisión con la impugnación y así calificar su corrección; en consecuencia, si un juzgador absuelve por la exclusiva razón que así lo solicitó el acusador, será este el único tema sobre el que puede versar una eventual apelación y, en consecuencia, la decisión del superior.

Al final, se dedica a estudiar el Principio de congruencia y el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, entendiendo que la congruencia es una garantía del derecho de defensa, porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, que una misma persona solo puede ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción, garantía que se manifiesta como la necesaria correlación entre la acusación y la sentencia especialmente en aquellos sistemas procesales que han adoptado como principio rector el acusatorio.

Recuerda que el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como **“los hechos** que revistan las características de un delito” y son los que determinan la extensión de la investigación y conformarán el sustrato de la acusación que está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, señalando cómo se debe interpretar el artículo 448 de la Ley 906 de 2004:

“... la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de condena. Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos. Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.

Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado. De esa manera, se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica respecto de la cual no haya tenido oportunidad efectiva de controversia, salvo cuando la variación favorezca los intereses del procesado porque en ese evento aunque, en estricto sentido, se le condena por un delito que no fue el

controvertido, se justifica la excepción por el efecto benéfico que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación.

Al final determina que se produce un cambio en la Línea Jurisprudencial a partir del cual el Juez sí puede condenar a pesar de que la Fiscalía hubiese pedido absolución.

“Se varia, entonces la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral. Así la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados sin que, en todo caso si resolución pueda agravar la situación del apelante único”.

Para llegar a esta conclusión, entre otros argumentos señala la Corporación:

“Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica. Inclusive, así ocurre en los procesos civiles en el que los intereses son disponibles, por cuanto el juez debe fallar conforme a la norma (*iura novit curia*)”.

Aceptar que existen facultades *iura novit curia*, dentro de un proceso de corte acusatorio, conlleva no entender que existen diferencias con un proceso de naturaleza mixta, y más aún cuando se señala que el juez no se puede constituir en un simple refrendador de la voluntad del fiscal.

Pero además decir que el acto de la fiscalía, a través del cual solicita absolución es un acto de postulación que puede ser aceptado o no por el juez, implica necesariamente que el juez se puede inmiscuir en la acusación, olvidando que si el fiscal como titular de la acción penal señala que no tiene cómo pedir condena y pide absolución, ello equivale a un retiro de cargos y sin cargos el juez no puede dictar una sentencia de carácter condenatorio (Solórzano C., 2017, pág. 205).

Pilar fundamental del sistema implementado en Colombia a partir del acto legislativo 03 de 2002 es precisamente que las funciones de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos, que sin acusación el juez no puede dictar sentencia y que naturalmente este no se puede inmiscuir de ninguna manera en el marco de la acusación, por esto es que si el fiscal pide absolución bien sea por la vía de la absolución perentoria, cuando determine que los hechos en que se fundamentó la absolución resultan ostensiblemente atípicos, o cuando al presentar su alegato final igualmente solicite absolución, al juez no le queda camino distinto que el de absolver.

Consecuencia natural de esto, además, será que tanto el Ministerio Público como el Apoderado de las víctimas quedan inhabilitados para apelar esta decisión, porque no se puede olvidar que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 establece que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los que no se ha solicitado condena, siendo claro que esa solicitud es la que realiza el fiscal y si esta no existe el juez no puede alegar que en aras de realizar un acto de justicia material se puede dictar sentencia condenatoria, y en ese sentido se debe destacar que aún no es una posición pacífica en la medida que fue una providencia que estuvo acompañada de cuatro salvamentos de voto.

El primero suscrito por el magistrado Eugenio Fernández Carlier, en el que señala que la interpretación realizada en la ponencia del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, no se ajusta a la garantía fundamenta argumentando que:

“1. Conforme al principio de legalidad, no se puede condenar por “delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Con la decisión mayoritaria de la Sala se incorpora al texto legal la premisa que excluye, prohíbe o elimina el artículo 448 ejusdem, por lo que el revés del mandato imperativo se convierte en derecho. Ahora la regla hay que leerla con un **sí** y así: El acusado podrá ser condenado por delitos por los cuales la Fiscalía no pida condena y solicite absolución.

La única lectura admisible del artículo 448 del C de P.P., dada su descripción y carácter imperativo, no es otra que la absolución ante la no petición de condena por el ente fiscal.

2. Reglas de hermenéutica. Las dos premisas en examen, la del texto legal y la regla jurisprudencial de la decisión de la Sala Mayoritaria, son opuestas y excluyentes, no pueden coexistir, la primera elimina la posibilidad que haya condena cuando se solicite absolución por el Fiscal, esa fue la voluntad expresamente manifestada por el legislador en el texto legal.

Y, ahora que se alude al legislador, debe registrarse que la Fiscalía General de la Nación al presentar el proyecto que se convirtió en Ley 906 de 2004, en lo que respecta al tenor del artículo 448 ahora vigente, expresó como sustento del mandato imperativo, que la teoría del caso presentada en el juicio oral y las alegaciones

correspondientes hacen parte de la acusación formulada por la Fiscalía.

En las actas de los debates surtidos en las sesiones para la aprobación de los Proyectos de Ley números 229 de 2004 de Senado y 001 de 2003 de Cámara, no se hizo ninguna modificación al texto ni a la motivación de lo que se aprobó como el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con lo que debe admitirse que el Congreso prohió la propuesta de la Fiscalía.

Ahora, con el nuevo criterio jurisprudencial adoptado por votación mayoritaria se desatiende la motivación que sustentó la aprobación de la congruencia en el Congreso, contrariándose el querer del legislador.

Sí, es cierto, algunas normas del proyecto de Código de Procedimiento Penal fueron reformadas, pero la congruencia y los fundamentos en los que se sustenta no fueron modificadas, en el caso de la institución de marras se conservó la redacción de la norma originalmente propuesta.

Si el texto legal y la voluntad del legislador gozan de claridad y concreción, no es dable su sacrificio bajo el pretexto de precisar su espíritu, regla de hermenéutica de orden jurídico que no se puede obviar al interpretar el artículo 448 ídem.

Los argumentos gramatical, lógico, sistemático, finalístico e histórico (voluntad del legislador), conllevan a reafirmar que en la Ley

906 de 2004 la petición de absolución formulada por el fiscal en las alegaciones es vinculante para el juez”.

Igualmente se indica que no hay una disposición de la Ley 906 de 2004, que no reconozca que la Fiscalía es la titular de la acción penal y con la decisión mayoritaria se establece que a pesar de que el ente acusador es el titular de la acción penal, en las alegaciones pierde esa condición y vuelve a recobrarla en el proferimiento del sentido del fallo.

“En el sistema acusatorio si se despoja al Fiscal de la titularidad de la acción penal no solo se le cercena su legitimación excluyente para ejercerla, sino que se le despoja de las facultades propias de ese sistema, para adjudicarle una caracterización de los procedimientos inquisitivos”.

Las facultades del fiscal en el proceso penal, algunas son absolutas y no tiene control, entre ellas la petición absolutoria del fiscal, con la decisión de la Sala se crea un control a la misma, la cual no está consagrada en la Ley. La petición de absolución no es un acto arbitrario, es el ejercicio de la titularidad de la acción penal

“(…) 3. La petición de absolución no es un acto arbitrario, es el ejercicio de la titularidad de la acción penal, pero en términos

reglados, parte del supuesto que el fiscal debe ofrecer los argumentos probatorios que sustenten la absolución por la imputación jurídica que ha venido formulando, a decir del artículo 443 y 448 del C. de P.P.

La acusación o petición de condena es un acto de parte a cargo del titular de la acción penal, es una pretensión y no una decisión judicial. Por ello es que la petición de absolución que se deriva del artículo 448 del C. de P.P. no tiene ni admite control, este texto legal es el soporte de ese acto, que es a su vez una excepción a la regla que el Fiscal en materia de disposición de la acción penal solamente tiene facultades de postulación.

4. Las alegaciones del Fiscal son obligatorias y representan la información sustancial para el ejercicio de garantías fundamentales por parte de la defensa. Si el Fiscal no ha formulado alegaciones condenatorias, de qué se defiende el acusado si los argumentos de responsabilidad los suministra el juez y los conoce solamente con la sentencia, no en el juicio oral”.

Recuerda que la congruencia no solo se predica de sus elementos subjetivos, fáctico y jurídico, también la integran las actuaciones procesales ejecutadas en la imputación (fáctica), acusación (fáctica y jurídica) teoría del caso, alegaciones y sentencia.

El otro salvamento fue suscrito por los magistrados José Luis Barceló, José Francisco Acuña y Luis Guillermo Salazar Otero, señalando que el actual sistema es un proceso de partes, una de las cuales es el Estado representada por la Fiscalía y ello implica

“...uno de los pilares en los que se sustentó el adecuado funcionamiento del sistema, lo fue el reconocimiento de la subordinación del juez al principio acusatorio, *nemo iudex sine actore*, en el entendido de que no puede haber trámite sin acusación, es decir, esta no puede ser formulada por el juzgador “*en tanto hay separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento*” (CSJ SP, 08 Jul 2009, Rad. 31063). Ahora, si bien es cierto –y así lo subraya con especial ahínco el proveído mayoritario– la Ley 906 de 2004 contempla diversas actuaciones que son objeto de control judicial (la afectación de derechos fundamentales, la aplicación del principio de oportunidad, la preclusión y los mecanismos anticipados de terminación del proceso), de tal forma que esas facultades de validación permiten divisar que el sistema adoptado en esa normatividad no se equipara automáticamente al esquema acusatorio de tradición anglosajona o al continental europeo, llegando incluso a hablarse de una fórmula “a la colombiana” por estas y otras diferencias respecto del marco teórico que los orienta –*modulándose* en la legislación patria el principio

adversarial con el que se identifica aquel modelo y en especial al estadounidense, al contemplarse la intervención en el trámite de las víctimas y del Ministerio Público que pese a no ostentar la condición de partes, sí tienen varias prerrogativas en el mismo—, tal percepción no puede trascender a trastocar la filosofía tendiente a circunscribir el debate jurídico a quienes están llamados a ello.

Señalan que es improcedente el control judicial a la petición absolutoria de la fiscalía, por lo tanto, es razonable predicar que el alegato de cierre de la Fiscalía no es una simple y llana postulación en atención a que el mismo consolida la acusación, petición que de ninguna manera puede calificarse libre de confección en tanto existen para el funcionario que la eleva controles endógenos (principio de legalidad, concatenado con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004) y exógenos (acciones disciplinaria y penal) que delimitan ese pronunciamiento, aunado a que el sistema jurídico prevé, de configurarse alguna de las causales legales, la posibilidad de acudir a la acción de revisión.

88. En providencia casación SP1085 -2016, Radicación 41905 de agosto 3 de 2016, M.P. Fernando Castro Caballero, la Sala reitera los argumentos expuestos en la providencia SP-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016, M.P. Gustavo Malo Fernández, destacando que:

“a) La reforma introducida por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollada por la Ley 906 de 2004, profundizó la orientación del proceso penal hacia un modelo acusatorio; sin embargo, presenta

características propias que lo diferencian de sistemas de enjuiciamiento similares acogidos en otras latitudes. Por tanto, es equivocado, por la vía de la interpretación de las reglas legales, proceder a importar instituciones, como por ejemplo la del 'retiro de la acusación', por el solo hecho de que provengan de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias.

b) Una de tales peculiaridades es que la titularidad de la acción penal en Colombia implica que el ejercicio de ésta es un deber constitucional (principio de legalidad) y no una facultad discrecional; por tanto, a la Fiscalía le está vedado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo cuando sea procedente el principio de oportunidad cuya aplicación, valga recalcar, es bastante reducida por la triple limitación a que se encuentra sometida: es excepcional, es taxativa y sujeta a control judicial.

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

d) Una sentencia que ‘decida’ absolver al acusado porque la Fiscalía así lo ‘solicita’, con exclusión del ejercicio de valoración – autónoma e independiente– de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador. Esta última tampoco puede ser catalogada como una petición sino como un verdadero acto de disposición de la acción penal. Así, la equiparación entre la petición de absolución y el retiro de la acusación viola el principio lógico de identidad, tal y como ya lo había dejado entrever la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, al inicio citada.

e) La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal hace parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó.

f) El principio de la doble instancia, componente esencial del debido proceso, se desnaturalizaría si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como ocurriría, por ejemplo, si aquella se circunscribiera a la verificación

de la voluntad de la Fiscalía o por otras razones de una pretendida coherencia sistemática”.

Para la Corte resulta infortunado importar la institución del retiro de la acusación, solo porque provenga de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias, pero con esto la Corporación no comprende que no se trata, simplemente, de importar instituciones que existan en otras legislaciones procesales de Corte Acusatorio, sino que en sistemas como el adoptado por Colombia a través del acto legislativo 03 de 2002, el marco de la acusación es del resorte exclusivo del fiscal, sin que el juez se pueda inmiscuir en el mismo y naturalmente si en desarrollo del proceso, el ente acusador estima que no tiene cómo pedir una sentencia condenatoria, por lealtad procesal debe retirar los cargos y sin ellos el juez no puede condenar.

Es cierto que la Fiscalía puede dar aplicación al principio de oportunidad por vía de interrupción, suspensión o renuncia al ejercicio de la acción penal, por razones de política criminal, y esto ocurre a pesar de que la Fiscalía sea consciente de que tiene elementos para poder demostrar que la persona es penalmente responsable, pero con mayor lógica, también debe ser que la Fiscalía debe retirar los cargos cuando acorde con su leal saber y entender entiende que no puede obtener sentencia condenatoria, y es por esto que será su obligación pedir absolución, además, porque no se puede olvidar que la Fiscalía trabaja bajo el principio de objetividad consagrado en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004 y del mismo se desprende no solo que investigue tanto lo favorable como lo

desfavorable, sino que además retire los cargos si no tiene cómo obtener una sentencia condenatoria.

Si bien es cierto que los mecanismos de terminación anticipada del proceso están sometidos a control por parte del juez, también lo es que el principio acusatorio se entronca sobre el postulado que las funciones de acusación y juzgamiento corresponden a actores distintos sin que el juez pueda inmiscuirse en el marco de la acusación y, en consecuencia, el fiscal retira los cargos, al juez no le queda camino distinto que absolver.

La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias existe siempre y cuando la Fiscalía haya pedido condena, porque si el ente acusador pide absolución, allí debe terminar el proceso penal, pero además en este caso ni la víctima ni el Ministerio Público tienen facultad para impugnar la sentencia proferida por el juez, en la medida que la misma fue producto de un proceso en el que se retira la acusación, pero además porque la sentencia debe ser consecuencia de haberse probado o no la teoría del caso de la Fiscalía y los intervinientes especiales no formulan teoría de ninguna naturaleza.

Finalmente hubiese sido interesante que en la ponencia se señalara de manera más clara las razones por las que se cambia de criterio, dado que el ponente magistrado Castro Caballero, fue el mismo que en providencia de 2011 radicado 32685 había predicado que la petición de absolución del juez, obliga al fiscal.

89. En decisión SP 8666 2017 (47630), M.P. Patricia Salazar, de 14 de junio de 2017, la Sala Penal establece que el Juez no tiene facultades *iura novit*

curia, en un caso donde había existido un preacuerdo por un delito de violencia intrafamiliar y el Tribunal Superior en segunda instancia lo aprueba, pero dicta sentencia por el delito de lesiones personales, al estimar que la tipificación correcta es esta.

La Sala Penal afirma, en forma categórica, que el Juez no puede dictar sentencia por un delito distinto al que fue materia de la acusación y en consecuencia del preacuerdo, con lo que queda claro que el Juez no se puede inmiscuir en la acusación, no siendo posible una variación jurídica de la calificación en un preacuerdo, salvo que se afectaren garantías fundamentales, reafirmado lo señalado en providencia de 6 de febrero de 2013 radicado 39892, así como en decisión SP 16933-2016 radicado 47732, en la que la Sala había determinado que el fallador está impedido para imponer su propia percepción acerca del tipo penal a imputar. En concreto la Sala afirmó:

“Entonces, si la transacción estriba en un acuerdo de culpabilidad motivado por la imposición de una pena menor a la contemplada legalmente para el delito imputado –en razón del reconocimiento, por ejemplo, de una circunstancia de menor punibilidad–, la imputación jurídica guarda correspondencia con los hechos y el acuerdo es respetuoso de las garantías fundamentales de los intervinientes, para la Sala es claro que el juez no está facultado para dictar sentencia bajo una calificación jurídica distinta a la que fue fijada por la Fiscalía y admitida por el acusado. Un

entendimiento diverso, que permita al fallador modificar la adecuación típica de la conducta por iniciativa propia, no sólo desquiciaría la estructura del debido proceso abreviado, sino quebrantaría la garantía de imparcialidad judicial, exigible por la Fiscalía y las víctimas”.

90. En el radicado SP 10741-2017, 41749 se dicta sentencia de 24 de julio de 2017, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, la Corte establece que el juez excepcionalmente se puede apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía.

La actuación de los acusados, sin duda, trascendió la ayuda genérica que puede ofrecer el favorecedor. Propiamente, ocultaron, alteraron y destruyeron los elementos materiales probatorios, íntegros, que daban cuenta de la ocurrencia de un homicidio, con el claro propósito, no solo de impedir su descubrimiento y recopilación por la policía judicial, sino su uso como medio cognoscitivo en el proceso, lo que es una realidad, toda vez que limpiaron la sangre brotada del cadáver, desbarataron el arma de fuego empleada por el homicida y botaron las piezas que la integraban, razón por la cual surge válido afirmar, dichos elementos y evidencia quedaron en imposibilidad de llevarse al proceso correspondiente. Desaparecidos, no pudieron ser utilizados como medios cognoscitivos en la investigación, ni como soporte probatorio de las decisiones del proceso.

En estas condiciones, la determinación del Tribunal de variar la calificación jurídica y condenar por un delito diferente al que la Fiscalía les imputó a los acusados, deviene acertada como procedente, en cuanto se ajusta a los requerimientos señalados al efecto por la jurisprudencia de la Sala.

Sobre el particular, "... la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879" (subrayas fuera de texto). Tesis reiterada en la decisión AP 24 sep. 2014. Rad. 44458 y más recientemente en el fallo SP 25 Nov. 2015 Rad. 42510.

Considera la Corte que en el caso existe plena identidad fáctica, lo que ratifica la tesis que es este el fundamento básico de la congruencia, para la Corporación, pero que cuando el Tribunal condena por **ocultamiento, alteración**

o destrucción de elemento material probatorio, conducta punible prevista por el artículo 454B del Código Penal, a pesar de que la Fiscalía acusó por **favorecimiento** (Art. 416 del Código Penal), no afecta la congruencia, porque desde el punto de vista jurídico es flexible, lo que permite afirmar que el Juez sí tiene facultades *iura novit curia*, dada la forma como se resuelve el tema, tendencia que se ve cada vez más en la interpretación del tema.

En el presente asunto existe plena congruencia fáctica entre la acusación y el fallo impugnado, si se tiene en cuenta que: 1) en el llamamiento a juicio, la Fiscalía, tras referir que Juan Esteban Pérez Carmona, mató a José Elver Salazar Martínez, les atribuyó a los acusados que “después de sucedido el deceso se presentan en la escena por llamado de Juan Esteban... en conjunto deciden arrojarlo [el cadáver] al Río San Juan y montarlo en el carro del señor Luis Carlos para el efecto, taparlo con una bolsa y desarmar el arma, acto este último realizado por SEBASTIAN conocedor de armas, así como también borrar todo rastro de sangre que en el sitio quedara, de lo cual se encargó el señor Marcos Pérez...”; y ii) en el fallo recurrido el Tribunal señaló que a los procesados no se les reprocha, propiamente, haber omitido colaborar con la justicia, tampoco el hecho de ayudarle a un familiar, “sino que ocultaron, alteraron o destruyeron elementos materiales probatorios...”, por lo que, acotó, “En todo caso, lo que aquí interesa puntualizar es que cuando se acusó por encubrimiento se atribuía también en el tipo señalado las conductas punibles que se encuentran ínsitas en el mismo, como la establecida en el artículo 454B del Código Penal. Es así que

cuando se pedía condena por el encubrimiento, implícitamente se hacía por los que estuvieran incluidos en dicho tipo...”.

De igual manera, se predica la atribución de una nueva conducta punible del mismo género –se trata también de un delito contra la eficaz y recta impartición de justicia–, pero más beneficiosa respecto de la imputada por la Fiscalía, teniendo en cuenta que la pena del encubrimiento agravado, cuando se predica del delito de homicidio (art. 446-2), es de 64 a 216 meses de prisión (5,3 a 18 años), y la sanción establecida para el punible contra los medios de prueba oscila entre 4 y 12 años de prisión (art. 454B).

La determinación del Tribunal, se reitera, resulta adecuada por corresponder los hechos imputados al punible por el que impuso la condena, sin que la misma les hubiere generado perjuicio alguno a los acusados o a los demás intervinientes del proceso.

91. En el radicado SP 15015-2017, 46751, en un proceso por falsedad en documento privado, con aceptación de cargos, se profiere sentencia el 20 de septiembre de 2017, M.P. Fernando Castro Caballero, decisión en la que se recuerda por la Corporación que la congruencia implica identidad fáctica personal y jurídica, pero para esto analiza el tema a partir de la Ley 600 de 2000, recordando lo que se ha señalado en decisiones de esta sistemática como la Sentencia de Única Instancia del 23 de febrero de 2010, Radicado n.º 32.805, contra el ex senador Álvaro García Romero. Criterio que ya había sido analizado por la Corporación en el Auto del 30 de junio de 2004, Radicado n.º 20.965 y reiterado en el Auto del 20 de febrero de 2008, Radicado n.º 28.954. También fue

expuesto en iguales términos dentro de la Sentencia de Casación del 4 de abril de 2001, Radicado n.º 10.868.

Sobre el principio de congruencia huelga recordar que este se refiere a la identidad fáctica, jurídica y personal que debe existir entre la acusación y la sentencia, de modo que de quebrarse dicha relación se configura una transgresión al debido proceso con incidencia en el derecho de defensa que en algunos casos solo es subsanable por vía de la nulidad. Así lo ha definido la Corporación:

“... En la sistemática de la Ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el proceso, la Sala ha reiterado que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia 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 el fallo; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos de la sentencia; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en el fallo... La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor”.

Se dice que hay identidad fáctica cuando los hechos de la acusación que soportan la tipicidad del delito describen con claridad y precisión las circunstancias tanto objetivas como subjetivas de modo, tiempo y lugar, las cuales son reproducidas en el fallo, e identidad jurídica cuando el delito por el cual se acusa es el mismo por el que se condena. La Corte se ha encargado de reiterar los elementos necesarios para reputar la congruencia entre la acusación y la sentencia:

“Se observa que para que exista congruencia entre el acto de acusación o su similar, según sea el caso, deben concurrir tres elementos entre dicho acto y la sentencia emitida por el juez correspondiente, los cuales se determinan de la siguiente forma:

- Identidad de sujetos, también conocido como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.
- Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.
- Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando

dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado. (CSJ SP, 25 May 2011, Rad. 32792)

92. En el proceso radicado SP15779-2017, 46965, se profiere sentencia el 27 de septiembre de 2017, M.P. Eyder Patiño Cabrera, en la que la Corte señala que la congruencia fáctica se predica también de la formulación de imputación.

En vigencia del sistema de procesamiento penal con tendencia acusatoria, el axioma de consonancia también involucra un juicio de correspondencia entre la sentencia y el acto complejo comprendido por el escrito de acusación y la formulación verbal de la misma, la cual debe guardar estricta coherencia con la cuestión fáctica atribuida en la formulación de la imputación.

En ese orden, la alteración por el juzgador la dicha delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación –salvo que, siendo de menor entidad, de manera concurrente, sea de igual género a la formulada en la acusación, guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (CSJ SP6354-2015)– quebranta la estructura del proceso e impide el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, en cuanto contrae la configuración de un nuevo e inoportuno motivo de incriminación, respecto del cual el enjuiciado no podría ejercer adecuadamente su contradicción.

En igual sentido, al procesado no se le pueden desconocer las circunstancias favorables que tuvieron incidencia en la individualización de la

pena. Se insiste que pueden existir modificaciones en lo jurídico, postura que se reitera a lo largo del análisis que se realiza en la mayoría de los casos.

1.2. De otra parte, constituye un imperativo legal, con incidencia determinante en la estructura del proceso penal, que, previo al acto de acusación formal, la fiscalía obtenga la legalización de la imputación de que trata el artículo 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En efecto, aunque el principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la primera bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico –dado su carácter provisional–, no así en los de naturaleza fáctica, es lo cierto que jamás podría emitirse fallo, en cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto factual relevante, haya sido previamente enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación, habida cuenta que el referido acto de comunicación constituye una de las bases fundantes del proceso, con efecto sustancial, que además provee por la salvaguarda del derecho de defensa. Surge, entonces, la regla adjetivo-sustantiva según la cual sin imputación no puede haber acusación y mucho menos condena o absolución.

Y es que, la legalización de la imputación formulada por la fiscalía, la cual está a cargo del juez de control de garantías, no solo constituye el mecanismo legal de vinculación del indiciado al proceso sino que tiene la finalidad de que el presunto responsable conozca que el ente investigador lo tiene por autor o

partícipe de unos hechos jurídicamente relevantes, que lo hacen sujeto del adelantamiento de una acción penal, encaminada a verificar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad que le pueda caber en la misma.

En realidad, aunque en tan preliminar fase procesal, el funcionario investigador no tiene la carga de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, que se encuentren en su poder, sí está obligado a expresar, con claridad, al indiciado los hechos de connotación jurídico penal que le son endilgados, y las razones por las que, a partir de los medios cognoscitivos de que dispone, «se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga».

Cuando no se efectúa el acto formal de imputación respecto de un determinado delito y, pese a ello, en la acusación –escrita y oral– se elevan cargos que no fueron informados al procesado en la primera de las diligencias mencionadas, se está ante una lesión severa del derecho al debido proceso, en términos de estructura procesal y garantía básica de defensa, pues, además que se le habría cercenado al imputado la posibilidad de allanarse a los cargos durante la audiencia de formulación de imputación, se lo estaría sorprendiendo con un señalamiento incriminatorio del que nunca fue enterado.

Es por esto que cuando en el ejercicio investigativo en cabeza del ente acusador –previo a la presentación del escrito de acusación y posterior al referido acto de imputación– se logra la aprehensión de diversos elementos cognoscitivos que conducen a deducir la existencia de otros punibles no considerados en un principio y, por ende, no comunicados al indiciado, el fiscal del caso está obligado

a suscitar una audiencia de formulación de imputación adicional, a efecto de consolidar los cargos a enrostrar al presunto infractor en la acusación a que haya lugar.

De esta manera, si bien es perfectamente viable para el dueño de la acción penal adecuar, a la hora de la acusación, el comportamiento delictivo inicialmente puntualizado al presunto responsable en el acto de imputación, en un nomen iuris diverso, que subsuma todo la acción normativamente desaprobada con sus circunstancias modales, temporales y espaciales, no es posible, se insiste, elevar cargos escritos y orales por un delito cuya base fáctica –en su sentido más básico– nunca le ha sido puesta en conocimiento al imputado.

93. Mediante sentencia de 1 de noviembre de 2017 dentro del radicado SP 18091, 49186, M.P. Eyder Patiño Cabrera, se establece que el Juez puede dictar sentencia por una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, en un proceso en el que se produce condena como coautores del delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, siempre y cuando el ente acusador así lo solicite de manera expresa, se trate de una conducta del mismo género y se respete el núcleo fáctico de la acusación, lo que reitera que la congruencia es absoluta en lo fáctico y relativa en lo jurídico, pero por lo menos se mantiene esta posibilidad a petición de la Fiscalía, a diferencia de lo que ocurrirá en otros procesos, en los que el juez pueda condenar por una denominación jurídica que no fue por la que el ente acusador solicitó se profiera el fallo.

“2. El principio de congruencia –ha sostenido la jurisprudencia– constituye una garantía del debido proceso y su

observancia implica asegurarle al encartado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación, con lo cual se evita sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se resguardó y no ejerció su derecho de contradicción” (Cfr., entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

Dicho postulado se encuentra así consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004: «el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena», disposición que ha sido interpretada por la Sala en los siguientes términos:

“Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe

materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es que, la formulación de acusación materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, contiene los límites –fáctico y jurídico– dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se refleja esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados de los cuales, por supuesto, no se defendió.

(...)

[...] la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes”.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los

hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad [...]. (CSJ SP13938-2014, rad. 41253).

De lo anterior emerge que si la Fiscalía pide condena y opta por una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, debe ajustarse a las condiciones indicadas; y que el juez solo podrá proferir sentencia por comportamientos punibles diversos a los allí contenidos, en condiciones similares, es decir, cuando: i) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad –en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal–; ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

En ese orden, se transgrede el postulado de congruencia cuando el fallador agrava la responsabilidad del acusado, ya sea porque adiciona hechos nuevos, suprime causales de atenuación, reconocidas en la acusación o incluye agravantes, o modifica el grado de participación atribuido en ella.

94. En decisión de 7 de febrero de 2018 identificada como SP-107 de 2018 radicado n.º 49799 con ponencia del H. magistrado Fernando León Bolaños Palacio en el que la Corte se pronuncia sobre un caso en el que un profesor ingresa a la habitación de un estudiante en un hogar juvenil y le frota sus partes íntimas por treinta minutos y al que se lo acusa por el delito de acto sexual violento agravado, pero en donde el Tribunal lo condena por acoso sexual. En este

pronunciamiento la Sala Penal para resolver el tema se dedica al estudio de la congruencia que debe existir entre acusación y sentencia.

Empieza por referir que el Juez de Primera instancia de primer grado advirtió conocer la decisión de la Corte que en ocasión anterior ordenó anular al trámite adelantado respecto de un delito de acto sexual violento, por estimar que la hipótesis plausible de investigar lo era la injuria por vías de hecho (radicado 25743, del 26 de octubre de 2006), pero sostiene que no es posible asumir esa postura porque significaría incidir en la voluntad de la Fiscalía.

De allí se desprende que el Juez de Primera instancia se acoge a una posición de congruencia propia de un sistema acusatorio que predica que el Juez no se puede inmiscuir en la acusación.

No obstante, la Sala determina que si el Juez considera que se trataba de un delito de injurias por vías de hecho y no de actos sexuales violentos era factible que el Juez condenase por este comportamiento sin que esto afecte el principio de congruencia, ni mucho menos el debido proceso y el derecho de defensa, con lo que termina reiterando las tesis que se han planteado en providencias anteriores en las que concluye que lo importante es que la congruencia sea fáctica en lo absoluto y que acercan esta postura que acoge facultades *iura novit curia*. Es más, qué ocurre si la defensa no vislumbró que los hechos estaban incursos en unas injurias por vías de hecho, se estaría condenando a una persona por una denominación jurídica que no fue planteada por la Fiscalía ni por la defensa y considero equivocado que se le dé importancia al hecho de que la pena del delito de injuria por vías de hecho sea menor que el de acto sexual violento, es decir, la

congruencia no tiene relación con la pena del delito por el que se acusa y por el que se condena.

En este sentido también existiría incongruencia si se acusó por un delito de acto sexual y se lo absuelve por uno de injuria por vías de hecho, porque el carácter absolutorio o condenatorio de la providencia no implica que esta sea congruente o no con la acusación.

Y además recuerda que de conformidad con radicado 26468, era factible emitir sentencia sobre hechos o denominaciones jurídicas de los que fueron materia de la acusación argumentando que:

“De la anterior postura se desprende que en verdad al juzgador de primer grado le está permitido apartarse de la imputación fáctica y jurídica que ha formulado la fiscalía en la acusación, pero esa posibilidad 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.

Es así que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial citado, la eventualidad de condenar por delito distinto al acusado encuentra los siguientes límites: **a)** es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; **b)** la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género **c)** el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; **d)** la

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

Con esto se ve que se continúa en una línea de congruencia propia de un sistema mixto que faculta al juez inmiscuirse en el marco de la acusación, pero con un ítem que resulta preocupante, porque unos fueron los hechos materia de acusación y otros los hechos materia de sentencia, lo que además vulnera el derecho de defensa en la medida que a partir de los hechos que fueron establecidos en la acusación la defensa descubre, enuncia y solicita sus pruebas en la audiencia preparatoria y si finalmente son otros los hechos que son materia de sentencia, queda claro que la defensa se realizó respecto de hechos distintos a los que fueron materia de la sentencia, y supeditar esto a que la Fiscalía así lo solicite no implica que no se vulnere el derecho de defensa.

La Corte además señala que se puede sentenciar por un delito distinto al que fue materia de la acusación pero que debe ser del mismo género, pero no especifica qué implica la acepción “género” ya que ni siquiera queda supeditado a que el delito se encuentre en el mismo título y capítulo por el que se acusó como ocurre en código del sistema mixto como la Ley 600 de 2000, con lo que paradójicamente es más abierto el tema en la Ley 906 de 2004 que en la Ley 600 de 2000, porque esto implicaría que la defensa debe realizar un ejercicio dirigido a probar, por ejemplo, que no se trata de un delito de hurto agravado por la confianza por el que fue acusado, pero tampoco por un abuso de confianza, por la similitud en su tipificación y tampoco de un peculado por apropiación y por esta vía debe

descartar cualquier otra tipicidad que en desarrollo del juicio se le pudiese ocurrir a la Fiscalía.

Pero además recuerda que con posterioridad y mediante decisión de radicado 48253, del 22 de marzo de 2017, la nueva calificación está supeditada a que la Fiscalía así lo hubiese hecho, es decir, a partir de esta postura que se reitera en esta decisión, ni siquiera el cambio de denominación jurídica debe ser dado a iniciativa de la Fiscalía, con lo que queda claro que se le irrogan al juez facultades *lura novit curia*. En concreto se afirmó:

“La Sala tiene precisado que «la acusación es un acto dúctil que permite incluso, sin causar *infracción al debido proceso*, condenar por ‘delitos’ distintos al formulado», en concreto, cuando «(i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación.

Aun cuando la Corporación inicialmente sostuvo que la posibilidad que tiene el sentenciador de condenar por un delito distinto al acusado estaba condicionada a que la Fiscalía así lo solicitara, dicho criterio fue revisado con posterioridad, de modo que actualmente no constituye condición necesaria para la variación de la calificación jurídica de la conducta”.

Pero además recuerda como en criterio reiterado en sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587, la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto del principio de congruencia y, por tanto, de condenar por un delito distinto de la acusación, pero además equiparando el tratamiento que se da en los códigos de naturaleza mixta como la Ley 600 de 2000 y el Decreto 2700 de 1991 con la Ley 906 de 2004, al afirmar que:

“Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa.

Así pues, la condena por una conducta punible degradada, en cuanto implica una menor punibilidad que la descrita en la acusación, habiéndose garantizado la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación y, por ende, la oportunidad de defensa, descarta la denunciada transgresión del principio de congruencia”.

Concluye, al final, que el juez puede condenar por injuria por vías de hecho a pesar de que la acusación hubiese sido por acto sexual violento, siempre y cuando no se produzca una mutación del núcleo fáctico del delito.

95. En decisión de 31 de enero de 2018 radicado SP 073-2018, 48183, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, la Corte recuerda que la acusación implica el señalamiento de los hechos jurídicamente relevantes y si la misma está desprovista de ellos esto es violatorio del principio de congruencia, como ya lo había indicado en sentencia del 8 de marzo de 2007 radicado 44599, así como en decisión de 2 de septiembre de 2009, radicado 29221.

Así pues, la acusación está desprovista de imputación fáctica en contra de (...), la cual, contrario a lo propuesto por el fiscal delegado ante la Corte, no debe confundirse ni suponerse satisfecha con la mera indicación de los delitos y el título de imputación –autor o participe–, por cuanto estos sólo comprenden la estructura jurídica de la acusación (premisa mayor), no la fáctica (premisa menor), materializada en la descripción de las circunstancias concretas de tiempo modo y lugar, respecto de las que el acusador pretende su subsunción.

Por consiguiente, la decisión es violatoria del debido proceso y, ajustarla a dicha garantía impone casar parcialmente la sentencia para resolver en consonancia con la acusación, cuya operación, no deja otro camino que confirmar la absolución decretada por el a quo a favor del procesado, pues los hechos endilgados, como vienen de verse, se dirigen exclusivamente contra (...).

Esta determinación –de absolución y no de anulación– tiene sustento en que, si no se imputan hechos jurídicamente relevantes que satisfagan los elementos de cada uno de los tipos aducidos, es un error atribuible al titular de la acción penal, y los llamados a propender por su oportuna adición –o invalidación de la audiencia para la eficaz formulación de la imputación– son el ente investigador y los intervinientes interesados –la víctima o el Ministerio Público–, no los imputados o acusados, toda vez que a éstos no les fue jurídicamente asignada la carga de actuar en el proceso con el fin de lograr que –en su perjuicio– se surtan o constituyan los cargos en su contra, como tampoco esa exigencia sería constitucionalmente admisible, entre otros motivos, porque, contrariamente, es a la Fiscalía a la que le corresponde investigar “los hechos que revistan las características de un delito (...) siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo” (artículo 250 de la Constitución Política), norma esta reiterada en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004.

96. En el proceso radicado SP 107-201, 49799 M.P. Fernando León Bolaños Palacios, se profirió sentencia el 7 de febrero de 2018, en donde la Corte establece cuando se entiende afectado el principio de congruencia en el sistema

acusatorio, señalando que se partió por construir una tesis que radicaba en cuatro factores la posibilidad de variar la conducta y emitir condena por un nuevo *nomen iuris*, pero después flexibilizó ese criterio. En este sentido, ha sido postura inmutable que el debido proceso y consecuente derecho de defensa se ven afectados, cuando:

“...ocurre alguna de las siguientes eventualidades (CSJ SP, 6 de abr. de 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 de nov. de 2007, rad. 27518; CSJ SP, 8 de oct. de 2008, rad. 29338):

(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma (CSJ SP, 27 de jul. de

2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253). (Cfr. AP4064-2016, 29 jun. 2016, Rad. 46318.

Pero señala que con posterioridad, la Corte eliminó la exigencia de que el cambio del *nomen iuris* sea expresamente solicitado por el fiscal del caso, lo que ratifica que para la Corporación existen facultades *iura novit curia*, por parte del Juez. Esto se dijo recientemente (*Radicado 48253 de 22 de marzo de 2017*)

“La Sala tiene precisado que «la acusación es un acto dúctil que permite incluso, sin causar infracción al debido proceso, condenar por ‘delitos’ distintos al formulado», en concreto, cuando «(i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación» (CSJ AP, 28 may. 2014, rad. 42.357).

Aun cuando la Corporación inicialmente sostuvo que la posibilidad que tiene el sentenciador de condenar por un delito distinto al acusado estaba condicionada a que la Fiscalía así lo solicitara, dicho criterio fue revisado con posterioridad, de modo que actualmente no constituye condición necesaria para la variación de la calificación jurídica de la conducta” (En ese sentido, CSJ SP, 16 mar.

2011, rad. 32.685. De igual modo, CSJ AP, 18 dic. 2013, rad. 40.675).

En este sentido se hace más claro el que la Corte otorgue estas facultades iura novit curia, cuando ni siquiera se ponen límites en punto de título o capítulo, siempre señala que debe ser un delito del mismo género, pero no dice qué entiende por esto.

Es necesario destacar, por último, que en ninguna de las decisiones citadas se hace referencia a la necesidad de que el nuevo tipo penal se halle inserto en el mismo título o capítulo del modificado, asunto que corresponde a anteriores normativas procedimentales, ya derogadas. Apenas se anota que debe corresponder al mismo “género”.

97. En decisión dentro del radicado SP 606-2018 radicación 47680 de 11 de abril de 2018, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, la Corte señala las reglas del principio de congruencia al resolver un caso en el que a una persona se la había acusado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo el verbo rector de portar con fines de venta, siendo absuelto en primera instancia porque la Fiscalía solo probó que conservaba la sustancia, pero no que su actuar fuera de porte con fines de venta. Apelada la decisión el Tribunal revoca la sentencia condena, al estimar que se probó que había conservado con fines de venta. Decisión contra la que se interpuso el recurso de casación, alegándose que se violaba el principio de congruencia, porque si bien se trataba del mismo tipo

penal, se lo condenada por una modalidad distinta de aquella por la que fue acusado.

En esta providencia la Corte recuerda cuáles son las reglas que cobijan el principio de congruencia en el sistema acusatorio, lo que lleva a entender que se está respetando la congruencia propia de sistema adversarial como el que se implantó con la Ley 906 de 2004, señalando que de los artículos 337 y 448 de la Ley 906 de 2004 se desprende que:

“Las transcritas normas consagran tanto la obligación que tiene la Fiscalía de precisar la premisa fáctica de la acusación y su calificación jurídica, como la consecuente imposibilidad que tiene el Juez de Conocimiento para proferir un fallo de condena *por hechos* no incluidos en esta (acusación) y por comportamientos típicos, antijurídicos y culpables *por los cuales no se haya solicitado condena*.

Y de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Constitución Política, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004 se puede establecer que el derecho - garantía que posee todo ciudadano a que el Estado le comunique de manera ‘*previa y detallada*’ la acusación, es al tiempo un mandato - obligación dirigido a quienes ostentan la representación de éste en el proceso penal: la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Conocimiento. Aquella está obligada acotar o

determinar con precisión los límites de los hechos que fueron objeto de investigación por su relevancia jurídico - penal, mientras que éste no podrá soslayar esa frontera al momento de emitir el fallo o sentencia”.

Concluyendo que los juzgadores no pueden extralimitar su actuación más allá del marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía de manera específica y pormenorizada, so pena de cercenar los hechos y las normas jurídicas aplicadas a determinado caso, reiterando lo señalado en providencia de 15 de mayo de 2008, radicado 25913, lo que permite entender que el entendimiento se hace dentro del sistema acusatorio. Adicional a lo anterior manifiesta:

“La especial protección que el ordenamiento jurídico actualmente concede a esa garantía constitucional responde a que en un esquema procesal acusatorio el principio de congruencia se identifica con el derecho a la defensa, pero más aún con la acusación, toda vez que a ésta se la entiende como un acto de comunicación de parte del Estado hacia el ciudadano investigado en el cual se le dan conocer de manera clara, expresa y precisa tanto (i) los hechos que se le atribuyen, como (ii) su calificación jurídica, esto es, la adecuación de esos elementos fácticos a una o algunas determinada(s) modalidad(es) de conducta(s) que el legislador previamente estimó como jurídico-penalmente desaprobada(s) y, por ende, merecedora(s) de una sanción o pena; (iii) aunado a las

evidencias o elementos materiales probatorios en los cuales se fundan tales imputaciones”.

Concluyendo que la acusación en la que se exprese con claridad tanto la imputación fáctica como jurídica, se constituye en una barrera contra la arbitrariedad y limita las facultades que se les otorgan a los administradores de justicia cuando deben resolver un asunto penal, al impedir que una persona pueda ser acusada por ciertos hechos y determinados delitos y se lo condena por otros diferentes, lo que es propio de una congruencia de corte acusatorio, y además porque de lo contrario se socavaría la imparcialidad del juez y quebrantaría el principio de separación categórica de funciones que describe el sistema acusatorio, como ya se había establecido en la providencia SP 6354-2015 radicación 44287, reiterando hasta este punto que el análisis es típico de una congruencia acusatoria que como lo señala la Corte implica una separación definitiva entre la función de acusación y la de juzgamiento.

No obstante lo anterior, se termina aceptando que existen circunstancias en las que el juez se podría apartar de la acusación, sin que se socave el principio de congruencia reiterando lo ya señalado en providencias CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007; SP 3 Jun. 2009, rad. 28649; AP 7 Abr. 2011, rad. 35179; SP 24 Jul. 2012, rad. 32879; SP6354-2015, rad.44287, y llegando a plantear el concepto de congruencia flexible ya señalada desde providencia casación del 25 de mayo de 2015, radicado 44287, en la que se indicó:

«cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.

(...)

Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo».

Aunque señalando que:

Reliévese del precitado pronunciamiento que aun tratándose de la «*congruencia flexible*» se exige salvaguardar la coherencia que ha de existir entre la imputación fáctica y la jurídica expuestas por la Fiscalía en la acusación respecto a la establecida por el Juez en el fallo, pues de otra forma no podría predicarse «*que la defensa tuvo la oportunidad de controvertir*» la hipótesis delictiva que se le dio a conocer durante el curso del juicio oral; sino que habría de aceptarse que se le sorprendió con una nueva, generada en la sentencia.

La inquietud radica en si es posible hablar de una congruencia flexible, en un sistema de Corte Acusatorio, porque aceptar esa flexibilidad implica en el fondo reconocer que el juez se puede apartar de la acusación y esto implica, así sea de forma limitada, reconocer facultades *iura novit curia* que no son propias de un sistema de Corte Acusatorio.

98. Finalmente, en decisión de 22 de agosto de 2018 en el radicado SP 3580-2018 46227, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, en la que se estudia si en el caso existe falta de consonancia fáctica entre la acusación y el fallo de condena, recordando que debe existir estricta identidad fáctica entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación, porque con esto se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica sobre unos hechos respecto de los que no haya tenido oportunidad efectiva de controversia.

Reitera que de conformidad con el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, la eventual decisión de condena que adopte el Juez de conocimiento, implica una total correlación factual entre el objeto del debate, inmutable planteado por el acusador y el fallo sancionatorio, como ya lo había indicado en SP 6808 -2016 de 25 de mayo de 2016, radicado 43837 y por lo mismo es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponde al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho de defensa, como ya lo había señalado en radicado 45589, así como en SP 15 de octubre de 2014, radicado 41253, SP 25 de junio de 2015 radicado 41685 y SP-17352-2016, de 30 de noviembre de 2016.

3.1. RESUMEN DE LOS DATOS

Tabla 1. Providencias analizadas en el capítulo

Total de Providencias	98	100%
Total Principio <i>Iura Novit Curia</i>	28	28.57%
Total Principio Acusatorio	44	44,89%
Total Ambos Principios	26	26.53%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 2. Providencias analizadas para el año 2005

Providencias del año 2005	1	100%
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	0	0%
Principio Acusatorio	0	0%
Ambos Principios	1	100%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 3. Providencias analizadas para el año 2006

Providencias del año	5	100%
2006		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	0	0%
Principio Acusatorio	4	80.0%
Ambos Principios	1	20.0%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 4. Providencias analizadas para el año 2007

Providencias del año	8	100%
2007		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	1	12.5%
Principio Acusatorio	6	75%
Ambos Principios	1	12.5%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 5. Providencias analizadas para el año 2008

Providencias del año	10	100%
2008		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	2	20%
Principio Acusatorio	8	80%
Ambos Principios	0	0%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 6. Providencias analizadas para el año 2009

Providencias del año	7	100%
2009		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	1	14.28%
Principio Acusatorio	5	71-41%
Ambos Principios	1	14.28%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 7. Providencias analizadas para el año 2010

Providencias del año	6	100%
2010		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	1	16.66%
Principio Acusatorio	3	50%
Ambos Principios	2	33.33%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 8. Providencias analizadas para el año 2011

Providencias del año	8	100%
2011		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	1	12.5%
Principio Acusatorio	3	37.5%
Ambos Principios	4	50%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 9. Providencias analizadas para el año 2012

Providencias del año	13	100%
2012		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	5	38.46%
Principio Acusatorio	2	15.38%
Ambos Principios	6	46.15%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 10. Providencias analizadas para el año 2013

Providencias del año	11	100%
2013		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	4	36.36%
Principio Acusatorio	5	45.45%
Ambos Principios	2	18.18%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 11. Providencias analizadas para el año 2014

Providencias del año	11	100%
2014		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	4	36.36%
Principio Acusatorio	3	27.27%
Ambos Principios	4	36.36%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 12. Providencias analizadas para el año 2015

Providencias del año	6	100%
2015		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	4	66.67%
Principio Acusatorio	1	16.67%
Ambos Principios	1	16.67%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 13. Providencias analizadas para el año 2016

Providencias del año	2	100%
2016		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	1	50%
Principio Acusatorio	1	50%
Ambos Principios	0	0%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 14. Providencias analizadas para el año 2017

Providencias del año	5	100%
2017		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	2	40%
Principio Acusatorio	2	40%
Ambos Principios	1	20%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 15. Providencias analizadas para el año 2018

Providencias del año	5	100%
2018		
Principio <i>Iura Novit Curia</i>	2	40%
Principio Acusatorio	1	20%
Ambos Principios	2	40%

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 16. Providencias que aplican principio *Iura Novit Curia* (sistema mixto)

Providencia	Magistrado Ponente
Providencia del 21 de Marzo del 2007. Rad. 25862	Julio Enrique Socha Salamanca
Providencia del 31 de Marzo del 2008. Rad. 29335	María del Rosario González de Lemos.
Decisión del 29 de Julio de 2008. Rad. 28961	Sigifredo Espinosa Pérez
Decisión del 8 de Julio de 2009. Rad. 31803	Julio Enrique Socha

Providencia	Magistrado Ponente
	Salamanca
Auto del 30 de Junio del 2010. Rad. 33255	Yesid Ramírez Bastidas
Auto del 13 de Abril del 2011. Rad. 36118	Sigifredo Espinosa Pérez.
Providencia del 28 de Marzo del 2012. Rad. 36261	Augusto Ibáñez Guzmán.
Providencia del 18 de abril de 2012. Rad. 38260	Fernando Castro Caballero.
Decisión del 23 de mayo de 2012. Rad. 38646	Fernando Castro Caballero
Decisión del 27 de Junio del 2012. Rad. 32650	José Leónidas Bustos
Decisión del 4 de Julio del 2012. Rad. 32879	José Leónidas Bustos
Providencia del 27 de Febrero del 2013. Rad. 40306	
Decisión del 15 de agosto de 2013. Rad. 40093	Gustavo Malo Fernández.

Providencia	Magistrado Ponente
Providencia del 18 de Diciembre del 2013. Rad. 34916	José Leónidas Bustos
Providencia del 18 de Diciembre del 2013. Rad. 40675	Eugenio Fernández Carlier.
Decisión del 12 de Marzo del 2014. Rad. 36108 SP 3623-2014	Luis Guillermo Salazar Otero.
Decisión del 12 de Abril del 2014. Rad. 36108	Luis Guillermo Salazar.
Auto del 30 de Julio del 2014. AP 4284-2014 38142	José Leónidas Bustos.
Providencia del 24 de Septiembre del 2014. Rad. 44458. AP-5715	María del Rosario González Muñoz.
Providencia del 21 de Enero de 2015. Rad. 42486. AP 092.15	Luis Guillermo Salazar Otero.
Providencia del 25 de Marzo del 2015. Rad. 45105. AP1537-2015	Fernando Castro Caballero
Providencia del 24 de Junio del 2015. Rad.	Gustavo Malo Fernández

Providencia	Magistrado Ponente
45043. SP 8033-2015	
Auto del 25 de Noviembre del 2015. Rad.	Fernando Castro
46081. AP 6909-2015	Caballero
Decisión del 25 de Mayo de 2016. Rad.	Gustavo Malo Fernández
43837. SP 6808-2016	
Sentencia del 24 de Julio del 2017. Rad.	José Francisco Acuña
41749. SP 10741-2017	Vizcaya
Sentencia del 1 de Noviembre del 2017. Rad.	Eyder Patiño Cabrera.
49186. SP 18091	
Sentencia del 7 de Febrero del 2018. Rad.	Fernando León Bolaños
49799. SP. 107-2018.	Palacio.
Sentencia del 7 de Febrero del 2018. Rad.	Fernando León Bolaños
49799. SP 107-2018	Palacios

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 17. Providencias que aplican principio *acusatorio* (sistema acusatorio)

Providencia	Magistrado Ponente
Decisión del 29 de Junio del 2006. Rad. 24.529	Jorge Luis Quintero Milanés
Sentencia del 1 Junio del 2006. Rad. 24764	Sigifredo Espinosa Pérez
Providencia del 13 de Julio del 2006. Rad. 15843	
Providencia del 7 de Septiembre del 2006. Rad. 25765	Jorge Luis Quintero Milanés
Sentencia del 28 de Febrero del 2007. Rad. 26087	Marina Pulido de Barón
Providencia del 25 de Abril de 2007. Rad. 26309	Yesid Ramírez Bastidas.

Providencia	Magistrado Ponente
Providencia del 30 de Mayo del 2007. Rad. 26588	Jorge Luis Quintero Milanés
Providencia del 27 de Julio del 2007. Rad. 26468	
Sentencia del 23 de Agosto del 2007. Rad. 27337	Sigifredo Espinosa Pérez
Providencia del 10 de Octubre del 2007. Rad. 28330	Augusto Ibáñez Guzmán
Providencia del 15 de Mayo del 2008. Rad. 25913	Javier Zapata Ortiz
Providencia del 22 de Mayo del 2008. Rad. 28124	
Decisión del 22 de Agosto del 2008. Rad. 29373	Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia del 16 de septiembre del 2008. Rad. 30019	Julio Enrique Socha Salamanca
Providencia del 27 de Octubre del 2008.	Julio Enrique Socha

Providencia	Magistrado Ponente
Rad. 29979	Salamanca
Decisión del 30 de Octubre del 2008. Rad. 2987	María del Rosario González de Lemos
Decisión del 2 de Diciembre del 2008. Rad. 30290	Yesid Ramírez Bastidas.
Decisión del 2 de Diciembre del 2008. Rad. 30288	Julio Enrique Socha Salamanca.
Decisión del 4 de Febrero de 2009. Rad. 30043	María del Rosario González de Lemos.
Decisión del 3 de Junio del 2009. Rad. 28649	Jorge Luis Quintero Milanés.
Decisión del 8 de Julio de 2009. Rad. 31280	Julio Enrique Socha Salamanca.
Sentencia del 16 de Septiembre del 2009. Rad. 31780	Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca
Decisión del 28 de Octubre del 2009.	María del Rosario

Providencia	Magistrado Ponente
Rad. 32192	González
Sentencia del 10 de Marzo del 2010.	
Rad. 32422	
Decisión del 21 de Abril del 2010. Rad.	María del Rosario
33160	González
Auto del 29 de Julio del 2010. Rad. 28912	
Sentencia del 9 de Marzo del 2011. Rad.	Augusto Ibáñez Guzmán
34922 de marzo 9 de 2011	
Decisión del 27 de Julio del 2011. Rad.	Augusto Ibáñez Guzmán
35973	
Decisión del 7 de Diciembre del 2011.	Augusto Ibáñez Guzmán
Rad.37211	
Auto del 23 de Mayo del 2012. Rad. 38810	Sigifredo Espinosa
	Pérez.
Sentencia del 11 de Julio del 2012	María del Rosario
	González
Decisión del 24 de Abril del 2013. Rad.	Javier Zapata Ortiz.

Providencia	Magistrado Ponente
37367	
Decisión del 21 de Agosto del 2013. Rad. 40982	María del Rosario González Muñoz.
Providencia del 11 de Septiembre del 2013. Rad. 43837	
Providencia del 25 de Septiembre del 2013. Rad. 41290	Gustavo Malo Fernández
Providencia del 11 de Diciembre del 2013. Rad. 40343	Eyder Patiño Cabrera.
Providencia del 26 de Febrero del 2014. Rad.39492. SP 2261-2014	Luis Guillermo Salazar
Providencia del 26 de Febrero del 2014. Rad. 43026. AP807-2014	María del Rosario González Muñoz
Decisión del 16 de Julio del 2014. Rad. 37462. SP9225-2014	María del Rosario González
Auto del 9 de Septiembre del 2015. Rad. 45844. AP 5178-2015	Eugenio Fernández Carlier.

Providencia	Magistrado Ponente
Sentencia de Casación del 3 de Agosto de 2016. Rad. 41905. SP1085 -2016	Fernando Castro Caballero
Decisión del 14 de Junio del 2017. Rad. 47630. SP 8666-2017	Patricia Salazar Cuellar
Sentencia del 20 de Septiembre del 2017. Rad. 46751. SP 15015-2017	Fernando Castro Caballero
Decisión del 31 de Enero del 2018. Rad. 48183. SP 073-2018	Patricia Salazar Cuéllar
Fuente: Elaboración del autor	

Tabla 18. Providencias que aplican principio iura novit curia como acusatorio

Providencia	Magistrado Ponente
Sentencia del 20 de Octubre del 2005. Rad. 24026	Mauro Solarte Portilla
Decisión del 6 de Abril de 2006. Rad. 24668	Jorge Luis Quintero Milanés
Decisión del 28 de Noviembre del 2007. Rad. 27518	Julio Enrique Socha Salamanca
Decisión del 31 de Julio de 2009. Rad. 30838	Yesid Ramírez Bastidas.
Providencia del 21 de Abril del 2010. Rad. 33418	Julio Enrique Socha Salamanca.
Sentencia del 30 de Junio de 2010. Rad. 33658	Julio Enrique Socha Salamanca
Decisión del 16 de Marzo del 2011. Rad. 32685	Fernando Castro Caballero

Providencia	Magistrado Ponente
Providencia del 7 de Abril del 2011. Rad. 35179	Fernando Castro Caballero
Sentencia del 8 de Junio del 2011. Rad. 34022	Julio Enrique Socha Salamanca
Sentencia del 7 de Septiembre de 2011. Rad. 35293	María del Rosario González
Providencia del 1 de Febrero del 2012. Rad. 36907	Julio Enrique Socha Salamanca.
Decisión del 29 de febrero de 2012. Rad. 38050	José Luis Barceló Camacho.
Providencia del 21 de Marzo del 2012. Rad. 38256	José Luis Barceló Camacho.
Providencia del 18 de Abril del 2012. Rad. 37337	María del Rosario González.
Decisión del 17 de Octubre del 2012. Rad. 33007	José Leónidas Bustos

Providencia	Magistrado Ponente
Decisión del 10 de Diciembre del 2012. Rad. 38532	José Luis Barceló Camacho
Decisión del 27 de febrero de 2013. Rad. 39956	Gustavo Malo Fernández.
Decisión del 11 de Septiembre del 2013. Rad. 42279	José Luis Barceló Camacho.
Providencia del 5 de Marzo del 2014. Rad. 41778. SP 2650-2014	Eugenio Fernández Carlier.
Sentencia del 15 de Octubre del 2014. Rad. SP13938-2014/41253	Gustavo Malo Fernández.
Providencia del 3 de Diciembre del 2014. Rad. 41315. SP 16544-2014	Eyder Patiño Cabrera.
Providencia del 10 de Diciembre del 2014. Rad. 39993 SP 16871-2014	Eyder Patiño Cabrera.
Auto del 30 de Septiembre del 2015. Rad. 45865. AP 5664-2015	Fernando Castro Caballero

Providencia	Magistrado Ponente
Sentencia del 27 de Septiembre del 2017. Rad. 46965. SP15779-2017	Eyder Patiño Cabrera.
Decisión del 11 de Abril de 2018. Rad. 47680. SP 606-2018	Fernando Alberto Castro Caballero.
Decisión del 22 de Agosto del 2018. Rad. 46277. SP 3580-2018	Patricia Salazar Cuéllar.
Fuente: Elaboración del autor	

3.2. GRÁFICOS ESTADÍSTICOS

En esta parte en forma de cuadros estadísticos se establece:

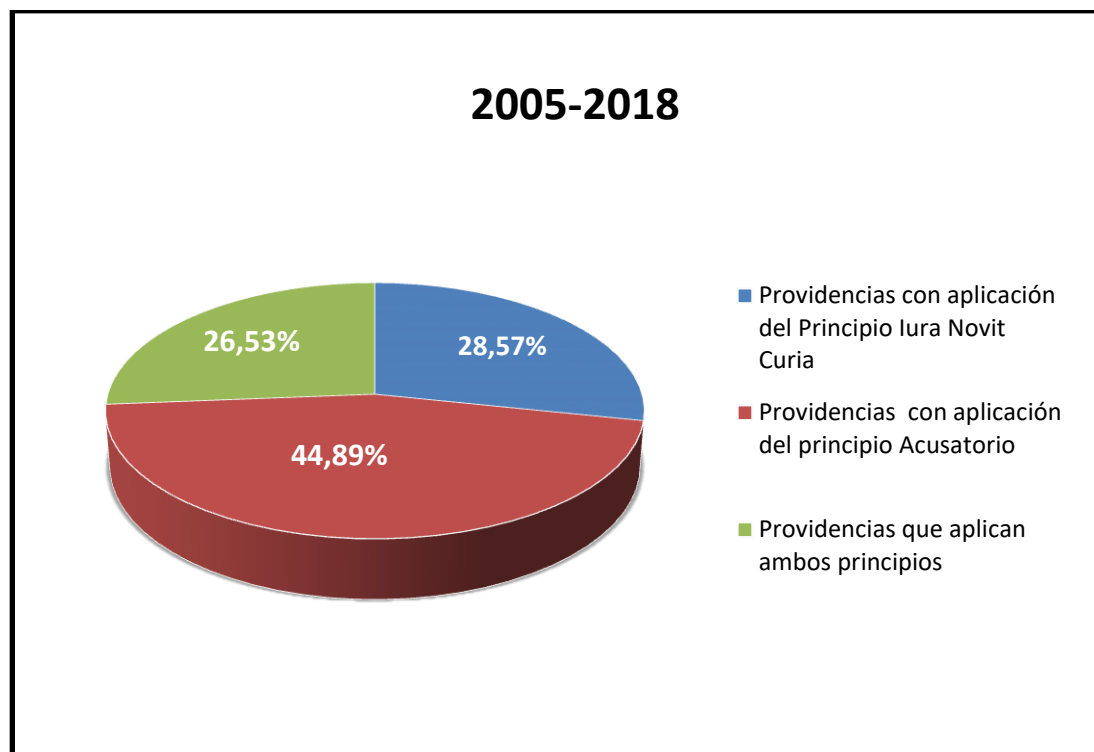
1. Cuantas sentencias han aplicado el principio *iura novit, curia*; qué porcentaje acudió al principio acusatorio y cuantas a ambos principios.
2. Se realiza el análisis en una primera etapa del año 2005 al 2009
3. Se realiza el análisis en una segunda etapa del año 2010 al 2014
4. Se realiza el análisis en una tercera etapa del 2015 al 2018

5. *Tabla 3. Uso de los principios Iura Novit Curia, Acusatorio o de ambos (2005-2018) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (en números absolutos)*

6. Tabla 2. Uso de los principios Iura Novit Curia, Acusatorio o de ambos (2005-2018) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (porcentajes)

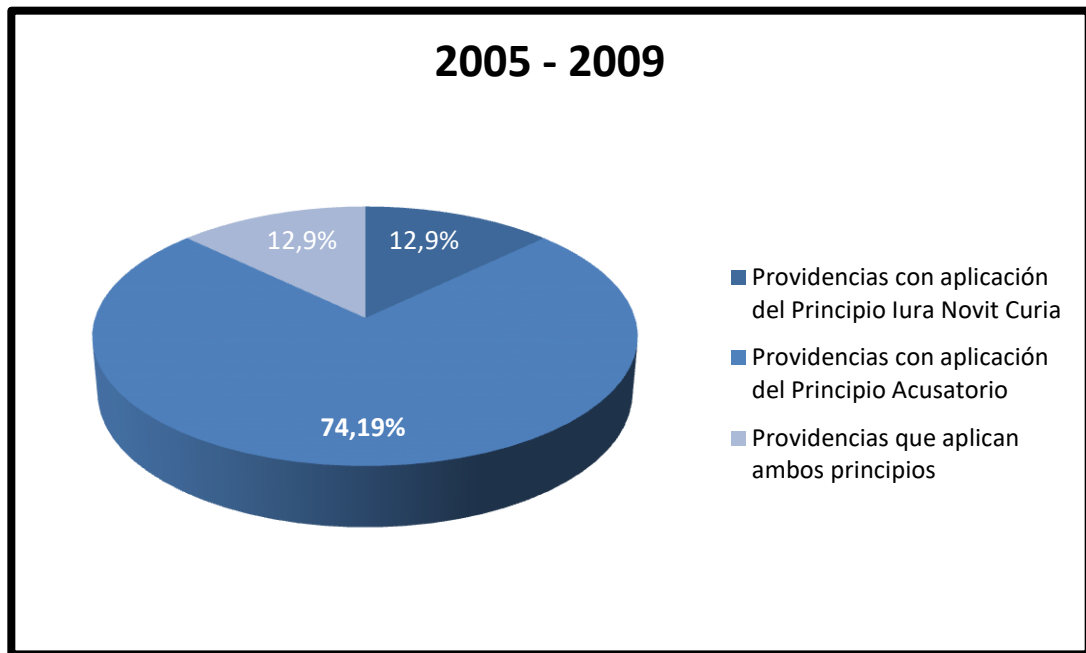
Del análisis se concluye no solo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplica de forma indiscriminada uno y otro principio sino que además en el último periodo la tendencia es darle mayor aplicación al *iura novit curia*, lo que deja ver claramente que no ha existido un desarrollo sistémico del principio, lo que no es coherente ni corresponde a lo que es propio en un modelo acusatorio.

Grafico 1. Providencias 2005-2018



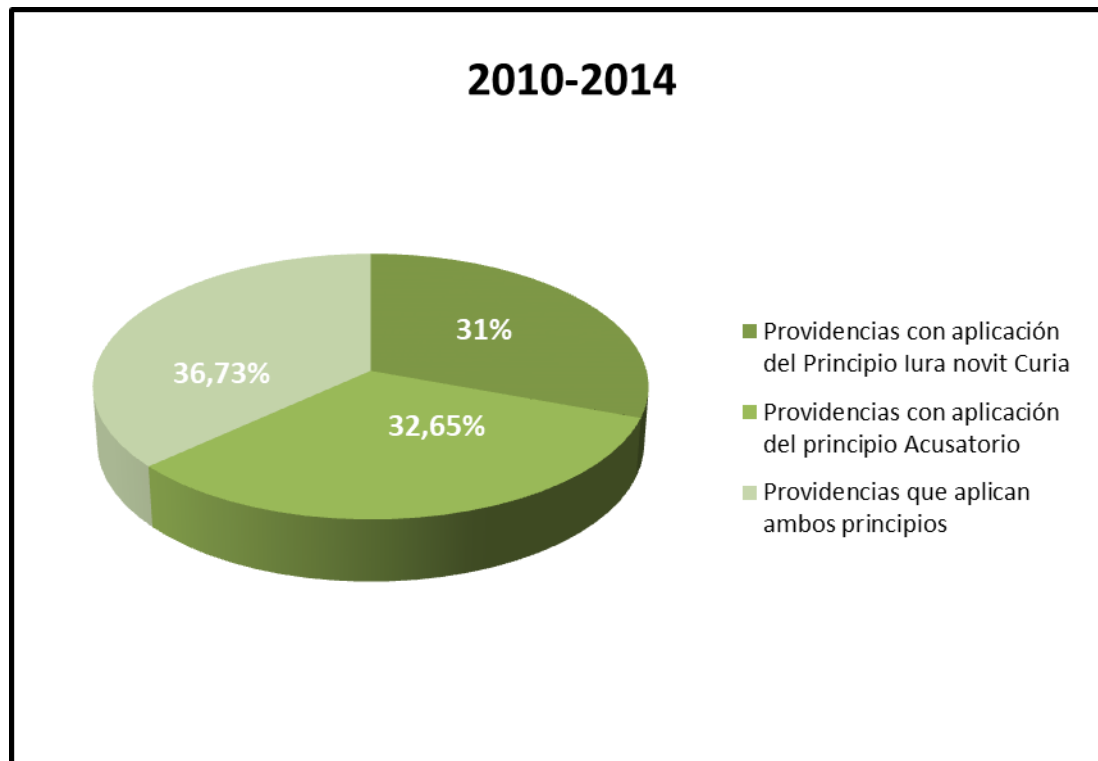
Fuente Elaboración del autor

Grafico 2. Providencias 2005-2009



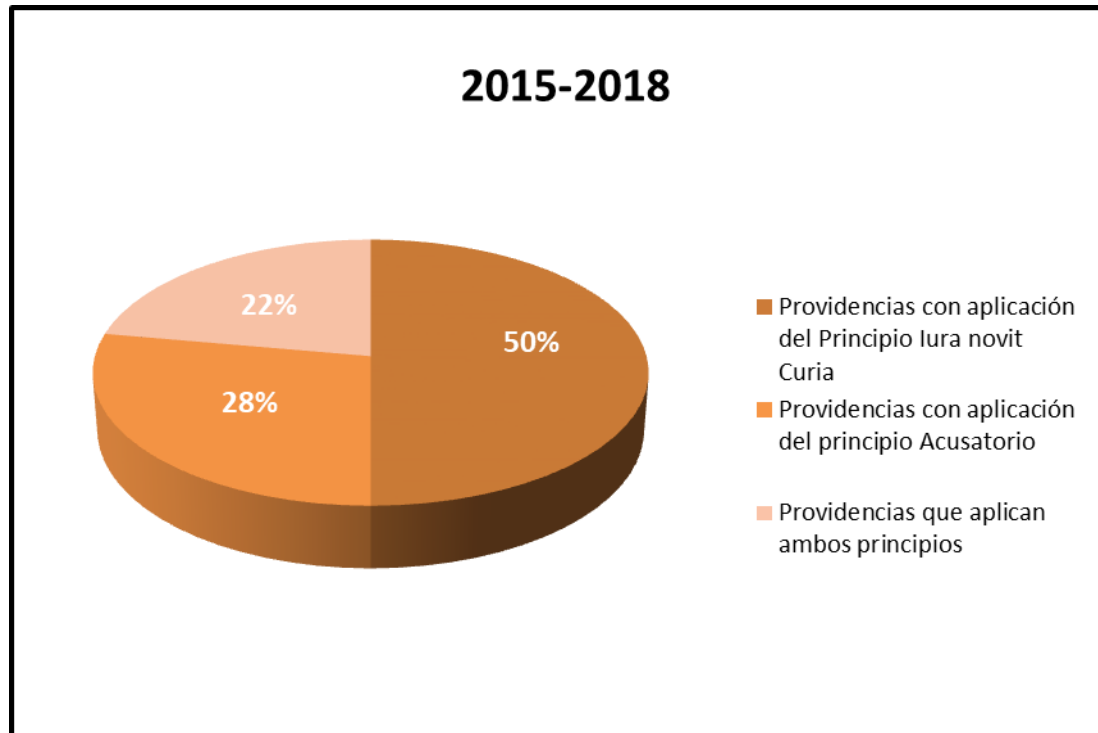
Fuente Elaboración del autor

Grafico 3. Providencias 2010-2014



Fuente Elaboración del autor

Grafico 4. Providencias 2015-2018



Fuente Elaboración del autor

Tabla 49. Uso de los principios Iura Novit Curia, Acusatorio o de ambos (2005-2018) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (en números absolutos)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Principio Iura Novit Curia	0	0	1	2	1	1	1	5	4	4	4	1	2	2
Principio Acusatorio	0	5	6	8	5	3	3	2	5	3	1	1	2	1
Ambos Principios	1	1	1	0	1	2	4	6	2	4	1	0	1	2
Total sentencias analizadas por año	1	6	8	10	7	6	8	13	11	11	6	2	5	5

Fuente. Elaboración del autor

Tabla 50. Uso de los principios Iura Novit Curia, Acusatorio o de ambos (2005-2018) por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (porcentajes)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Principio Iura Novit Curia	0%	0%	12,5 %	20%	14.2 9%	16.7 %	12.5 %	38.5 %	36.4 %	36.4 %	66.6 6%	50%	40%	40%
Principio Acusatorio	0%	83.3 %	75%	20%	71.4 2%	50%	37.5 %	15.4 %	45.4 %	27.2 %	16.6 7%	50%	40%	20%
Ambo s Principios	100 %	16.7 %	12.5 %	0%	14.2 9%	33.3 %	50%	46.1 %	18.2 %	36.4 %	16.6 7%	0%	20%	40%
Total	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)	(100 %)

Fuente: Elaboración del autor

3.3. Conclusiones del capítulo

En el presente capítulo se buscó establecer si en el sistema procesal penal de Corte acusatorio establecido a partir del acto legislativo 03 de 2002, se había respetado el marco de congruencia en acatamiento al principio acusatorio que enseña que las funciones de acusación y juzgamiento son distintas y que por lo mismo el Juez no se puede inmiscuir en el marco de la acusación o si por el contrario se siguen aceptando facultades *iura novit curia*, que permiten que el Juez se pueda involucrar en el marco de la acusación.

Revisadas 98 decisiones judiciales entre autos de inadmisión de demanda de casación y sentencias de casación, se observa, a las claras, que la Corte ha transitado por los principios acusatorio y *iura novit curia*, reconociendo la existencia y aplicación de este último principio de manera expresa –*proceso 34022 decisión de 8 de junio de 2011, SP 6808-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016*–.

En segundo lugar, cada vez se ve una tendencia mayor hacia la posibilidad de que el Juez se pueda inmiscuir en la acusación desconociendo la presentada por la Fiscalía, lo que se observa en el hecho de que el Juez se puede apartar de la denominación jurídica establecida por el fiscal en la acusación, incluso inicialmente se aceptaba que el Juez podría condenar por un delito distinto al que fue materia de la acusación, siempre y cuando existiese petición en ese sentido

por parte del fiscal al momento de su intervención al final del juicio oral –*decisión Radicado 26460 de 27 de julio de 2007, 26309 de 25 de abril de 2007, 30838 de 31 de julio de 2009, 32192 de 28 de octubre de 2009, 38256 de 21 de marzo de 2012*–, para concluir que el Juez podría incluso condenar por un delito distinto al que fue solicitado por el fiscal, obsérvense decisiones con lo que queda claro que desde el punto de vista jurídico la última palabra la tiene el Juez, lo que demuestra que este, al final, es el que determina por qué delito se condena, lo que implica inmiscuirse claramente en el marco de la acusación, como se predica en decisiones radicado 26468 de 27 de julio de 2007, 28649 de 3 de junio de 2009, 30838 de 31 de julio de 2009, 40093 de 15 de agosto de 2013, SP 107-2018 radicado 49799 de 7 de febrero de 2018.

Pero además, cambia la línea jurisprudencial que señalaba que si el fiscal pedía absolución el Juez no podía condenar, porque esto equivale a un retiro de cargos, radicado 15843 de 13 de julio de 2006, 27413 de 13 de abril de 2008, 28124 de 22 de mayo de 2008, 43837 de 11 de septiembre de 2013, 41290 de 25 de septiembre de 2013 –se acepta que el Juez pueda dictar sentencia condenatoria, a pesar de que la Fiscalía pida absolución–, *radicado 26468 de 27 de julio de 2007, 27518 de 28 de noviembre de 2007, 29335 de 31 de marzo de 2008 y SP 6808-2016 radicado 43837 de mayo de 2016* lo que en definitiva enmarca el tema en el marco de un sistema mixto y con facultades *iura novit curia*, olvidando que en los procesos de Corte Acusatorio, la petición de absolución del fiscal equivale a un retiro de cargos y que si esto ocurre el Juez no tiene posibilidad distinta de la de absolver.

La falta de claridad se hace más evidente cuando en la misma fecha y en providencias suscritas por los mismos miembros de la Sala, se han tomado decisiones con reconocimiento de facultades *iura novit curia* y en otras con claro acatamiento del principio acusatorio, lo que lleva a la conclusión que para la Sala la congruencia es igual en uno que en otro sistema, y más aún cuando incluso en la fundamentación de sus decisiones cita de manera indiscriminada decisiones que se han proferido en procesos de naturaleza mixta y en los de corte acusatorio, en el punto específico de la congruencia.

Del análisis se desprende una tendencia hacia una congruencia estrictamente fáctica, sin importar cuál sea el marco jurídico, lo que definitivamente quebranta garantías como el derecho de defensa, en la medida que el Juez puede condenar por un delito respecto del cual no se acusó, ni se pidió condena por parte del fiscal al momento de su intervención final en el juicio oral, lo que implica que la defensa haga un ejercicio imaginativo, en la medida que tiene que estructurar su defensa buscando desvirtuar los elementos de cada uno de los tipos penales que en su concepto puedan, ser considerados como posibles ilícitos en los que se encuadre el comportamiento.

La Corte ha entendido que la congruencia no se afecta cuando se dicta sentencia condenatoria por un delito del mismo género, así este no se encuentre por fuera del capítulo y el título del que fue materia de acusación y en la medida que no tenga una pena superior a este, con lo cual termina concretando la congruencia o incongruencia con el hecho de que no se trate de un delito que implique una pena mayor, es decir, la punibilidad se constituye en un factor de

congruencia, lo que no es cierto el hecho de que el delito tenga una pena mayor o menor no tiene nada que ver con la incongruencia, y eso se observa a lo largo de muchas decisiones de la Sala, incluso acepta que si a una persona se la acusa como determinador se lo puede condenar como autor, porque la pena es la misma; o que si se lo acusó como autor mediato se lo pueda condenar como autor directo, porque la pena es la misma desconociendo que dogmáticamente nunca son iguales los elementos de la determinación y de la autoría, como tampoco lo son los de la autoría directa y mediata; si a una persona la acusan como determinador y lo terminan condenando como autor así la pena sea la misma, esto afecta el derecho de defensa, en la medida que la teoría se estructuró para demostrar que no se trataba de un determinador y por esto es que resulta equivocado considerar la pena como un factor que tenga que ver con la congruencia.

Paradójicamente aunque se ha señalado que el sistema acusatorio es mucho más garantista que el mixto, la forma como se ha estructurado el mismo en Colombia deja ver que esto no es así, en el sistema mixto dictada la sentencia condenatoria la orden de captura no se puede hacer efectiva sino cuando la misma esté en firme, en tanto que en el acusatorio, a partir del sentido de fallo – *esto es antes de que se dicte sentencia*– se podría ordenar la captura y en materia de congruencia en el sistema mixto, se puede condenar por un delito distinto al que fue materia de acusación siempre que se encuentre en el mismo título y capítulo, en tanto que en el sistema acusatorio se puede condenar por un delito por el que la Fiscalía no haya pedido condena, incluso así no se encuentre en el

mismo título y capítulo, solo exigiéndose que sea del mismo género, pero la Corte nunca señala qué entiende por el concepto género, lo que trae como consecuencia que el Juez, al final, emita sentencia por el delito que le parezca.

La tendencia es a reconocer claramente facultades *iura novit curia* al Juez, la línea jurisprudencial de la Corte deja ver que cada vez se acercan sus decisiones a un marco mixto y se alejan de uno acusatorio, al punto que ya no es el fiscal quien determina lo jurídico eso es del resorte juez quien determina si se condena o no, con el argumento de que este no puede ser un avalador de la posición de la Fiscalía, lo que en el fondo muestra que no se trate de que el Juez avale o no la petición de la Fiscalía, sino que se trate de dos roles distintos, sin que el Juez pueda inmiscuirse en la labor del fiscal, situación distinta a la que ocurre en los sistemas de corte mixto y en las que sí es claro que el Juez puede incluso solicitar al fiscal que cambie la acusación por considerarla equivocada o que condena a pesar de la petición de absolución del fiscal.

Esto trae como consecuencia una desarticulación del sistema que exige tomar correctivos, en aras de que desaparezcan las facultades *iura novit curia* en el Juez, para hacer coherente el mismo, porque lo que no es correcto es que si constitucionalmente se acogió el sistema acusatorio, los jueces sigan actuando como si estuviesen en uno de carácter mixto, lo que implica que incluso esto podría generar, como ocurre hoy, que se dicten sentencias que sean inconstitucionales en la medida que desconocen el sistema y los principios establecidos en el marco constitucional.

De lo contrario, el camino sería pensar en qué sistema acusatorio no ha sido acogido, pero esto implica una reforma constitucional, pero lo que no puede seguir ocurriendo es que hallamos implantado, constitucionalmente, un sistema acusatorio, pero se desconozcan los principios y la filosofía del mismo, y que además que el organismo que debe fijar una línea clara de pensamiento como es la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Penal, tome decisiones en uno u otro sentido, sin que ni siquiera se señalen las razones por las que en algunos casos se producen esos cambios.

Por esto, en el último capítulo se propone un mecanismo de corrección que busca hacer coherente el sistema que genere seguridad jurídica, que evite decisiones que terminan vulnerando garantías y, en especial, el derecho de defensa y con esto encausar la solución de los casos en el marco de una congruencia típicamente acusatoria.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE SOLUCIÓN EN MATERIA DE CONGRUENCIA PARA EL CASO COLOMBIANO

Después de haber analizado cómo se estructura la congruencia tanto en el modelo mixto que se rige por la égida de la Ley 600 de 2000 y la congruencia en el esquema acusatorio que se gobierna por la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que existen diferencias entre las dos, ya que los enfoques de carácter mixto están cobijados bajo el principio *iura novit curia*, que enseña que al juez se le entregan los hechos y este determina el derecho, lo que implica que se puede inmiscuir en la acusación cuando estime que existen errores en lo fáctico y en lo jurídico. Por el contrario, en el sistema acusatorio rigen los principios adversativo y acusatorio, que entienden que las facultades de acusación y defensa son distintas por lo que el juez no se puede inmiscuir en el marco de la acusación, debiendo respetarla tal como sea planteada por parte del fiscal. Limitación que es en sí misma una garantía:

a. Respecto del derecho de defensa, porque concentra la acusación, con ello el cargo y, por consiguiente, implica que la defensa tiene un panorama claro de dirección, que no va a ser alterado ni adulterado;

b. Respecto de la estructura procesal, en tanto da un cierto orden funcional, no limita al juez sino que le precisa su competencia.

c. Determina el modelo de imparcialidad que caracteriza al juez, específicamente, lo denota en cuanto no puede comprometerse a fijar una percepción acerca de lo que debe ser el cargo.

d. Es expresivo de la responsabilidad implicada en el acto procesal de la acusación. si bien las consecuencias atienden a un

principio de legalidad, es decir, responde conforme lo indique la ley, es el presupuesto que diseña o proyecta, el contenedor de la responsabilidad.

e. Especializa la función judicial en tanto indica a qué es que debe orientar el juez su intervención

Igualmente, habiendo quedado claro después de revisada la jurisprudencia de la Sala de Casación de Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2005, que es cuando se desarrolla el sistema de corte acusatorio establecido a partir del acto legislativo 03 de 2002, y que la Corporación ha venido moviéndose entre providencias de corte típicamente acusatorio y en las que se irradia el uso de facultades *iura novit curia* -, se tiene que, el ejercicio de estas facultades, implica que en el juez se concentra toda la responsabilidad. Así, si el acusador se equivoca y no es corregido por el juez, pudiendo haberlo hecho, es el llamado a responder por el error judicial, liberando así al acusador de tener que cuidarse de presentar acusaciones debidamente serias y sustentadas con una clara tendencia a que sea el Juez el que determine jurídicamente la denominación de los hechos, lo cual lleva a que incluso se solucionen los casos con decisiones que contrarían los parámetros establecidos en la Constitución que entiende que nuestro sistema es de corte adversarial. Por lo tanto, se hace necesario el establecimiento de unos parámetros de reconducción que permitan que se tomen decisiones correctas.

En ese sentido, se estima que estas decisiones deben concretarse en varios aspectos que llevarían a que la sentencia que se emita dentro del mismo, se profiera dentro del marco del modelo que fue adoptado por Colombia a partir

del acto legislativo 03 de 2002, esto es, el que se encuentra regulado por dos principios fundamentales el acusatorio y el adversarial, que parte de la base que el proceso tiene dos partes claramente diferenciadas, la fiscalía que acusa y la defensa que representa los intereses del procesado frente a un tercero que es el Juez, que debe ser imparcial y ello se refleja precisamente en que el Juez no termine cumpliendo las funciones que le corresponden a la fiscalía, dado que cada uno tiene un rol distinto y ello es lo que garantiza un proceso justo, y que en últimas eso es lo que se busca, que se realice un acto de justicia.

4.1. Debe existir un control material a la acusación realizado por un juez distinto al que conoce el juicio.

Es característico de los procesos acusatorio-adversativos relieves el acto de acusación, por un lado, desatar el ejercicio de la acción judicial; de otro, formalizar el proceso ya que con ello se activa el derecho de defensa. Por lo anterior, es un acto fruto de una decisión que trae consecuencias en términos de responsabilidad.

Debido a lo dicho, el recurso más usado en este modelo es la llamada audiencia de causa probable, que constituye un control previo respecto de la acusación. El estatuto de Roma, por ejemplo, otorga una particular importancia a esta audiencia.

El proceso penal Colombiano se estructura teóricamente sobre la óptica que no existe un control material a la acusación, porque implicaría que el Juez se

inmiscuya en ella y rompería el principio de imparcialidad en la medida que es el mismo juez ante el que se acusa el que va a determinar si una persona es considerada penalmente responsable o no, y por ello, cuando la fiscalía en la acusación señala los hechos que tienen un contenido jurídicamente relevante y a los mismos les da una determinada denominación jurídica, el juez no realiza ningún control material, de tal forma, si la acusación resulta absurda o por lo menos equivocada, solo habrá una solución cuando se tenga que entrar a dictar sentencia.

Podríamos estar ante acusaciones desbordadas en la medida que se establece un concurso de conductas, que dogmáticamente no sería susceptible que se tipificaran de manera conjunta, o se trataría de tipificaciones que no correspondan a los hechos que son materia de la misma y ante ello el juez no podría en ese momento hacer manifestación alguna en la medida que eso rompería las reglas de un proceso que entiende que los roles son distintos y no puede existir interferencias entre ellas.

Debe quedar claro que existe un control formal que permite que el Juez le exija a la fiscalía que establezca claramente los hechos jurídicamente relevantes y ello implica además que señale como encuadran los mismos.

En términos simples, al juez le corresponde velar porque la Fiscalía, presente una acusación que reúna los requisitos legales, mas no insinuar, ni menos ordenar, que opte por una hipótesis fáctica en particular (CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad 45594). En suma, el Juez debe limitarse a garantizar que el fiscal cumpla la ley, lo que se aviene a lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación

en la Circular 0006 del primero de junio de 2017, donde se resaltó lo siguiente sobre la estructuración de la acusación:

“Hechos jurídicamente relevantes. Según la Corte Suprema de Justicia “la relevancia jurídica de hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal”. De esta forma, “los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto factico previsto por el legislador en las respectivas normas penales”

(...)

Su presentación debe hacerse en forma sucinta, de que suerte que el operador jurídico pueda advertir el foco de la respectiva situación fáctica”

Según se acaba de indicar, con este tipo de actos de dirección, el juez no propone ni insinúa a la Fiscalía que emita la acusación en un sentido determinado, ya que su intervención se limita a constatar que la acusación contenga los elementos previstos en la ley, lo que, valga aclararlo, puede resultar beneficioso para el procesado en cuanto tendrá elementos para preparar su defensa e incluso porque puede liberarse del gravoso juicio oral en el evento de que la Fiscalía se percate de que no están dadas las condiciones para formular la acusación.

En todo caso, aunque es cierto que al Juez le está vedado sugerir hipótesis delictivas, pues con ello podría afectar su imparcialidad, también lo es que tiene la obligación de constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplan los requisitos legales, pues de ello depende la realización de un proceso viable en el sentido indicado en párrafos precedentes (CSJSP, 11, noviembre 2018 Rad- 52311).

Cuatro han sido las razones esbozadas para concluir que en Colombia no existe un control material a la acusación: (i) ese aspecto no hizo parte de la respectiva reforma constitucional; (ii) no se estableció un escenario procesal para su realización para su realización, (iii) no se le asignó esa función a un juez en particular, y (iv) no se sometió la actuación de la Fiscalía a esa clase de limitaciones (CSJSP, 11, noviembre 2018 Rad- 52311).

En ese mismo sentido ya desde la audiencia de formulación de imputación, tampoco se observa que el Juez de Control de Garantías realice algún control al mismo, en la medida que se señala que se trata de un acto de mera comunicación, al punto que si un defensor le solicita al Juez que le pida a la fiscalía que realice la imputación de manera correcta, verbo y gracia, como cuando la fiscalía imputa a título de dolo un comportamiento que fue realizado bajo la modalidad culposa, e incluso advirtiendo que una imputación así realizada, impediría que el procesado pudiese optar por aceptar cargos, porque no es lo mismo la punibilidad para una conducta de carácter doloso, que una de carácter culposo, la respuesta del Juez ante esta manifestación es que no se puede inmiscuir en la imputación realizada por el ente fiscal.

En ese sentido es que, incluso para algún sector académico, con la eliminación de la audiencia de formulación de imputación a través de la Ley 1826 de 2017, que estableció el procedimiento abreviado y la figura del acusador privado, se produjo un avance importante, porque, si el Juez no tiene ninguna facultad de control a la imputación que efectúa la fiscalía, es mucho más lógico que el proceso inicie con la acusación y es correcto que el traslado del escrito de

acusación se realice en el despacho del fiscal, quien además hace un descubrimiento completo de todos sus elementos probatorios, garantizando acorde con el principio de igualdad de armas y que faculta que desde ese mismo momento la defensa puede empezar a ejercer su actividad investigativa y de construcción de su teoría del caso.

Pero además, la audiencia de formulación de imputación como hoy está establecida en la Ley 906 de 2004, se constituye en una típica figura inquisitiva, en la que al imputado se le comunican unos hechos con contenido jurídicamente relevante, dándole la posibilidad que los acepte o no, y si opta por la primera opción, la consecuencia natural de ello será que se hará acreedor a una sentencia condenatoria, obteniendo como contraprestación una rebaja de la pena de hasta el 50%, salvo en los casos que por expresa prohibición de la Ley ello no resulta posible.

Se trata de una típica figura inquisitiva, porque cuando la fiscalía imputa los hechos, no está legalmente obligada a descubrir ningún elemento probatorio, de tal manera que en el fondo, si la persona acepta cargos, ni siquiera en ese momento sabe qué tiene la fiscalía en su poder, es decir, ni más ni menos prueba secreta, aclarando eso sí, que ello no exime al Fiscal de acusar formalmente al procesado, acompañando el respectivo escrito con los elementos materiales probatorios que acreditan la responsabilidad del procesado, porque no sería posible que el Juez profiriera sentencia condenatoria con la simple manifestación,

libre y voluntaria del procesado si no existe un mínimo de carácter probatorio que le dé fundamento a la sentencia.

De hecho, en algunos casos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tenido que emitir sentencia absolutoria por dos razones, a saber: la primera, porque ha concluido que la conducta que fue materia de aceptación es atípica y, la segunda, porque no ha existido el debido soporte probatorio mínimo, lo cual se evitaría si existiera un control material a la imputación, que impediría que el proceso avanzara con yerros desde su inicio y que en casos evidentes, donde el Juez de bulto observa errores crasos, conllevaría que se pudiesen solucionar de manera inmediata.

En este punto se estima que frente al actual sistema se debe pensar en eliminar definitivamente la formulación de imputación, o entrar a establecer correctivos definitivos que implican dos medidas: la primera, que al momento en que se efectúe no solo se señalen los hechos sino que además exista un descubrimiento probatorio que le permita al Juez verificar que efectivamente la Fiscalía tiene elementos materiales probatorios de los que se pueda inferir que el imputado es autor o participe de la conducta ilícita.

El segundo correctivo radica en que el Juez de Control de Garantías pueda realizar un control material al mismo, a efectos de que incluso si estima que la imputación no fue correctamente elaborada o sin el debido soporte probatorio no le imparta legalidad, y de esta manera evitar que desde la misma imputación se dé inicio a procesos que finalmente generan un desgaste para el Estado y se conjura

el riesgo de que el procesado por un mal asesoramiento jurídico pueda llegar a aceptar cargos a pesar de que la conducta no sea jurídicamente relevante.

Si se acude a esta segunda posibilidad, se debe permitir la participación de la defensa en ese control material, para que pueda solicitarle al juez que verifique la tipificación de la conducta, en la medida que por la narración de los hechos puede ser ostensiblemente atípica, la tipificación no corresponda o incluya circunstancias de agravación que no se apliquen al caso en concreto.

En ese mismo sentido, en esta audiencia debería implementarse el descubrimiento probatorio, lo que además facilita ese control material a la imputación que realiza el juez y que permite que la defensa pueda hacer una tarea más efectiva en dos puntos, el primero en el propio control material al poder hacer con estos elementos una labor más adecuada y en segundo lugar porque teniendo conocimiento de los elementos descubiertos por la fiscalía, se podrá de manera garantista orientar al imputado a que determine si acepta o no acepta cargos.

Ese descubrimiento además redundará en que el Juez de Control de Garantías pueda realizar un control material a la imputación, porque le permite verificar si cuando el fiscal la realiza cuenta con los elementos que le permiten inferir razonablemente si el imputado es autor o partícipe de una conducta ilícita, dando con ello cumplimiento a las exigencias establecidas en el artículo 287 de la Ley 906 de 2004.

El Juez de Control de Garantías podría archivar el proceso si se percata que para la fecha en que los hechos se realizaron y por los que la fiscalía está realizando la imputación ha operado la institución de la prescripción de la acción

penal. Hoy ello no es posible, incluso cuando la defensa le advierte al Juez que la acción penal ya prescribió este le recuerda que no puede dar finalización al proceso por esta vía, porque en el sistema actual dicha facultad solo la tiene el Juez de Conocimiento, en consecuencia, solo cuando la fiscalía acuse y se realice la audiencia de formulación de acusación la defensa puede solicitar que se decrete la preclusión de la investigación.

Paradójicamente la fiscalía en la audiencia de solicitud de imposición de una medida de aseguramiento descubre los elementos que soportan la formulación de imputación y podría ocurrir, que el Juez de control de garantías se percate que de ellos no se pueda inferir razonablemente que una persona sea autor o partícipe de la conducta ilícita que está siendo materia de imputación y, como en la audiencia de formulación de acusación el juez tampoco tiene acceso a estos elementos, ya que la fiscalía los menciona pero no los muestra y no existe tampoco control material, estos yerros solo se podrían solucionar cuando el Juez de conocimiento dicte sentencia.

El sistema es tan equivocado que, si la defensa solicitara una audiencia ante el Juez de Conocimiento para petitionar la preclusión de la investigación por esta vía, la decisión del Juez sería la de no acceder a la petición en la medida que para la defensa y el Ministerio Público solo es factible hacer una petición de esta naturaleza solo después de que la fiscalía acuse, y, como en el caso que se plantea ello no ha ocurrido, la respuesta que se dará al planteamiento de la defensa será de carácter negativo, a pesar de que el Juez observe que el defensor tiene razón. Lo mismo puede ocurrir si se observa que ha operado la caducidad de

la acción penal o incluso que se demuestre que nos encontramos ante casos en los que por ejemplo opere la indemnización integral y, a pesar de que ello se ha dado, no se solicite esto por parte del representante del ente acusador.

Bajo el mismo contexto, un control material a la imputación en el que el Juez de Control de Garantías tenga una real participación, permite que pueda oponerse a las llamadas imputaciones infladas, que en algunos casos se han producido como un mecanismo de presión por parte de la fiscalía, y que termina afectando incluso la aceptación o negociación de cargos. Cuando el procesado observa que la imputación tiene esta condición, difícilmente va a pensar en aceptar, porque las consecuencias punitivas son muy onerosas, pero, además, si busca posteriormente realizar una negociación, la tarea casi que se vuelve imposible, porque se debe empezar por hacer entender a la fiscalía que en dicha actividad el ente acusador debe aceptar que uno o dos cargos que fueron materia de imputación no corresponden a la realidad fáctica, y que debe empezar por eliminarlos y a partir de allí si realizar la negociación. En conclusión, el preacuerdo fracasa.

Se hace necesario pensar como un primer mecanismo de corrección la implementación de un control material a la acusación, ello además implicaría modificar el papel que cumplen los Jueces de control de garantías y de conocimiento, porque naturalmente dicho control material a la acusación no puede ser realizado por el actual Juez de conocimiento en la medida que si lo cumpliera, estaría afectando de manera clara la imparcialidad que exige, porque al ejecutarlo estaría ya fijando su criterio sobre la tipicidad de los hechos.

En los procesos de corte acusatorio, el juicio no empieza con la acusación sino cuando esta ha pasado por el tamiz de un control material, como ocurre en los Estados Unidos donde lo realiza el Gran Jurado, en el sistema federal, o un juez de audiencia, preliminares en el sistema estatal. Que en palabra de Muñoz (2006) tiene que:

“(...) determinar si en un caso criminal existe o no una causa probable para acusar (probable cause). La causa probable, es el soporte razonable que permite conjurar que una persona ha cometido un crimen. Por ende no se trata de una simple sospecha sino de una evidencia que puede justificar una acusación. Sin embargo, no es una prueba tan exigente como aquella que se requiere para condenar, cual es la prueba de todos los elementos del crimen más allá de una duda razonable” (p. 158)

Gran Jurado que, como lo recuerda Urbano (2013), se remonta a los inicios del siglo XII en Inglaterra, el cual surgió como un Tribunal inquisitivo, pero que con el tiempo, se convirtió en una entidad habilitada para autorizar o rechazar la acusación la acusación de una persona ante un jurado de juicio o de conocimiento; y que fue introducida por los ingleses en los Estados Unidos desde la primera mitad del siglo XVII, y que caló tan hondo en el ideario norteamericano que fue recogida por la Quinta Enmienda *“Nadie será obligado a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de la denuncia o acusación de un Gran Jurado...”* (p. 55).

Quinta enmienda que, como señalan Kasimar, Lafave, y King, (2012: 818) interpone al gran jurado entre el fiscal y el futuro acusado y se constituye en un

mecanismo de protección, señalando que esta función se encuentra descrita en el caso *Wood v Georgia*, 370 U.S 375 (1962):

“Históricamente, este grupo de individuos (el gran jurado) se ha considerado como una garantía fundamental para el inocente frente a procesamientos precipitados, dolosos y tiránicos; en nuestra sociedad cumple la invalorable función de “situarse” entre el fiscal y el acusado, sea el último un individuo, un grupo minoritario, o cualquier otro, para establecer si una acusación está razonablemente fundada o se dictó mediando intimidación dolo o mala fe” (p.818)

La necesidad de pensar en un control material de la acusación radica en que, por esta vía, se establecen límites y controles a la potestad de la fiscalía que es muy alta, que, como lo afirma Córdoba (2012: 11), que el fiscal asegure en la pieza de acusación que existen elementos de juicio respecto de la probable ocurrencia de una conducta punible y sobre la probable responsabilidad penal del acusado, y que ello determine de manera inexorable la apertura de un juicio penal contra un ciudadano, se trata de un asunto de peso constitucional. Siendo claro que la Constitución Política establece esa facultad para el ente acusador, pero, esa potestad punitiva debe ser controlada, es a partir del principio acusatorio que se tiene que entender como un límite a la misma, que no puede ser desbordada porque, por esa vía, termina pisoteando derechos y garantías de los procesados, lo que hace necesario pensar en un control material de la acusación y no simplemente formal como hoy existe siendo lógico en el estado actual de las

cosas, porque si el Juez de Conocimiento realizara ese control material, estaría afectando la imparcialidad que lo debe regir.

Es que, como lo afirma Urbano (2013: 19), las consecuencias de una omisión tan relevante como esa en la estructura del proceso penal son evidentes: se considera que la facultad de imputar y acusar es un poder absoluto de la Fiscalía, que no está sometida a límites ni a controles, y que, en razón de ello, cualquier ciudadano corre el riesgo de ser imputado y acusado no solo sin fundamento razonable, sino incluso sin fundamento alguno.

Para solucionar este problema se debe pensar en dos posibilidades. La primera, que un Juez de conocimiento distinto al que va a adelantar el juicio sea ante quien se realiza la acusación. Este podría, al efectuarlo, exigirle al fiscal que realice las correcciones al mismo o sencillamente manifestar que no están dadas las condiciones jurídicas para la acusación, no otorgándole legalidad a la misma, de manera que, no puede olvidarse que en otros países la acusación que realiza el fiscal no implica que el juicio necesariamente inicie, porque si el Juez observa yerros el mismo no le imparte legalidad a dicho acto de acusación.

La otra posibilidad radicaría en que fuese ante un Juez de control de garantías, que se efectuase la acusación, y que él mismo realizare un control material a la acusación e incluso ese mismo juez, ante quien se realiza la acusación, si le imparte legalidad a la misma, sería el mismo juez ante quien se realice la audiencia preparatoria.

Ello redundaría en el respeto a dos garantías propias del sistema acusatorio: la *imparcialidad* que hoy se ve mermada debido a que ante el actual

Juez de conocimiento se realiza la acusación y se solicitan las pruebas, y, para que este las decrete, debe señalarse las razones de pertinencia, conducencia y utilidad, lo que implica que el Juez tenga claridad de los hechos que pretenden ser probados por cada una de las partes, lo que permite concluir que el Juez no va a llegar totalmente inmaculado frente a los hechos.

Además en las formas de juicio acusatorio adversativas, la imparcialidad también se expresa en el hecho de que únicamente los sujetos adversariales, es decir, acusador y defensa, ofrezcan una cierta interpretación de las pruebas, lo que implica que el juez reconozca un cierto significado a las pruebas, el cual es ofrecido por los sujetos y decidido por el juez. Si el juez ofrece, él mismo, un cierto significado a las pruebas, que es lo característico de las formas inquisitoriales, inevitablemente adquiere una cierta condición de parte, con el agravante que por ser el juez, está llamado a prevalecer.

Igualmente, se predica respeto al *principio de concentración*, en la medida que, si el Juez de conocimiento que va a dictar sentencia solo va a conocer estrictamente del juicio, permitirá que, como lo señala el código de procedimiento penal, se realicen los juicios de forma concentrada y, ojalá, en lo posible, en un solo día.

Además, la consecuencia natural de que se realice ese control material a la acusación, por parte de un Juez distinto al que va a dictar la sentencia, es que esa acusación, ya no podrá ser modificada y debe ser respetada de manera absoluta por parte del Juez que va a emitir la sentencia, lo cual es propio de los sistemas de corte acusatorio, es decir, la situación fáctica con el claro señalamiento de

todas las condiciones de tiempo, modo y lugar; así como la indicación de la persona respecto de la cual se realiza la acusación y finalmente la denominación jurídica que se le da a estos, no puede ser modificada de forma alguna, constituyéndose la acusación no solo en la columna vertebral del proceso penal, sino que además es el faro o brújula que establece las reglas del proceso, las cuales no pueden ser variadas por el Juez de Conocimiento que va a dictar la sentencia. Así, el juzgador no esté de acuerdo, en la medida que dicha acusación ya pasó por el tamiz de un Juez distinto que determinó que la misma fue correctamente elaborada.

Además, elimina las facultades *iura novit curia* del Juez, es decir, no se puede inmiscuir de ninguna manera en la acusación, evitando con ello incluso manifestaciones como las realizadas por la propia Sala de Casación Penal de que el Juez puede dictar sentencia apartándose de la acusación, porque el Juez no es un avalador de la posición de la fiscalía (CSJ SP 6808-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016), lo que deja ver, que no se ha comprendido, que no se trata de que avale o no al ente fiscal, sino de que se interiorice que en los sistema de corte acusatorio, los roles son distintos y en consecuencia ni el fiscal se entromete en el papel del Juez, ni el juez en el del fiscal, lo que implica que como primer mecanismo de solución se evita que el Juez, incluso con manifestación de que realizará un acto de justicia, profiera una sentencia que desconozca total o parcialmente la acusación proferida por el fiscal.

Por otra parte, aunque hoy en términos generales no se tiene ese control material a la acusación, ello no es del todo cierto en la medida que, cuando el

procesado en la audiencia de formulación de imputación, acepta cargos, evento en el que la fiscalía no descubre nada, debe inmediatamente después radicar el escrito de acusación con los correspondientes soportes a efectos de que el Juez de Conocimiento dicte la correspondiente sentencia condenatoria, y ello no opera automáticamente, solo en la medida que el Juez verifique que efectivamente la conducta imputada sea típica, acorde con los hechos por los cuales el fiscal acusa, acompañados del debido soporte probatorio, lo cual, en el fondo, implica que el Juez realice un control material a la acusación.

En el mismo sentido, cuando el fiscal solicita que se profiera preclusión de la investigación, la cual debe ser soportada con los correspondientes elementos materiales probatorios y al pasar por el tamiz del juez de conocimiento, este puede rechazar la solicitud, siendo este un típico control material, al punto que, de conformidad con el artículo 355 de la Ley 906 de 2004, en firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverá a la fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión, y, además, el Juez que conozca de la preclusión, quedará impedido para conocer el juicio, lo cual solo es entendible bajo la óptica de que el control que realiza el Juez a esa solicitud de preclusión es claramente material.

Pero además, la propia Sala ha terminado aceptando de manera excepcional un control material a la acusación en casos de violaciones a derechos fundamentales. Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias: (i) la que niega cualquier posibilidad de control material

de la acusación y de los acuerdos; (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales. (CSJ SP 14191 -2016 Rad. 45.594 5 de octubre de 2016)

Si bien es cierto que la postura que se ha venido defendiendo por parte de la Corte Suprema de Justicia es que, como regla general que no debe existir un control material a la acusación, también lo es que han existidos dos criterios distintos: uno que propugna por un control material amplio y otro que hace referencia a un control material restringido.

En punto de la primera tendencia, en la que se niega cualquier posibilidad de control material a la acusación, como lo recuerda la Sala en sentencia que hace todo el recuento sobre la materia (CSJ SP SP14191-2016.Radicación N° 45.594 de 5 de octubre de 2016), dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886. En la primera, se dijo:

“(…) la confección del escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, acto que por

su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales.

(...) En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de la acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio –solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

(...) Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal”.

Esta postura fue reiterada en la sentencia de Casación 38256, de fecha 21 de marzo de 2012, donde se precisó:

“En este contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 337 (auto de 5 de octubre de 2007, radicado 28294).

“En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto de 15 de julio de 2008, radicado 29994)»

En la decisión de Segunda Instancia de 14 de agosto de 2013 (radicación 41375), dentro de esta misma tendencia interpretativa, la Sala expuso:

“En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas

rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica de esa codificación debe ser la de articular un método que no genere incompatibilidades conceptuales a la hora de su aplicación, a partir de una fundamentación integral y con perspectiva sistemática...”

Y en la decisión de Segunda Instancia fechada el 16 de octubre de 2013 (radicación 39886), sostuvo:

“Con dicha licencia para invalidar las formulaciones de imputación libremente aceptadas por el procesado, se desvertebra la sistematicidad del proceso adversarial, en tanto se coloca al juez en la condición de coacusador ya que se le autoriza a que exprese, con carácter vinculante, su propia teoría del caso, invadiendo la órbita requirente que le está asignada con exclusividad al fiscal; y, de paso, se produce una consecuencia altamente nociva para la operatividad del esquema, pues se altera el flujo de casos que se espera se tramiten por la vía del proceso abreviado, sin dejar de mencionar las enormes dificultades en que queda la fiscalía en materia de demostración de una teoría del caso que no es la suya, sino la del juez que decretó la nulidad.

(...) Por tanto, si se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso-, mediante la cual obliga al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, se desestructura la sistemática adversarial, dado que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, probarla. Pero además, compromete el programa metodológico, y por sobre todo, la iniciativa y responsabilidad de la fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio, argumentativo y a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.»

Igualmente, se ha defendido la tesis de un control material amplio a la acusación y que se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005 que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004:

“(...) en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”. (Página)

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, en aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280. En la primera se dijo:

“En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal de IMPUTAR la (s) conducta (s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, **siempre y cuando** se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

(...) Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera *consensuada, razonada y razonable* excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la

defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- medir el *costo/beneficio* del preacuerdo.

(...) Todo ello dentro de la legalidad, dentro de los márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalicen o desacrediten la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y el derecho de las víctimas a conocer la verdad» (Las negrillas y las cursivas pertenecen al texto original).

Y en la decisión de 8 de julio de 2009, precisó:

“Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con la simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso”.

Finalmente, también ha existido una tercera línea que permite hablar de un control material restringido. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de

2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436. En el primero se dijo:

“En esas condiciones, la adecuación típica que la fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, **por regla general**, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

(...) Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta lesión a garantías fundamentales (auto de 16 de mayo de 2007, radicado 27218).

(...) La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.

(...) La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de **única excepción**, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de

parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales.

Es claro que esa **permisión excepcional** parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor”.

En la sentencia SP9853-2014, de 16 de julio de 2014, casación 40871, la Sala reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que **por regla general** el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de

manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes».

La misma línea jurisprudencial fue planteada en la decisión AP6049-2014, de primero de octubre de 2014, Segunda Instancia 42452:

“En el proceso adversarial, **por regla general** el juez de conocimiento no pudo controlar materialmente la acusación del fiscal, “pero **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”. (CSJ, SP9853 16 de julio 2014. Radicación 40871)

También se repitió en la sentencia CSJ SP13939-2014 de 15 de octubre de 2014, casación 42184, donde además se hicieron precisiones sobre la necesidad de que la intervención excepcional del juez obedezca realmente a violaciones objetivas y palpables, que no dejen duda sobre la real afectación de un derecho fundamental:

“El juez de conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la fiscalía, salvo que ésta desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

(...) Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a

hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

(...) En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, **que opera excepcionalísima**, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

(...) De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004”.

Y una vez más se reiteró en la sentencia CSJ SP14842-2015 de 28 de octubre de 2015, casación 43436, donde se dijo:

“Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 julio 2014, radicación 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial, concluyó que “**por regla general** el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la ley 906 de 2004, pero, **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.”

Control a la acusación, que como lo señala Urbano (2013: 62), no es solo una exigencia constitucional recaída sobre el ejercicio de un poder público, sino también un presupuesto de la funcionalidad del sistema procesal, que además se dirige a la consolidación de un modelo de justicia penal con niveles razonables de eficiencia y que, en palabras de Caro (2008) implica que los remedios ante una imputación defectuosa, insuficiente no motivada, es decir, inconstitucional, son necesario no solo por razones de supremacía constitucional sino también porque lo demanda la eficiencia del sistema: no es conveniente en términos de utilidad social e individual, me refiero con ello a la víctima y al propio autor, mantener una imputación insuficiente que en el marco del proceso penal provocará el uso y desgaste del sistema –¡la sobrecarga procesal de los Tribunales!, para finalmente conllevar su decaimiento mediante una absolucón o, peor aún, si la imputación se mantiene en el tiempo, a resultados inconstitucionales, como una condena. De

esta forma, la no sujeción del Ministerio Público al principio de imputación concreta, debe ser objeto de control primario por parte del juez penal (...) Pero cuando estos remedios no cumplen su finalidad correctiva, se abre paso a los llamados mecanismos de impugnación extra proceso, en particular el *habeas corpus*. Si el solo levantamiento de una imputación por parte del Ministerio Público, y con mayor razón cuando esta se realiza en un auto de inicio de un proceso penal ya implica un riesgo para la libertad personal del imputado, entonces, la vigencia del principio de imputación necesaria podrá cautelarse a través del *Habeas Corpus* (Caro, Dino, citado por Urbano, 2013 63).

Pero, para que exista una mayor garantía, se debe pensar que, así como en el proceso que se rige por la Ley 600 de 2000 existe un cierre de la investigación previo a que la fiscalía califique el mérito del sumario, que implica que la misma no puede seguir practicando pruebas, debe igualmente en el proceso de corte acusatorio, un cierre formal de la investigación, que exige que no se podrá seguir recopilando elementos materiales probatorios, y que con la radicación del escrito de acusación se presentaran todos los elementos que tiene en su poder (tanto los favorables como los desfavorables), que no puede proseguir en esa actividad investigativa, porque ello implicaría que otros elementos puedan surgir posteriormente aún después de la acusación y de los cuales se vendría a enterar la defensa en la audiencia preparatoria, es decir, ese cierre formal de la investigación se constituye además en un límite material a la investigación y una garantía de que el procesado o acusado no será sorprendido con elementos nuevos.

Eventualmente podría aparecer un nuevo elemento, pero se debe justificar claramente su descubrimiento posterior, como hoy ocurre con la prueba sobreviniente o la muy excepcional prueba de refutación o contra refutación, pero definitivamente debe tener este carácter, siendo necesario que se justifique porque se descubre un elemento probatorio con posterioridad a la audiencia preparatoria, esto en el juicio oral, razones que incluso se deben hacer exigible para la fiscalía si ese descubrimiento lo realiza en la audiencia preparatoria, en la medida que el escenario natural para ello es con el escrito de acusación y en la audiencia de acusación, y solo podrá aparecer como prueba sobreviniente, explicando de forma razonada por qué no la descubrió con anterioridad.

Situación distinta es la que se presenta con la prueba de refutación en donde, es a partir de lo que manifiesta un testigo o perito, que se ve abocado a solicitar al Juez que decrete la prueba, porque la información suministrada no la puede controvertir con los elementos materiales probatorios que ya habían sido decretados y que le exige refutarlos, requiriendo para ello un nuevo elemento material probatorio, en la medida que el elemento que exige ser impugnado solo aparece en desarrollo del juicio oral, por ejemplo, un testigo señala un hecho totalmente nuevo que hasta ahora era desconocido y que en consecuencia no podía ser controvertido. (Solórzano, 2016: 440)

Otro tanto ocurre con la prueba de contra refutación, la cual se debe traer al estrado judicial para refutar la prueba de refutación y, naturalmente, en la medida que lo planteado por el testigo o perito de refutación no se pueda controvertir con

las pruebas que hubiesen sido decretadas previamente. (CSJ Radicación 43749 de 20 de agosto de 2014)

La defensa, además debe tener una participación en ese control material de la acusación, pudiendo solicitar al juez que no le imparta legalidad a la acusación si considera que no se reúnen las condiciones para ello, por varias razones: los hechos materia de la imputación son distintos a los que establecen en la acusación, en la medida que en esta materia no pueden existir diferencias de ninguna naturaleza, igualmente, porque se haga evidente que los hechos materia de la acusación son sustancialmente atípicos, o incluso pronunciándose sobre la tipificación realizada por la fiscalía, señalando que los hechos no corresponden a la adecuación efectuada por el ente acusador, o se presente un concurso aparente de tipos, o se hubiese incluido dentro de la misma una circunstancia genérica de mayor punibilidad que no se presentó, o se establecen circunstancias de agravación punitiva que no corresponden a la realidad de los hechos.

Control material de la acusación que también se debe realizar frente al procedimiento especial abreviado, que igualmente existen en otras realidades jurídicas y más aún cuando a partir de la Ley 1826 de 2017 se estableció el mismo frente a los delitos querellables y otra serie de delitos, y que parte de la base de que ya no existe en este procedimiento, la audiencia de formulación de imputación y en el que la fiscalía radica el escrito de acusación y hace un traslado del mismo, dándolo a conocer al procesado y su defensor, realizándose la acusación en una audiencia concentrada, que se denomina así en la medida que en la misma se

realizan de manera conjunta las audiencia de formulación de acusación y audiencia preparatoria que hoy se tiene en el procedimiento ordinario.

En este caso, precisamente será en esa audiencia concentrada en la que se debería realizar el control material de la acusación por un Juez de Control de Garantías, ante quien se solicitan las pruebas por parte de la fiscalía y la defensa, lo que permite que el proceso se desarrolle con total imparcialidad y que el Juez de Conocimiento llegue limpio al juicio, sin estar contaminado de ninguna forma por la realidad del proceso, ya que solo hasta este momento entraría a conocer el mismo, es decir, al no realizarse la audiencia concentrada ante el Juez que va a definir la responsabilidad penal como hoy ocurre, sino ante uno distinto, será perfectamente viable realizar ese control material que redundará en un proceso en el que quede claramente establecida la diferencia entre las funciones de acusación y juzgamiento y en el que esa acusación realizada por el ente fiscal deba ser respetada en su componente fáctico, personal y jurídico, sin que pueda el Juez separarse de la misma al momento de dictar la sentencia.

Además, como ya se indicó, la propia Corporación termina aceptando la necesidad de un control material a la acusación, tal y como se da en Puerto Rico y Estados Unidos con la determinación de “*causa probable*” orientada a “*evitar someter injustificadamente al imputado a las consecuencias de un juicio por un delito grave*” (Chiesa, XXXX: xx) adicional a las atribuciones que sobre la materia tiene el gran jurado, o como también se observa en España (CSJ SP5660-2018 radicado No 52311 de 11 de diciembre de 2018), lo que ratifica que no debe ser ajeno a nuestro sistema la existencia de un control material a la acusación.

4.2. Se debe establecer la fase intermedia.

Fase intermedia que es propia de los sistemas acusatorios, pero que en Colombia no se incluye y que se hace necesario para garantizar la existencia de un control material a la acusación y el respeto al principio de imparcialidad, establecido en el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, que enseña que en el ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Como lo señala Binder (1-2), en los sistemas procesales no se pasa automáticamente de la instrucción al juicio, sino que entre ellos existe la fase intermedia, que se fundamenta en que los juicios se preparan, como parte de un conjunto de actos procesales que tienen como objetivo la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación.

En el mismo sentido Aguilar (2008: 37) aclara que en esta etapa se realiza un control de fondo sobre los actos conclusivos, constituyéndose la misma en una discusión preliminar al juicio oral que incide de manera fundamental sobre la realización del mismo y puede fungir como un sistema de control vertical, que en palabras de Omar Dueñas (p:8) genera que al juicio solo lleguen los conflictos realmente relevantes.

4.2.1. Modelos de Fase Intermedia.

En ese punto se hace necesario, determinar qué tipo de fase intermedia se podría acoger en Colombia, si el que la entiende como etapa preparatoria del Juicio Oral o el que lo entiende como una Etapa decisoria; el acercamiento a uno o a otro es fundamental para poder desarrollar un control formal o uno material a la acusación.

a) El Modelo de fase intermedia como etapa preparatoria del Juicio Oral.

Es propio de los sistemas anglosajones, como en el Reino Unido donde el proceso penal inglés tiene un marcado carácter preparatorio del Juicio oral (Vera, 2017: 148) y en donde los “pre-trial hearings” pretenden asegurar la declaración del acusado antes del juicio y la discusión de alegaciones sobre admisibilidad de prueba (Horvitz-Lopez, 9), con lo que se logra confirmar que se han cumplido todos los pasos necesarios para realizar el Juicio y que el Tribunal posea suficiente información para fijar la fecha de celebración del Juicio oral (Spark, 2000: 229).

Fase que en concepto de Vera Sánchez, (2017: 149) siguiendo a Patricia y Robert Weinberg (1968: 1) fue establecida en beneficio de la parte persecutora, buscando garantizar medios probatorios en contra del acusado y verificar que los mismos no se hubieren perdido o extraviado.

En el caso de los Estados Unidos, esa fase intermedia o preparatoria se observa con el “The preliminary Hearing¹⁷”, que tiene como objetivo un examen adversarial de las evidencias que la parte persecutora presenta para sustentar la acusación (Hall, 2009: 446), con lo que se pretende establecer si la evidencia es suficiente para determinar que el delito se ha cometido y que cabe participación en la persona que ha sido arrestada (Schiffman, 1994: 446), y además se busca analizar si existen elementos suficientes porque existe causa probable (probable cause) y que las pruebas no sean ilícitas (Dressler, 2016: 9, en el mismo sentido Vera Sánchez, 2017: 1519).

La característica más importante, en mi concepto, de los sistemas anglosajones, radica en que el Tribunal que conoce la preparación del juicio (fase intermedia) es distinto al que tiene a su cargo la realización del mismo, lo que es una garantía de la imparcialidad y que no exista contaminación por parte del Tribunal que va a conocer del mismo, más aun cuando dicha labor se entrega a The Crow Court (Reino Unido) y Grand Jury (Estados Unidos) (Vera Sánchez, 2017 p: 152). Además, ello redundaría en que el proceso quede depurado sin que previamente no exista valoración alguna de prueba por quien va a establecer la responsabilidad del procesado.

Esa misma imparcialidad se observa en el hecho de que en ella se valora, la pertinencia e ilicitud de la prueba, como una forma de impedir que el Tribunal, que conocerá del juicio, se pronuncie sobre estos aspectos (Spark, 2000 p: 230), lo que para Vera Sánchez (2017) es congruente con la valoración de la existencia

¹⁷ Traducción libre del autot. “La audiencia preliminar”

de material probatorio empírico que permita la realización del Juicio Oral (factibilidad procedimental), en consonancia con la opción político-estructural del proceso penal, lo que impone en el caso Chileno el principio de legalidad de persecución penal. (p. 152).

En este modelo existe la posibilidad de que, si a los fiscales se les rechaza la acusación, puedan seguir con la persecución penal, volviendo a presentar los cargos, o ejercer la potestad de no continuar con ella (Cammack-Garland, 2001: 68-ss).

En el modelo Inglés, la investigación es llevada por la policía y la acusación por un órgano distinto (*Crow Prosecutor services*), buscando garantizar la imparcialidad y sometidos en su actuación a normatividades distintas (Armenta, 2012: 27), logrando con ello eliminar el riesgo de que la acusación genere sesgos en la recolección de la prueba y que quienes intervienen puedan tener un punto de vista objetivo (*dispassionate*) sobre las mismas (Joyce, 2006: 228).

b) El modelo de fase intermedia como etapa decisoria o decisional.

Se caracteriza porque la fase intermedia se presenta como una etapa de control y análisis del procedimiento y la acusación, como mecanismo para garantizar que exista un control formal y material, para proceder contra el imputado, que justifique la realización del Juicio Oral (Vera, 2017: 153), siendo una verdadera fase procesal intermedia entre la instrucción y el juicio oral (Peters, 1985: 538, Kindhauser, 2006: 186), buscando ponderar si existen antecedentes

suficientes dentro de la investigación que permitan determinar si una persona ha realizado una conducta por la cual deba responder penalmente (Ormazabal, 1997: 26)

Modelo adoptado por países del sector continental europeo como Italia, Portugal, Francia y España para su procedimiento ordinario, ya que para el procedimiento abreviado se acomoda al modelo de fase intermedia como preparatoria del Juicio Oral, al punto que en el mismo la investigación es adelantada por un Juez de instrucción, quien conoce de la Fase Intermedia para los efectos de preparación de Juicio, lo que en concepto de Vera Sánchez (2017: 153) puede afectar la imparcialidad en la decisión sobre la continuación del proceso o su terminación por vía de sobreseimiento.

En España, en el procedimiento ordinario, la Audiencia Provincial, como no conoció de la Instrucción, en la etapa intermedia tiene tres posibilidades: i) la revocación del sumario, buscado con ello que se practiquen más diligencias para una adecuada preparación del juicio; ii) el sobreseimiento, con el que proceso terminaría; y iii) la apertura del Juicio Oral (Gimeno, 2015: 669), lo que implica que la fase intermedia se constituya en un control de carácter negativo, en la medida que evita que se de apertura al juicio en los casos en que no se reúnan las condiciones para ello (Kramer, 2014: 269, Exner, 1947: 67, Gómez, 1985: 158).

En Alemania, es a partir de ese control negativo (*negative Kontrollfunktion*)¹⁸, que se discute la admisibilidad y necesidad de continuar con la persecución penal, es decir, se trata de determinar si existe una sospecha

¹⁸ Traducción libre del autor (control negativo)

suficiente (*hinreichender tatverdacht*)¹⁹, para poder imputar a una persona el hecho investigado, buscando además realizar un pronóstico sobre la probabilidad de condena (*verurteilungswahrscheinlichkeit*)²⁰, que en el fondo coincide con el requisito que se establece en el sistema colombiano relacionado con la obligación que tiene la fiscalía para poder acusar de tener elementos materiales probatorios de los cuales pueda inferir con probabilidad de verdad que una persona es penalmente responsable.

Estamos de acuerdo con ese control negativo, pero en el caso colombiano para evitar el prejuzgamiento se hace necesario que el mismo sea realizado por un Juez de control de garantías, que naturalmente no conocería del Juicio Oral.

En Alemania, según Kühne (2015: 406), se tiene que algunos estudios muestran que la impresión temprana (en relación con la *noticia crimins*) que dan los antecedentes de la investigación es más intensa que la que se adquiere en el Juicio oral, lo que en concepto de Vera Sánchez (2017: 156) aconsejaría que el Juicio Oral se realizare por un órgano distinto al que conoció la fase intermedia y/o la fase de investigación, posición con la cual se coincide porque precisamente, a efectos de garantizar una total imparcialidad en el sistema colombiano, esa fase intermedia debería ser conocida por un Juez de control de garantías, con lo cual el Juez de Juicio llega a este sin ningún tipo de sesgo.

Así las cosas, la principal función de la fase intermedia, es ejercer control jurisdiccional sobre los presupuestos materiales de la acción penal (Ormazábal

¹⁹ Traducción libre del autor. (Sospecha suficiente)

²⁰ Traducción libre del autor (probabilidad de condena)

1997: 14), pero también la protección de ciertos derechos del imputado y la garantía del interés público en la persecución penal (Ormazabal, 1997: 27) aunque para Gimeno Sendra (2015: 378) la principal función será la de decidir si se apertura o no el juicio oral.

El papel de la fase intermedia, es fundamental, ya que se constituye en el mecanismo que busca que solo puedan ser llevado a juicios hechos respecto los cuales la Fiscalía tenga los elementos probatorios que le permitirían objetivamente obtener una sentencia de carácter condenatorio.

c) El Caso Colombiano: La necesidad de establecer la audiencia de causa probable.

Fase intermedia, que comprendería la audiencia de una audiencia de causa probable y la preparatoria, en la primera se formularía la acusación pero en ella, el Juez realizará el control material a la acusación que implicará que verifique si de la narración de los hechos que el fiscal realiza, la conducta encuadra en algún tipo penal, si la tipificación establecida por el representante del ente acusador es correcta y lo más importante si tiene los soportes probatorios que permitan soportar la exigencia de que con probabilidad de verdad se establece que el procesado es autor o participe de la conducta o conductas por las cuales la fiscalía acusa.

Control material que exige que el Juez que lo realiza, que podría ser de control de garantías o de conocimiento, sea distinto al que va a conocer del juicio, pudiendo tomar diversas decisiones, archivar el proceso o precluirlo en caso de que concluya que la conducta es atípica o que del propio material probatorio presentado por la fiscalía encuentre que se presenta cualquiera de las causales de preclusión establecidas en la ley 906 de 2004 en el artículo 332.

En ese sentido se podría dar por la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, como cuando la acción penal habría prescrito o hubiese operado el fenómeno de caducidad de la acción penal; cuando exista una causal de exclusión de la responsabilidad, bien sea que se trate de la que excluyen la tipicidad como sería el error de tipo o el consentimiento del sujeto pasivo, como por ejemplo cuando una mujer que ha sido violada solicita al médico tratante que le aplique el aborto; o porque proceda alguna de las causales de justificación como, el obrar en estricto cumplimiento de un deber legal, o de una orden legítima de autoridad competente, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, o el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo; o porque proceda una causa de exclusión de culpabilidad como son el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable o la insuperable coacción ajena.

También porque el Juez encuentre que el hecho investigado no existió o porque se establece claramente que es imposible desvirtuar la presunción de inocencia.

En todo caso, el Juez podría no impartir legalidad a ese acto de acusación ordenándole que continúe con la investigación, pero en este caso, debiendo darle

un término perentorio para efectos de que no se convierta en una investigación que se vuelva indefinida, que podría ser de un año más. Pasado este, si la fiscalía no logró el cometido de darle soporte a esa acusación que inicialmente presentó, no queda camino distinto que el de precluir la investigación y, naturalmente, si lo considera correcto, el Juez podría impartirle legalidad a la acusación y con ello formalmente se daría inicio al juzgamiento del procesado.

Este control material además se constituye en una cortapisa para efectos de evitar que una persona de manera injusta se vea sometida a un proceso que en la realidad colombiana se convierte en largo y muchas veces interminable, entre otras razones, porque se ha desdibujado el mismo, al existir un relajamiento que arranca por el Juez pero que irradia al fiscal, al defensor y al Ministerio Público, en la medida que casi, sin excepción, todo proceso se dilata por los continuos aplazamientos, señalando que ello inicia por el Juez, en la medida que lo permite y no exige que, cuando se inicia el juicio oral, las partes se comprometan con su obligación de hacer comparecer a sus testigos o peritos, permitiendo de manera repetida que se soliciten aplazamientos en muchos casos injustificados y que obedecen realmente a que las partes no se han preparado para adelantar el juicio oral.

Lo más complejo es que el sistema colombiano, a pesar de que tiene Jueces de Control de Garantías que ejercen un control material a los actos de investigación que realiza el ente acusador cuando ellos pueden ser lesivos de manera grave de derechos y garantías fundamentales, al punto que algunos de ellos tiene control previo por ser claramente riesgosos de que se atente contra

ciertos derechos como son como la dignidad humana, la autonomía y la no autoincriminación, entre ellos, la actuación de agentes encubiertos (artículo 242 de la Ley 906 de 2004), la búsqueda selectiva en base de datos (artículo 244 de la Ley 906 de 2004), exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado (artículo 245 de la Ley 906 de 2004), inspección corporal (Art 247 de la Ley 906 de 2004), registro personal (artículo 248 Ley 906 de 2004), obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249 de la Ley 906 de 2004) y procedimientos en casos de lesionados o víctimas de agresiones sexuales (artículo 250 de la Ley 906 de 2004), realizándose además control posterior a la realización de la respectiva diligencia como ocurre, por ejemplo, con la actuación de agentes encubiertos que se debe realizar dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación encubierta.

Otras actividades investigativas son susceptibles de un control posterior, como son interceptación de comunicaciones (artículo 235 de la Ley 906 de 2004), recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (artículo 236 de la Ley 906 de 2004), ordenes de registro y allanamientos, sobre las cuales se realizará el control dentro de las veinticuatro horas siguientes a la entrega del informe de policía judicial.

Igualmente dicho control posterior se realiza sobre las actividades de vigilancia y seguimiento de personas (artículo 239 de la Ley 906 de 2004), vigilancia de cosas (artículo 240 de la Ley 906 de 2004), análisis e infiltración de organización criminal (artículo 241 de la Ley 906 de 2004), actuación de agentes encubiertos (artículo 242 de la Ley 906 de 2004), operaciones encubiertas contra

la corrupción (artículo 242 A de la Ley 906 de 2004), entrega vigilada (artículo 243 de la Ley 906 de 2004).

Paradójicamente, frente a todas estas actividades de investigación como se puede observar, se realiza control de legalidad que tiene un carácter no formal sino material, porque el juez debe verificar el soporte que acompaña la solicitud para realizarlo y una vez desarrollada la actividad valorar si la misma fue llevada a cabo con total acatamiento a las garantías y derechos del procesado, pudiendo decretarlo ilegal porque no se realizó dentro de las 24 o 36 horas siguientes, o porque se violaron garantías para el procesado con la consecuencia natural para todos esos elementos materiales probatorios como lo señala el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que opera la cláusula de exclusión, por haber sido obtenidos con violación de derechos fundamentales, siendo nulos de pleno derecho y en consecuencia excluidos de la actuación procesal.

Por el contrario, los dos actos más importantes del proceso penal realizados por la fiscalía, como son la formulación de imputación y la formulación de acusación, no tiene control material. El primero, al punto que se considera como un acto de mera comunicación, tal como lo establece el artículo 286 de la Ley 906 de 2004; y lo más grave, la acusación en la que el fiscal señala los hechos les de la denominación jurídica y descubre sus elementos materiales probatorios, pero donde el Juez no tiene injerencia de ninguna naturaleza.

Como lo señala Urbano (2013: 84), el proceso, tal como se tiene en Colombia, implica que se llega a la sentencia sin ningún control material sobre la imputación y la acusación; es decir, hasta entonces, y en relación con tales actos

de parte del acusado, ha estado a merced de la Fiscalía. El único control al que habría lugar sería el realizado por el juez de conocimiento, pero este, si bien es muy importante (al punto que en razón de él, el juez puede rechazar la pretensión de la Fiscalía y absolver al acusado), no es idóneo para evitar los altos costos de un juicio que ya se ha realizado, los cuales se traducen en un verdadero acto de injusticia al haber sometido a una persona a un proceso que incluso pudo implicar prisión efectiva de la libertad durante mucho tiempo.

Establecer esa fase intermedia garantizará el respeto a la imparcialidad en la medida que hoy el juez llega al juicio con la visión de los hechos que presenta el ente acusador, determina qué pruebas se van a practicar en la medida que las partes tienen que establecer las razones de conducencia, pertinencia y utilidad a partir de los hechos que han sido establecidos por la fiscalía en su relato, lo cual implica necesariamente que desde la audiencia de formulación de acusación, el Juez tiene una visión parcializada de los hechos, la que le vendió el fiscal, pudiendo tener conocimiento de la perspectiva de la defensa solo hasta el momento en que esta presenta su teoría del caso al inicio del juicio oral y en la medida que la defensa haga uso de esta facultad, porque también puede ocurrir que se abstenga de verbalizarla, acogiéndose a lo normado en el artículo 371 de la Ley 906 de 2004.

Paradójicamente, en el proyecto de acto legislativo presentado el 26 de abril de 2002, se establecía el control formal y material de la acusación, pero se perdió en los debates al interior del congreso. En el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República, se estableció que:

“En principio nadie puede limitar al fiscal hasta cuándo debe investigar, pero lo que si debe tener, (es) un control, es que cuando el fiscal decide acusar, es decisión sea controlada, para que el Juez, que sirve de filtro determine si tiene o no fundamento probatorio esa decisión, principalmente por las consecuencias que le (s) sobrevienen a los particulares ser sometidos a un juicio, así el mismo termine con sentencia absolutoria. Además no hay legislación hoy vigente en el mundo que faculte al Fiscal, para hacer efectivas investigaciones y evitar someter al ciudadano a un proceso sin pruebas que lo respalden”.

Es necesario aclarar, así sea muy sucintamente que el control que debe hacer el Juez de la actuación del Fiscal, es no solamente forma sino también sustancial, porque las garantías son sustanciales, es decir de la esencia de la persona” (Senado de la República, primera vuelta. Gaceta del Congreso Senado y Cámara, No 210 de 6 de junio de 2002)

Como lo señala Urbano (2013: 85), se buscaba que la fiscalía acudiera a un Juez de Control de Garantías para evitar las graves consecuencias que sobrevienen en contra de una persona por el solo hecho de ser sometida a un juicio, así luego resultare absuelta, es decir, es una talanquera que evita que una persona se vea afectada en sus derechos que no se recuperan cuando se la absuelve después de haber sido sometida a un proceso penal, situación que desafortunadamente se desdibujó cuando en los dos debates de la segunda vuelta correspondientes al Senado de la República se elimina esa facultad. Así se infiere

de las Gacetas del Congreso No 401, 432,467, 531, 552,590 y 695 de 2002.
(Urbano, 2013: 85)

Los fundamentos de esta decisión se encuentran en el informe de ponencia para primer debate, del Senado de la República, segunda vuelta, en la gaceta del Congreso Senado y Cámara No 531 de 21 de noviembre de 2002 en el que se señala:

“En el proyecto que aprobó en (sic) el Senado se establecía en el numeral cinco del art. 250, modificado por el artículo 9 del proyecto, que la Fiscalía debía solicitar al Juez de control de garantías la autorización para acusar. Esta facultad recibió serias críticas por parte de la academia, concretamente del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, y del mismo Gobierno del Presidente Uribe Vélez, quienes consideraron que era inconveniente, por ser una indebida intromisión de las autoridades judiciales en las labores de investigación de la Fiscalía, y no es conveniente que la justicia dé instrucciones o direcciones a la entidad investigadora. Por lo mismo, ésta función fue eliminada en el nuevo texto y consideramos que es procedente su eliminación”

Agregando además:

“En el informe de ponencia para el primer debate, en la primera vuelta, dijeron los Ponentes que esta facultad de solicitar al juez autorización para acusar, deberá ser entendida como una forma de control al poder omnímodo del Fiscal, con la finalidad de servir de filtro para determinar si tenía o no fundamento para acusar. Esa argumentación, hoy sigue teniendo

vigencia, no obstante que ya no existe esa facultad de la Fiscalía. Sencillamente ese control o filtro se irá a realizar en una diligencia posterior a cuando se trabaje la Litis, en una audiencia similar a la que existe en el C. de P.P. en el art.401, denominada audiencia preparatoria.

De todas maneras hay que dejar en claro que la responsabilidad política de acusar, con fundamento o sin él, es exclusiva del ente acusador” (Senado de la República, Gaceta del Congreso (2002), citado por Urbano, 2013: 85-86).

Igualmente en la Comisión redactora Constitucional creada por el acto legislativo No 003 de 2002, el tema fue debatido y allí se discutió si se establecía o no la fase intermedia. Así, en la sesión de la Comisión llevada a cabo el 14 de marzo de 2003, Julio Sampredo, asesor de la Corporación excelencia en la justicia, expuso el documento presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia, en la que explica las tres fases del proceso como son: indagación preliminar, formalización de la investigación y juicio oral; DARÍO GARZÓN, delegado del H. Senador Germán Vargas Lleras, realizó varias observaciones, preguntando si la acusación presentada por el fiscal es vinculante para el Juez o no lo es; Inquietud que es contestada por Andrés Ramírez, quien explica que no se hacía necesario materializar la fase intermedia, teniendo en cuenta que el representante de la fiscalía presenta la acusación ante el Juez de conocimiento sin que sea sometido a control por parte de la judicatura; situación que es contraria a la preclusión que si es sometida al mismo. Adicionalmente, precisó que la acusación es fáctica y se realiza en la audiencia en la cual la Fiscalía presenta las pruebas base de la acusación (Osorio, y Morales, Acta No 9, 2005: 185).

Posteriormente, en la sesión celebrada el 30 de abril de 2003 y que se encuentra consignada en el acta No 15, se volvió a discutir el tema, aunque centralmente lo que se tocó en esta sesión fue lo referente al control que debe ejercer el Juez de Control de Garantías a la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento. En ella el doctor Jaime Granados, en su condición de académico, señaló que la tesis del filtro previo de la audiencia preliminar que consistía en que el Juez de control de garantías hacía un control de la acusación, es decir que la fiscalía no podía acusar sin pasar por el tamiz de esa audiencia, fue vencida, dada la oposición liderada por Jesús Ignacio García en el Congreso, la que comparte desde el punto de vista académico, quedando el proyecto sin ese control, en el entendido que la medida de aseguramiento y la acusación iban por caminos distintos. Jesús Ignacio García, afirmó que el congreso nunca se ha opuesto a que exista control sobre las medidas de aseguramiento; precisando que lo manifestado por Jaime Granados se refiere al control previo de la acusación (Osorio, y Morales, Acta No 15, 2005: 329).

En la sesión del 27 de junio de 2003 se analizó de manera concreta si se debía implementar o no la fase intermedia y fue Adolfo Salamanca en su calidad de académico, el que consideró que se debía mirar el tema, ya que inicialmente la comisión partió del supuesto del esquema del proceso y acorde con la presentación que realizó Julio Andrés Sampedro en nombre de la Corporación Excelencia por la Justicia, nunca se discutió el tema de la fase intermedia, pero recordó que al inicio de las sesiones en algún documento se recogió el trabajo

realizado por la *Corporación Excelencia en la Justicia*, con algunas salvedades dentro de las que se incluía la supresión de la fase preparatoria.

Advirtió Adolfo Salamanca, que en todos los debates que antecederon el Acto Legislativo y aun después de expedido, él ha sido partidario de la eliminación de los controles tanto para la acusación como para la preclusión, porque era tal la reacción negativa frente al esquema vigente, que se quiso extinguir totalmente las funciones judiciales de la fiscalía, separar los roles, hacer un corte radical en todos los casos y hablar mejor de la acusación automática y sin gobierno de ninguna clase. Sin embargo, señaló que con el paso del tiempo y después de expedido el acto legislativo y analizadas las cosas con más frialdad, se ve en la obligación de plantear la tesis de quienes insisten en la necesidad de revisar ese esquema y la existencia de una fase intermedia, invitando a la comisión a que sea más consiente de la importancia del debate.

Estimó el doctor Salamanca que la existencia de esa fase intermedia es un filtro importante y trascendente, constituye un control elemental y normal que cualquier sistema judicial y de procedimiento adopta para evitar que ocurran irregularidades y que una persona que debe presumirse inocente, cuando de antemano se conoce que no hay elementos de juicio serios, sea acusada con toda la trascendencia y el efecto negativo que esta tiene. Agregó que el Estado tiene un arma muy poderosa cuando no hay posibilidad de control y gobierno de esa acusación, generándose violaciones al debido proceso y al ejercicio de la defensa en términos equilibrados.

Jaime Granados expresó que la Corte Penal Internacional, en su artículo 61 establece la necesidad de la confirmación de los cargos antes del juicio; que en la tradición Alemana, donde se creó la fase intermedia, el problema ha radicado en que el presidente del tribunal de escabinos, es quienes realiza el control de la acusación en la fase intermedia y a la vez es quien decide de fondo en el juicio, lo cual ha sido muy criticado al no garantizar la imparcialidad. Recordó que en Chile para solucionar este punto, se ha establecido dicha función en cabeza del Juez de Garantías, logrando con ello preservar la independencia del Tribunal de la Causa.

Por el contrario, en el caso colombiano, el Acto Legislativo le quitó al juez de control de garantías la posibilidad de un control sobre la acusación (Osorio, y Morales, Acta No 23, 2005: 565).

Estimó que la propuesta de la Corporación es un control formal de la acusación por parte del Juez, con la precisa advertencia de que no podía realizar un control material porque no ha habido práctica de pruebas, para evitar el gran problema de los países que permiten la fase intermedia, en donde, anticipan la prueba y al juez para que decida, lo que resulta fatal para el sistema acusatorio, que ordena que todo se de en el juicio. Concluyó *“que la propuesta de un control formal de la acusación es equilibrada y le da fortaleza a la fiscalía para que no tenga a nadie que interfiera en su tarea, pero al mismo tiempo evita que se cometa un error en la acusación porque no se contenga una enunciación fáctica, no se señale la persona acusada, o no se adjunten los elementos materiales probatorios que según el Acto Legislativo son requisitos esenciales”*. Lo que se requiere es que de ninguna manera se vaya a involucrar el Juez de Conocimiento en los

temas de fondo, porque implicaría declararse impedido, ratificando su posición de que sobre la acusación debe existir un control formal y no un control material de la acusación. (Osorio, y Morales, Acta No 23, 2005: 566).

Adicionalmente, Darío Garzón señaló que le preocupa que al ampliarse el control al escrito de acusación, ello implica inmiscuirse en la argumentación del fiscal, lo cual resulta contrario a la intención del constituyente. Como se puede observar aunque en la propia comisión se advirtió la necesidad de que se estableciera un Control Material de la Acusación, bajo el prurito que no se podía afectar la independencia del Juez, se perdió una oportunidad de oro, para establecer desde el primer momento un mecanismo de control que garantizará que la acusación de la fiscalía no se desbordara, pero además de paso evitar que cuando en concepto del Juez, éste considera que la acusación no sea correcta decida apartarse de ella, profiriendo una sentencia que no termina respetando la acusación, en un claro uso de facultades *iura novit curia*, que no existen en los sistemas acusatorios.

Pero ello se ve más claro cuando en esta misma sesión se tocó el tema de la congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, y se termina proponiendo un sistema que no es propio de los procesos de corte acusatorio. Así, Jaime Granados al analizar el artículo 398 que consagraba el contenido de la acusación y sus documentos, reconoce facultades *iura novit curia* en el Juez, al afirmar que “(...) *respecto del numeral segundo, la imputación es fáctica y no jurídica, porque la variación de la calificación trae muchos problemas y el juez es quien debe calificar de acuerdo con los hechos*”; numeral segundo que se refiere a

la relación clara, precisa y sucinta de los hechos que se deben hacer en la acusación, pero en donde la posición del comisionado implica que sea el Juez el que determine la denominación jurídica de los mismos. Andrés Ramírez, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, estimó que la mesa de trabajo, planteó la necesidad de una congruencia objetiva referida a los hechos que son enunciados en la resolución de acusación y una congruencia subjetiva referidas a las personas que son cobijadas por la sentencia condenatoria. Adicionalmente, indicó que se debe precaver la posibilidad de una modificación de los cargos presentados por la fiscalía al momento de surtirse los alegatos, reconociendo una circunstancia fáctica determinante, cual es la práctica de la prueba que se realiza en el debate, pudiendo modificarse por esta vía la visión jurídica que tenga la fiscalía pudiendo acusar por Peculado por apropiación pero demostrarse con la prueba de descargo que se trata de un abuso de confianza. (Osorio, y Morales, Acta No 23, 2005: 569).

Igualmente el doctor Guarín, Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura señaló, que como el Control de la Acusación es formal, incluso lo puede realizar el secretario del despacho, porque no se viola ningún derecho fundamental y simplemente se devuelve para que se corrija, insistiendo que el Control no lo debe realizar el Juez, porque no es una discusión del contenido (Osorio, L y Morales, M, Acta No 23, 2005. P: 573), lo que muestra la poca o nula importancia que se le dio al control que se debía realizar a la acusación. En ese sentido, Jaime Granados insistió en la necesidad de que el Control fuese realizado por el Juez, más aún porque es una decisión de carácter jurisdiccional, ante lo

cual el doctor Guarín agregó que no se requiere de una inteligencia específica y de valoración para poder realizar ese control, recordando Granados que es una decisión jurisdiccional, ya que implica que se le rechace a la fiscalía que es la que ostenta el monopolio de la acusación y no se puede dejar en manos de un secretario por mas ilustrado que sea.

Carlos Mejía, en calidad de asesor del Defensor del Pueblo reclamó que ese control lo realice el Juez, ya que si el escrito de acusación es confuso no lo puede admitir, pero esa decisión es exclusiva del Juez, además estimó que es muy importante entrar a determinar la congruencia, respecto de la presentación del cargo, debiendo ser relevante determinar si el Juez posteriormente se puede salir del marco de la acusación realizada por la fiscalía.

La discusión planteada deja ver claramente que en la Comisión se optó por pensar en un control formal y no material, e incluso se le llegó a dar tan poca importancia que se planteó que podía ser realizado por un secretario. Por otra parte, en materia de congruencia, se pensó la misma en términos de componente fáctico y personal, pero no jurídica, lo que permite señalar que si bien es cierto, se estaba estructurando un código para un modelo de corte acusatorio, se seguía pensando en contexto de un sistema de naturaleza mixta.

Esto se hace más evidente en la sesión del 30 de junio de 2003, que se condensa en el acta No 25, en la que se volvió a discutir el tipo de congruencia que debe irradiar el sistema, y frente a la preocupación que en esa materia expresó el doctor Luis Camilo Osorio, Andrés Ramírez, afirmó que existen dos posturas: unos que señalan que esta debe ser exclusivamente fáctica pues el

marco que tiene el juez es el código penal y otra, en donde se limita a la calificación que se dio en un principio, a lo que el doctor Osorio precisó que la congruencia la hace el juez durante el juicio y no el fiscal, insistiendo en su propuesta de formular la acusación en un formato, donde se especifique lo que se requiere sin explicar la congruencia. (Osorio, y Morales, Acta No 25, 2005: 604)

En este punto se debe señalar que los sistemas de Corte Acusatorio tienen un control material de la acusación. Así, en los Estados Unidos, existe la figura del Gran Jurado, que en palabras de Thaman, se ha ganado la reputación de “timbre de goma”, en la medida que su función principal, sigue siendo dictar los cargos que le presenta el Ministerio Público (Thaman, 2005: 167), pero que más que dictar los cargos, su función consiste en ejercer un control sobre la actividad acusador de la fiscalía.

Control que además implica ponerle una talanquera a la actividad de la fiscalía, la cual no puede de manera continua y reiterada tratar de acusar a una persona, evitando con ello una doble persecución, como se desprende la de decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en la sentencia *Green vs. United States de 1967*: *“La idea que subyace (a la prohibición de la doble persecución)- idea que está profundamente enraizada en el sistema anglosajon- es que al Estado que dispone de todos los recursos y poder no se le debe permitir que lleve a cabo reiterados intentos por obtener la condena de una persona, sometiéndola consecuentemente a vergüenza, gastos y tribulación (ordeal) además de obligarla a estar sometida a un estado de ansiedad e*

inseguridad. Ello, además, aumentaría la posibilidad de que aun siendo inocente, ese sujeto pueda resultar condenado”. (Thaman, citado por Urbano, 2013: 174).

Ello incluso debe llevar a pensar que en el caso colombiano, y a efectos de evitar una doble incriminación, la fiscalía debe quedar impedida para que por los mismos hechos, con posterioridad a la acusación y por aparte presente una nueva imputación, alegando que los mismos se encuadran en otra conducta típica, pero que inicialmente no se incluyó en la acusación inicialmente realizada. Ese control material a la acusación que se debería realizar a la fiscalía, implica que el ente acusador queda advertido que por esos hechos, no puede realizar por aparte una imputación adicional, tampoco podría el juez ordenar que se compulsen copias, para que de forma independiente se investiguen hechos que en su concepto igualmente encuadran en la conducta ilícita; acorde con lo anterior ese control material debe evitar que la fiscalía por su parte impute otra conducta que se deriva de los mismos hechos, lo cual además viola una garantía para el procesado en la medida que le implica enfrentar dos procesos penales cuando todo se debió adelantar por una sola cuerda procesal y, en segundo lugar, el juez queda impedido para ordenar que por aparte se inicie una investigación, entre otras razones, porque ello implicaría inmiscuirse en la actividad de la fiscalía y, naturalmente ello no impide que el Juez compulse copias para que se investiguen delitos que se hubiesen podido cometer en desarrollo del proceso como cuando estima que un testigo ha faltado a la verdad.

Similar situación ocurre en Alemania, ya que cuando el Ministerio Público promueve la persecución penal en contra del autor de una infracción penal, el

Tribunal competente examina en primer término si efectivamente es posible proceder a un juicio penal público, que es lo que se llama la *Eröffungsverfahren* (Knut, A 2005 Pag 43), Control intermedio en el que se produce la decisión judicial sobre la apertura del procedimiento, el cual se da cuando el procedimiento de investigación no ha conducido al sobreseimiento de la persecución penal. La importancia del procedimiento intermedio reside en su función de control negativo: discutiendo la admisibilidad y necesidad de una persecución penal posterior por un juez independiente o por un tribunal colegiado en una sesión a puertas cerradas, se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado (Roxin, 2000: 347), con ello lo que se procura evitar es que se puedan realizar acusaciones sin el debido soporte probatorio, buscando por esta vía que se respete el debido proceso en el contexto de un sistema de corte acusatorio.

Así las cosas, en el caso colombiano, el modelo que se debe implementar es el de fase intermedia como etapa decisorial o decisional, que sea ejercido por un Juez de Control de Garantías, que tendrá que ejercer un control no solo formal, sino material de la acusación, a efectos de que solo sean llevados a juicio oral aquellos casos en que existan elementos materiales probatorios de los cuales se pueda inferir con probabilidad de verdad que la sentencia será de naturaleza condenatoria.

Ante este mismo juez, y una vez definido que será procedente la acusación, la fiscalía y defensa deberán realizar la enunciación de pruebas, realizaran las estipulaciones probatorias y las solicitudes de pruebas, con lo cual se garantiza

que exista imparcialidad porque con ello el Juez de Juicio, no tiene un sesgo de ninguna naturaleza, previo a que llegue al Juicio.

4.3. La acusación debe tener un componente fáctico, personal y jurídico que no puede ser modificado.

La Acusación tiene un componente , fáctico, que se refiere a los hechos, personal, que hace relación a la persona, probatorio, que implica el señalamiento de la forma como se probaran los hechos y, el jurídico, que se concreta en la denominación jurídica de los hechos, la cual es fijada por el fiscal con el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de acusación, en el entendido de que este es un acto complejo, que de manera clara se constituye en un punto de partida fundamental para que se pueda ejercer de manera adecuada el derecho de defensa, porque sabiendo a quien se acusa, cuáles son los hechos que son materia de la misma y la denominación jurídica que se le da a estos, la defensa tiene claridad absoluta del comportamiento materia de acusación y esto permite que a partir de esta labor que realiza el Fiscal, pueda estructurar de manera clara su defensa.

Ejercicio del derecho de defensa, que además parte de la base que con el escrito de acusación la fiscalía realiza el descubrimiento probatorio, el cual, tal como lo establece la Ley procesal penal colombiana debe ser completo, lo que implica que incluya elementos probatorios, testigos y peritos que sean favorables a

la defensa, acatando además el principio de objetividad consagrado en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que establece que el ente acusador debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, y solo después de realizar este ejercicio es que finalmente determina si realiza una acusación o no. Pero al optar por la primera opción, necesariamente debe entregar a la defensa todos los elementos que tiene en su poder para garantizar que esta pueda realizar una actividad que sea clara y completa, y ello, naturalmente, va de la mano, de manera que solo, en un momento posterior, como es la audiencia preparatoria, la defensa realiza el correspondiente descubrimiento probatorio.

Más aún, en punto de la persona y los hechos que fueron materia de imputación, tienen que ser los mismos que son materia de acusación, porque modificar los hechos, afectaría garantías en el proceso penal, sería atentatorio de los derechos del procesado, pues si unos fueran los hechos que se imputan y otros por los que se lo acusa, se le habría cercenado al acusado el derecho de haber aceptado los mismos en la imputación y la posibilidad de obtener la correspondiente rebaja punitiva, pero más absurdo sería que una sea la persona a la que se imputa y otra a la que se acusa, es por ello que en esta materia no puede existir ninguna modificación entre la imputación y la acusación.

Esto además redundaría en la garantía de poder ejercer un derecho de defensa sin que pueda ser sorprendido en la sentencia con una providencia que determina que la denominación jurídica es diversa. En esta medida, la defensa tiene claro que si se acusa por secuestro no tiene que entrar a establecer una estrategia probatoria para probar no solo que no es un secuestro, sino que

tampoco puede ser una extorsión o cualquier otra conducta que finalmente sea la que en concepto del Juez es la que se tipifica.

Hoy con ese prurito se ha avanzado sobre la tesis que lo único que no puede ser modificado son los hechos, pero la denominación jurídica puede variar, reduciéndose la congruencia a lo personal o subjetivo y a lo fáctico, pero nunca a lo jurídico, y termina generando que la defensa se vea abocado a realizar actividades imaginativas para lograr comprender cuál va a ser en la lógica del juez, la conducta que se tipifique, así esta sea sustancialmente distinta a aquella por la que se acusó.

Además, se acaba con el argumento de que en aras de realizar un acto de justicia, el Juez puede condenar por una conducta a la que finalmente se le da una denominación jurídica distinta en la sentencia, a la que dio la fiscalía en la acusación e incluso a aquella que establece cuando pidió sentencia condenatoria.

Un sistema de corte acusatorio y en aras de que se haga un acto de justicia, implica que el juez profiera sentencia respetando la calificación realizada por la fiscalía, porque los roles son distintos y en consecuencia no puede el juez de ninguna manera dictar sentencia a partir de una denominación jurídica que le da a la conducta porque en su concepto es la correcta, olvidando que un proceso bajo la égida acusatoria, imposibilita que el Juez pueda realizar este tipo de correcciones.

Realizado el control material de la acusación y habiendo recibido el aval del Juez al que le corresponda esta tarea, no se puede realizar ninguna corrección a la misma por parte del Juez y mucho menos por parte del propio fiscal, es decir ya

no hay lugar a que se permita la realización de alguna corrección o modificación a la acusación. Ello además redundaría en la realización de un proceso, donde todas las partes tienen absolutamente claros los hechos y la denominación jurídica de los mismos y a partir de ello, se estructuran de manera definitiva las teorías del caso y la forma como van a ser probadas.

4.4. El fiscal debe respetar ese marco de acusación y sólo lo puede modificar en lo jurídico de forma favorable al finalizar la audiencia del juicio.

En este punto y como marco de partida debe señalarse que en la versión original del código de procedimiento penal se acude a la figura de *“hechos jurídicamente relevantes”*, con el propósito de precisar la tipificación nada más que en el alegato final del fiscal. La explicación es sencilla, pues solo después de practicadas las pruebas se alcanza un nivel de certeza suficiente para proceder a la calificación jurídica. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue la que forzó a que la calificación se diera desde la imputación, aduciendo, entre otros, razones de competencia, lo cual evidencia que otra ligereza de la comisión redactora constitucional, fue no tener en cuenta que los jueces, en las formas de enjuiciamiento acusatorio-adversativa, solo se clasifican en primera y segunda instancia, y resulta completamente opuesto que se los clasifique por el factor material de competencia. Al suprimirse, automáticamente perdería sustento el argumento de la competencia por el factor material, y se liberaría al fiscal de tener

que precipitar una calificación que, muy seguramente, en el devenir del proceso deba tener que adecuarla.

A partir de esto, debe señalarse que el proceso se estructura sobre la base de que las funciones de acusación y juzgamiento son distintas y, en consecuencia, el juez no se puede inmiscuir en forma alguna en el acto de acusación, pero de la misma forma, ese respeto se le exige al representante del ente acusador, que se ve compelido a no poder modificar ni la imputación fáctica, ni la personal, es decir, tanto la persona como los hechos materia de la acusación son inmodificables y, a partir de la audiencia de acusación, ella se constituye en el faro que guía el proceso.

La única modificación que se podría realizar sería la jurídica, en la medida que el fiscal encuentre que no pudo acreditar la misma, eliminando, por ejemplo, circunstancias de agravación que no pudo dar por probadas y solicitando, en consecuencia, que no se dicte sentencia condenatoria por un homicidio agravado sino por uno simple, porque no pudo dar por probado que efectivamente la misma ocurrió, lo cual, además debe estructurarse de esta manera en la medida que al ente acusador se le exige que respete el principio de objetividad y acorde con ello y dentro del marco de lealtad que irradia el proceso debe hacer la petición acorde a lo que se probó en desarrollo del juicio.

En el mismo sentido, tampoco podrá el fiscal en la petición eliminar circunstancias genéricas de menor punibilidad o de atenuación que fueron reconocidas desde la misma acusación, así, si en un caso de homicidio, en la audiencia de acusación el fiscal aceptó que el mismo se realizó en estado de ira e

intenso dolor, no podrá el representante del ente acusador, al hacer su petición de condena, eliminar la misma en la medida que no fue probada, porque implicaría asaltar incluso a la defensa que no se pudo haber centrado en acreditar una circunstancia de esta naturaleza, cuando partía de la base de que la misma ya había sido reconocida por el ente acusador, guardando un símil con lo que ocurre en la audiencia preparatoria, esta es una circunstancia jurídica que queda estipulada y que no puede ser discutida de ninguna forma.

4.5. El juez debe respetar integralmente en su sentencia la acusación emitida por el fiscal.

El proceso se regula por los principios adversarial y el acusatorio, los cuales se complementan, y esto establece una clara diferencia con el sistema mixto. El principio adversarial implica que los únicos adversarios, en consecuencia, que pueden controvertir, son las partes. Si el juez entra a controvertir al acusador o al defensor, necesariamente ocupa una posición de acusación o de defensa, siendo complementario del principio acusatorio, que por sí solo no define la esencia del modelo acusatorio, pues la Ley 600 de 2000, por ejemplo, también tiene fuertes elementos acusatorios, pero eso no desmiente su naturaleza inquisitoria. Por su parte, el principio acusatorio, que enseña que las facultades de acusación y juzgamiento recaen en autores distintos, el juez se ve compelido a respetar integralmente la acusación, sin realizar modificaciones de ninguna naturaleza, así

alegara que ello lo realiza en aras de emitir una sentencia que sea justa, porque bajo la misma argumentación se tiene que entender que lo que es justo en un sistema de corte acusatorio, es que la sentencia se acople, y en consecuencia sea congruente con la acusación, no pudiendo apartarse de la misma de forma alguna.

Además, porque no podría alegarse que la acusación fue equivocada o no realizada de manera correcta, ya que este punto fue superado en el momento en que un Juez distinto al que va a dictar sentencia realizó un control material de la acusación, es decir, le impartió su bendición y con ello quedó claramente determinado que la misma había sido formulada de manera adecuada y con ello se le comunica al juez del juicio, que en esta materia no puede realizar modificación alguna, debiendo en consecuencia respetarla integralmente.

Si la misma no corresponde a la realidad de los hechos que se imputan, el juez no puede ejercer control de ninguna naturaleza y debe simplemente aceptar que esa acusación es la que corresponde y si al final del juicio no está de acuerdo con ella y naturalmente entiende que el fiscal no pudo probar que los hechos materia de la acusación fueron probados o no correspondan a la denominación jurídica que se realizó deberá emitir sentencia de carácter absolutorio.

Ello además redundaría en la obligación que tiene el fiscal de realizar una acusación que sea correcta, porque si la misma es equivocada, la consecuencia natural es que el juez debe absolver y de la misma forma también interiorizará la idea de que ya no puede esperar que el Juez corrija los yerros de una acusación equivocada como hoy ocurre, bajo la égida de la facultades *iura novit curia*, que generan que sea el juez el que cumpliendo esa labor termine estableciendo

ajustes a la misma para con ello, poder dictar una sentencia acorde a lo que a él le parezca así la misma no concuerde con la denominación jurídica que se le da a los hechos en la acusación realizada por la fiscalía.

Adicional a lo anterior, evita colocar a la defensa en un ejercicio de imaginación como hoy ocurre en donde sabe que tiene que estructurar su defensa no solo a partir de la denominación jurídica que estableció a fiscalía sino buscando comprender cuál será la que finalmente determinara el juez como correcta, tal como se observa donde es viable que a una persona se la acuse por hurto agravado por la confianza, y se lo pueda finalmente condenar por abuso de confianza o peculado por apropiación como si jurídicamente fuesen las mismas figuras, o como ocurrió en un caso donde inicialmente se acusa a unos soldados como cómplices de homicidio y la Corte termina condenando por autoría de encubrimiento, donde entiende que existe congruencia, cuando un delito protege el bien jurídico de la vida y otro el de administración de justicia (CSJ SP1402-2017. Radicación N° 46099 de 8 de febrero de 2017). Redunda en que se acabe con la idea de que la congruencia se reduce exclusivamente a lo personal y fáctico, pero no frente a lo jurídico como hoy ocurre, bajo la egida de que el juez debe corregir los yerros que en esa materia cometa el fiscal, olvidando que acorde a un sistema que establece roles distintos el juez no tiene facultades de esa naturaleza.

4.6. Si el fiscal decide pedir absolución, esto equivale a retirar los cargos y sin ellos el juez no puede dictar sentencia: Si el juez puede condenar cuando el fiscal retira los cargos, implica que, de facto, hace de fiscal y de juez.

En los sistemas de corte acusatorio, en donde las funciones de acusación y juzgamiento corresponden a actores distintos, sin que pueda inmiscuirse el juez en la actividad del fiscal. La consecuencia natural de ello radica en que solo en la medida que el fiscal pida condena, podrá el juez emitir una sentencia de esta naturaleza. La petición de absolución realizada por el ente acusador equivale a un retiro de los mismos y sin que existan cargos no se puede emitir sentencia condenatoria. Si el Juez puede condenar cuando el fiscal retira los cargos, implica que de facto el Juez cumple los papeles de fiscal y juez.

“En cambio, 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

trípode acusación –petición de condena- sentencia.” (Corte Suprema de Justicia radicado 15483, sentencia de 13 de junio de 2006).

Permitir que el Juez pueda condenar, a pesar de que la fiscalía pida absolución, porque acorde con su leal saber y entender no existe prueba que edifique un fallo condenatorio, implica reconocer en el Juez facultades *iura novit curia*, que envuelve que acepte que la acusación se mantiene a pesar de que esta formalmente no se mantiene por decisión del ente acusador, lo cual resulta equivocado, más aún cuando se ha utilizado como argumento que ello es válido porque el juez no es un avalador de la posición de la fiscalía. (CSJ SP-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016).

No se trata de que el Juez avale o no la posición de la fiscalía, sino que entienda que en sistemas acusatorios adversariales, se tiene un rol distinto y, por lo mismo, si el ente acusador pide absolución, el juez se ve obligado a dictar una sentencia, independientemente de lo que estime acorde a lo que la prueba le indique, o lo que puedan considerar Ministerio Público o apoderado de víctimas.

Esto además debería repensar la institución del Ministerio Público que se tiene en Colombia y que no es propia de los sistemas adversariales, que genera un desequilibrio en un sistema de partes que solo debería tener como tales el fiscal y el defensor frente a un tercero imparcial como es el juez, que dictará finalmente una sentencia en la medida que se demuestre que una de las dos tesis fue acreditada, pero, si el propio ente acusador es el que acepta que su tesis no prosperó y así lo manifiesta, el juez queda atado por esa decisión.

En ese mismo sentido, si la fiscalía pide absolución, la consecuencia natural no es solo que la sentencia debe ser absolutoria, sino que además el proceso finaliza en ese momento, sin que exista la posibilidad de interponer recursos por apoderado de víctimas, Ministerio Público y mucho menos el fiscal, como hoy se observa en Colombia, en donde la fiscalía ha pedido absolución, el juez absuelve y frente a dicha decisión el ente acusador interpone recurso de apelación y más absurdo que el mismo prospere, lo cual rompe garantías, porque un defensor que conozca el sistema entiende que, si en el alegato el fiscal pide absolución, ni siquiera se ve obligado a argumentar las razones que deben llevar a que se dicte sentencia absolutoria, porque la petición del fiscal se constituye en una camisa de fuerza que exige que el juez necesariamente absuelva.

4.7. Al no existir un control material de la acusación, se debe acudir a vías de solución que permitan una respuesta coherente con el sistema.

La necesidad de que se implemente un control material a la acusación, garantiza que una vez la acusación pase por el tamiz de un Juez de Control de garantías, la misma deberá ser respetada integralmente, pero ante su no implementación en Colombia tres pueden ser las vías de solución.

1. Al momento de dictar la sentencia, el juez declara lo demostrado, de tal forma que si la fiscalía no demuestra su teoría, el juez debe absolver. No se puede perder de vista que el juez, por razones de imparcialidad, no puede

tener su propia teoría del caso. En ese sentido, se debe actuar en consonancia como lo hace la Corte Penal Internacional, dando aplicación al Estatuto de Roma, que exige que el Tribunal se contraiga a declarar lo que se demostró en la sentencia, ello reitera la necesidad de que en Colombia se establezca una audiencia de causa probable.

2. Por razones de justicia material, y en casos extremos donde es evidente que la acusación es equivocada, el juez podría intervenir. La regla general implica que el Juez no se entromete, pero, excepcionalmente, el Juez lo podría hacer aplicando la misma regla ya señalada por la Corte, de un control material excepcional a la acusación y bajo el tamiz de que no inmiscuirse en la misma puede generar el riesgo de que se concrete una decisión injusta.

3. Una tercera opción sería con la implementación del Jurado de Conciencia establecido constitucionalmente, y con ello se soluciona el punto, en la medida que el veredicto lo emite el Jurado en su condición de representante de la sociedad, para ello, naturalmente, se debería reglamentar la actividad de los mismos.

4.8. El fiscal debe responder por no acreditar su acusación.

En un sistema de Corte Acusatorio, como históricamente ha existido, el fiscal tiene la obligación de realizar una acusación de manera responsable, y, en consecuencia, el no actuar de esta forma debe generar responsabilidad para este,

lo que en algunos casos podría generar consecuencias graves incluso de tipo penal, cuando definitivamente la acusación realizada no tenía mayores soportes, dado lo que implica haber sometido a una persona a un proceso penal y a lo que se puede denominar “la pena del banquillo”, el haber padecido en muchos casos, el daño a su buen nombre, incluso con el tratamiento que al tema se le da por los medios de comunicación, donde la persona queda sometida al rigor de la sociedad que se entera de la situación procesal que enfrenta y que inmediatamente asume partida, al daño a la tranquilidad de la vida de familia y a la afectación laboral que en muchos casos esto genera.

Desde luego no se trata de una responsabilidad objetiva, es preciso diferenciar cuándo el fiscal actúa con dolo o culpa grave, de los casos en que siendo sólida la acusación, la defensa alcanzó un mejor desenvolvimiento, y el juez tuvo que optar por su teoría del caso, no porque el acusador haya sido irresponsable, sino por idoneidad mayor. En este caso, la responsabilidad del fiscal no podría ser igual a cuando se deriva dolo o culpa grave de su proceder.

En Roma, cuando la acusación no tenía ningún soporte, el fiscal era investigado por calumnia por haber realizado una falsa imputación, como también se lo investigaba si desistía falsamente de la acusación o cuando de manera dolosa realizaba una acusación que permitiese garantizar al final una sentencia absolutoria. (Justiniano, 1964: 303, y en el mismo sentido Momsen 1999: 228)

Pero igualmente, porque el haber ejercido de manera irresponsable esta actividad acusadora, implicó poner en funcionamiento todo el aparato judicial del Estado, con las implicaciones de carácter económico para este; cada proceso que

se inicie tiene unos costos económicos que se concretan en todo lo que implica el desarrollo de un juicio oral.

Además, aunque un mecanismo corrector es el haber establecido un control material de la acusación, a través del cual el juez determina que efectivamente los hechos que se señalan por parte del fiscal tengan una connotación jurídica y además que la calificación que a los mismos se haga sea la correcta e incluso que cuando se realiza el descubrimiento de los elementos el juez se percate de la existencia de ello, lo cierto es que solo cuando se practican las pruebas es que el Juez de Conocimiento se percata si efectivamente el acervo probatorio permitía soportar la acusación, y que en caso de que definitivamente se llegue a la conclusión que no existía un acervo mínimo serio e incluso que del mismo se podía determinar con claridad que la conducta era atípica o que el procesado no podía ser autor o participe de estos hechos, ello debe generar consecuencias para el propio fiscal.

Esta consecuencia se deriva de la necesidad que se entienda que en un proceso garantista, el Estado no puede estar generando acusaciones sin ningún tipo de respaldo probatorio, porque el daño que se le hace a una persona, a su buen nombre, la afectación a su tranquilidad familiar, es irreparable. El fiscal debe entender que si bien es fundamental que acuse cuando exista mérito para ello, también debe comprender que su inadecuado, y si se quiere, irresponsable ejercicio, necesariamente va a tener consecuencias, lo que además se constituye en una talanquera a las acusaciones desbordadas que incluso terminan afectando los procesos de negociación que son consustanciales al sistema acusatorio.

Hoy en día se realizan imputaciones y acusaciones que son totalmente desproporcionadas donde existen claramente un concurso aparente de tipos, o por el mismo comportamiento a la persona se le imputa o acusa por varios delitos y como además, ni en la imputación ni en la acusación se realiza un control material, la persona se ve abocada en algunos casos a no poder aceptar los hechos porque la denominación jurídica que se le da a estos no corresponde a la realidad. Nunca será lo mismo un peculado por apropiación bajo la modalidad dolosa que uno de naturaleza culposa porque las consecuencias punitivas de aceptación son totalmente distintas.

Pero además, si con posterioridad se busca realizar una negociación, en ella a veces se ofrece por el representante del ente acusador retirar uno de los cargos que realmente no existe, en el fondo no ha existido negociación de ninguna naturaleza.

Es por ello que un sistema garantista debe tener como mecanismo de corrección, el que se generen consecuencias para quien de manera irresponsable acusa, cuando era evidente que la conducta era atípica o no tenía el soporte probatorio mínimo del que se permitiera inferir que el procesado es autor o participe de un hecho.

El artículo 336 de la Ley 906 de 2004 establece que el fiscal presentará el escrito de acusación ante el Juez competente para adelantar el Juicio cuando de los elementos materiales probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o participe. Este es el deber ser, pero, en la

práctica, nada garantiza que se acuse sin que tenga el respectivo soporte probatorio que permita acreditar más allá de toda duda razonable, que el acusado es al autor o participe de la conducta.

Ello nos hace pensar en un mecanismo de corrección adicional que radica en que al interior de la fiscalía se deba ejercer un control sobre la labor de quien va a acusar a efectos de garantizar acusaciones con un soporte probatorio adecuado, el cual puede recaer en los Jefes de las respectivas unidades, además, porque se evitará hacia el futuro que se presenten demandas contra el Estado, y concretamente contra la Fiscalía General de la Nación por privación injusta de la libertad como consecuencia de una acusación mal realizada.

No será lo mismo que al final del juicio el director del proceso absuelva porque existe una duda que es razonable a que lo haga porque definitivamente la fiscalía no tenía como soportar razonablemente esa acusación y será en este último caso que precisamente ello deberá generar consecuencias para quien así actúe.

Esto además se constituye en un mecanismo de corrección frente a un sistema que está lleno de acusaciones, que no tienen ninguna razón de ser y que hace mucho más dramático los niveles de congestión que hoy se tienen y que además, permite que el fiscal entienda que no todo debe ir a juicio; que incluso existen figuras alternativas como el principio de oportunidad, o la preclusión de la investigación que le pueden dar una solución más eficaz al proceso, pero que además, le ayuda a interiorizar que el acto de acusación debe ser serio, responsable, con los debidos soportes; porque someter a una persona a un

proceso con lo que esto genera, incluso en costos de defensa, aunado a todo lo ya señalado, es un acto de injusticia contrario a todo lo que debe ser un proceso penal de un Estado social y democrático de derecho que se rige por los principios acusatorios y adversariales y dentro de un marco garantista.

Si el fiscal tiene claro que incluso al final del juicio, es él quien puede terminar procesado por un comportamiento prevaricador, comprenderá que la acusación no puede realizarse de cualquier forma, que el daño que se hace es muy grave, que es irreparable, que tener sometida a una persona a proceso durante largos años con una espada de Damocles encima de su caso, con la angustia de que en cualquier momento puede resultar condenado y si además tuvo que soportar este proceso privado de su libertad, necesariamente debe implicar que el representante del ente acusador realice un trabajo mucho mas serio, ponderado y justo, porque una acusación seria hace parte de ese acto de justicia que debe irradiar y permear el proceso penal.

Además, no debe perder de vista que tiene dos caminos adicionales: *archivar* el proceso tal como lo establece el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, cuando la conducta es atípica por razones de atipicidad objetiva, decisión que debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público (Corte Constitucional C-1154 de 2005) o, solicitar *preclusión* de la investigación en aquellos casos que no tenga como acreditar los requisitos sustanciales para poder radicar el escrito de acusación; es decir, el fiscal debe entender que la acusación será el último camino en el que tiene que pensar.

Se acusa cuando se reúnen las condiciones jurídicas para ello, pero si estás no se dan, no puede optar por esta vía aun en aquellos casos que tenga la convicción íntima que el indiciado o imputado es responsable. Si no tiene como acreditarlo, no puede asumir ese camino, porque con el paso del tiempo las consecuencias repercuten en su contra.

En últimas, se proponen dos mecanismos de corrección: uno al interior de la fiscalía, para que se eviten acusaciones incorrectas más aun en casos en que pueda existir persona privada de la libertad y, un segundo, frente al propio fiscal, que optó por acusar de manera irresponsable y que finalmente deberá asumir las consecuencias de su irresponsabilidad.

Un fiscal no puede perder de vista que cuando presenta una acusación, para bien o para mal, cambie el rumbo de la vida no solo de una persona, sino de su familia, y ello exige que reflexione antes de hacerlo, porque los costos en materia de dignidad, tranquilidad, buen nombre e incluso trabajo y rechazo social son muy altos.

En la experiencia Chilena existen responsabilidades políticas, penales, civiles y disciplinarias para el fiscal. Responsabilidad política, que se aplica al Fiscal Nacional y Fiscales Regionales, que debe ser declarada por los cuatro séptimos de los miembros en ejercicio de la Corte Suprema a requerimiento del Presidente de la República, la Cámara de Diputados o diez de sus miembros y el propio Fiscal Nacional, tratándose de los Fiscales Regionales (Duce, y Riego, 2012: 558); posibilidad que debería llevar a pensar que la Fiscalía General de la Nación, debería hacer parte del poder ejecutivo, y cuyo nombramiento debería

recaer en el Presidente de la República. De esta forma se le podría exigir al Gobierno responsabilidad por los errores en las investigaciones. Hoy, en Colombia, difícilmente se le pueden pedir cuentas al Gobierno Nacional por los errores y falencias en las investigaciones y resultados contra la delincuencia, en la medida que la Fiscalía no hace parte del Poder Ejecutivo.

En Colombia no se ha dado el primer caso de responsabilidad política para el Fiscal General por errores graves en las investigaciones y debería existir, como en el aberrante caso del proceso contra el diputado Sigifredo López, que contra toda evidencia probatoria fue sometido a un proceso por secuestro, a pesar de haber durado secuestrado por más de siete años, y con todo el aval del Fiscal General de la época, fue privado de la libertad, para que finalmente se tuviese que aceptar que no tenía nada que ver con este hecho, pero el daño ya estaba producido sin que hubiese existido ningún tipo de responsabilidad política, que en un país serio hubiese implicado que el Fiscal General de la Nación debía ser retirado del cargo. En ese sentido, se tiene que implementar claramente esa responsabilidad política.

Igualmente en Chile existe una responsabilidad penal, la cual se encuentra regulada en el artículo 46 de la LOCMP, norma con la que se pretende dar garantía que la investigación será llevada en forma seria y estará exenta de presiones a nivel interno que impidan arribar a resultados concretos (Duce, y Riego, 2012: 559), en ese sentido, no se trata de que se piense que la responsabilidad penal se da solo cuando se ven actos de corrupción en el fiscal, sino también cuando un ejercicio irresponsable de su actividad como

representante del ente fiscal lo lleve a realizar acusaciones sin ningún soporte y que pueden implicar que una persona se vea sometida a un proceso de forma injusta, en la medida que se vio abocado a ello por un juicio impulsado por un fiscal y que no tenía ninguna razón de ser.

De la misma manera, en Chile se establece una responsabilidad de carácter civil y disciplinaria y así lo regula el art. 5 de la LOCMP en caso de actuaciones de los fiscales que resulten injustificadamente erróneas o arbitrarias, pero igualmente, una responsabilidad disciplinaria, consagrada en los artículos 48 a 52 de la LOCMP, que pueden implicar medidas que pueden implicar incluso la sanción de remoción (Duce, y Riego, 2012: 559-560). En ese sentido, en Colombia existe responsabilidad por parte del Estado, el cual puede repetir contra los fiscales o llamarlos en garantía en desarrollo de los procesos que se inicien contra el mismo, y ello exige que al Interior de la Fiscalía, con mayor razón, se establezcan controles, dado el numero alto de procesos contra la entidad y las sanciones que ha tenido que pagar; pero en ese mismo sentido si el Fiscal del caso es consciente que un yerro de esta naturaleza termina comprometiendo su patrimonio, de manera ponderada y reflexiva tomaría la decisión de determinar si acusa o no.

Con ello no se trata de enviar el mensaje de que no se acuse, sino que se realice cuando las condiciones jurídicas y probatorias del caso concreto así lo exijan; en caso contrario, el camino debe ser evitar someter a una persona a un proceso que no se justifica.

En el mismo sentido, el Fiscal del caso tiene que tener una responsabilidad disciplinaria, la cual probablemente es la que en este momento es más efectiva, y tal vez la única que hoy de manera real se da en Colombia.

4.9. Conclusiones del capítulo.

Como se ha estructurado a lo largo del capítulo, se hace necesario establecer correctivos al modelo procesal penal colombiano, que permitan de forma definitiva reconocer el valor del principio acusatorio, el cual complementado con el adversativo, definen la tendencia o modelo procesal, y la eliminación de las facultades *iura novit curia* que hoy tiene el juez. En esa medida, se hace indispensable acudir a diez mecanismos que permitirán lograr que se cumpla con el objetivo propuesto:

1. En ese punto se debe tener en cuenta que hay una definición constitucional del modelo procesal.
2. Ese modelo procesal se identifica por los principios acusatorio-adversativo
3. De los anteriores se desprende que, a diferencia de lo que ocurre con el modelo inquisitorial, que la imparcialidad del juez surge de:
 - a. La acusación es competencia exclusiva y excluyente del órgano encargado.

b. El juez no puede sino declarar qué teoría del caso, entre las expuestas por el acusador y la defensa, fue demostrada.

c. Las teorías del caso tienen elementos fácticos, personales, probatorios, jurídicos y retóricos. Únicamente las partes pueden formularlas.

d. El juez no puede sustituir en ninguna de sus funciones al acusador ni al defensor.

4. En la medida que el juez se inmiscuya en la labor de cualquiera de las dos partes necesariamente invade su posición, y desequilibra la condición adversativa.

5. Una de las máximas expresiones identitarias del modelo inquisitorial es que el juez *iura novit curia* intervenga los términos de la acusación e incluso, de la defensa.

6. Se ha pretextado que el juez, por razones asociadas a la justicia, al derecho, a principios, garantías, etc., puede y debe intervenir los cargos, con la única cortapisa de no poder agravar la situación del procesado proveniente de la acusación.

7. El anterior pretexto se desvanece en la medida en que, como ocurre con los modelos típicamente acusatorio-adversativos, exista un control previo, in situ o posterior a la acusación.

En Colombia ese control no se ha legislado, no obstante, por interpretación constitucional podría actualmente facultarse al juez de control de garantías a

realizarlo. Esto si no altera el poder configurador, pues desarrollaría lo que el congreso decidió para seguir en su línea, y no lo contrario.

8. Se hace necesario establecer un control material a la acusación realizado por un juez distinto al que va a conocer del juicio oral, lo que es propio de los modelos de corte acusatorio, al punto que incluso la propia Sala de Casación Penal ha tenido que aceptar que el mismo se podría ejercer por el juez en casos de graves violaciones derechos fundamentales.

9. En la misma vía se requiere la implementación de la etapa intermedia que permitiría ejercer dicho, control, lo que implicaría además que realizado ese control material el mismo traerá como consecuencia que la acusación que tiene un componente factico, personal y jurídico, no puede ser modificado de ninguna manera.

10. Ello trae como consecuencia natural que el fiscal debe respetar ese marco de acusación y solo lo puede modificar en lo jurídico de forma favorable al finalizar la audiencia del juicio; pero, igualmente, el representante del ente acusador deberá solicitar la absolución si en su sentir no se estableció más allá de toda duda razonable la responsabilidad del procesado.

Al no tener facultades *iura novit curia*, el Juez debe respetar integralmente la acusación, e incluso si el fiscal pide absolución no le queda camino distinto que el de absolver, tal como lo había reconocido la Sala de Casación Penal inicialmente.

Finalmente, el Fiscal debe responder por no acreditar su acusación, e incluso en determinados casos debe existir una responsabilidad política que debe recaer en el Fiscal General de la Nación.

Por otra parte, del poder configurador del Estado, proviene la definición o incorporación de una cierta tendencia procesal y ni siquiera una política judicial autoriza a los jueces, por alta que sea su jerarquía, a definirlo, y mucho menos a redireccionarlo cuando ya ha sido definido. En nuestro caso, más que por el congreso, que es el único competente, por la constitución, en consecuencia no es válido que por vía de jurisprudencia se terminen cambiando las reglas de congruencia que van en contravía del sistema que constitucionalmente se acogió a partir del acto legislativo No 03 de 2002.

CONCLUSIONES GENERALES

En Colombia se estableció el sistema acusatorio a partir del acto legislativo 03 de 2002, el cual exige que se respeten los principios que irradian el mismo, empezando por el propio principio acusatorio, que enseña que las facultades de acusación y juzgamiento recaen en actores distintos sin que sea posible que el Juez se involucre en el marco de la acusación y el adversativo en virtud del cual el proceso es de partes, y cada una de ellas cumple un rol distinto, donde la obligación de probar es de fiscalía y defensa, más no del Juez.

No obstante lo anterior, es decir, una orden de rango constitucional, lo que se observa en la práctica judicial es la persistencia en el otro modelo procesal.

Posiblemente se deba a que los operadores judiciales se mantienen en un esquema mental caracterizado por una tradición, dominada por practicar facultades *iura novit curia*. Al fin y al cabo, todos los códigos de nuestra historia republicana fueron sin excepción de naturaleza mixta orientado en su principalidad por el mencionado postulado. Implicando que la formación de los abogados, la doctrina procesal y la jurisprudencia producida durante poco más o menos de dos siglos corresponden a Jueces que formulan sus propias teorías del caso, que valoran pruebas y que por razones de justicia se consideran autorizados para reorientar las posturas de las partes. Mientras que el modelo acusatorio-adversativo lo prohíbe y contrae la competencia e imparcialidad de los jueces a declarar mediante la sentencia de mérito, que fue lo que el acusador logró demostrar de su acusación.

Los códigos de estructura mixta parten de una base conforme con la cual, al juez se le dan los hechos y este determina el derecho, lo cual lo faculta a que se involucre en el marco de acusación, cuando estime que es jurídicamente equivocado, lo cual no sería viable en los estatutos de corte acusatorio, en los que las funciones jurisdiccionales son diversas. Por ello, los jueces pierden su imparcialidad cuando de una u otra forma intervine el contenido de la acusación de la misma forma como a nadie se le ocurriría que la sentencia carezca de intangibilidad frente al acusador o al defensor. No obstante lo anterior, del acatamiento del principio *iura novit curia* se sigue practicando de hecho, al punto que en materia de congruencia la tendencia es a que se quede en lo fáctico y personal, pudiendo en lo jurídico producirse modificaciones y separación de la acusación jurídica realizada por la fiscalía. A tal conclusión se llegó tras verificar que en un 28,28 % de las providencias analizadas aplican principio *iura novit curia*, que un 26,26 % de las mismas se invocaron tanto el principio acusatorio-adversativo como el *iura novit curia*. Más específicamente, se pudo establecer que en el periodo 2015-2018, el 50% de las decisiones cobijaron la *iura novit curia* y un 22% ambos postulados. Lo particular de esta situación es que no es coherente ni válido la aplicación de los mismos de forma conjunta, pues inevitablemente el uno constituye la negación del otro.

La Corte Suprema de Justicia, quien tiene la misión de fijar pautas de interpretación y unificar jurisprudencia en cumplimiento de su misión de orientar a los jueces, se ha movido en materia de congruencia entre providencias que acatan el principio *iura novit curia*, reconociendo la existencia y aplicación de este de

manera expresa –*proceso 34022 decisión de 8 de junio de 2011, SP 6808-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016-*, y otras donde se faculta al juez que se irroque estas facultades, y, a manera de simple ilustración, pueden observarse decisiones: Rad. 25862 de 21 de Marzo del 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; providencia del 31 de Marzo del 2008. Rad. 29335. M.P. María del Rosario González de Lemos; decisión del 29 de Julio de 2008. Rad. 28961. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; decisión del 8 de Julio de 2009. Rad. 31803. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; Auto del 30 de Junio del 2010. Rad. 33255. M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Auto del 13 de Abril del 2011. Rad. 36118. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; Providencia del 28 de Marzo del 2012. Rad. 36261. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán y providencia del 18 de abril de 2012. Rad. 38260. M.P. Fernando Castro Caballero.

Otras, que acogiendo el marco constitucional que nos rige, se enmarcan en el respeto al principio acusatorio, a saber decisión del 29 de Junio del 2006. Rad. 24.529. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia del 1 Junio del 2006. Rad. 24764. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; Sentencia del 29 de Junio del 2006. Rad. 24529. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Providencia del 13 de Julio del 2006. Rad. 15843; Providencia del 7 de Septiembre del 2006. Rad. 25765. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia del 28 de Febrero del 2007. Rad. 26087. M.P. Marina Pulido de Barón; Providencia del 25 de Abril de 2007. Rad. 26309. M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Providencia del 30 de Mayo del 2007. Rad. 26588. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Providencia del 27 de Julio del 2007. Rad. 26468; Sentencia del 23 de Agosto del 2007. Rad. 27337. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez;

Providencia del 10 de Octubre del 2007. Rad. 28330. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; Providencia del 15 de Mayo del 2008. Rad. 25913. M.P. Javier Zapata Ortiz.

Además, se encuentran decisiones que acogen tanto el principio *iura novit curia*, como el acusatorio, como si fuese posible aplicar dos principios que operan como contrarios y que no se pueden emplear simultáneamente, entre ellos providencia del 1 de Febrero del 2012. Rad. 36907. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; Decisión del 29 de febrero de 2012. Rad. 38050. M.P. José Luis Barceló Camacho; Providencia del 21 de Marzo del 2012. Rad. 38256. M.P. José Luis Barceló Camacho; Providencia del 18 de Abril del 2012. Rad. 37337. M.P. María del Rosario González; decisión del 17 de Octubre del 2012. Rad. 33007. M.P. José Leónidas Bustos; decisión del 10 de Diciembre del 2012. Rad. 38532. M.P. José Luis Barceló Camacho; decisión del 27 de febrero de 2013. Rad. 39956. M.P. Gustavo Malo Fernández, todo ello, sin percatarse que dichos postulados son incompatibles y no es posible que el Juez pueda apartarse de la acusación, como si lo hace en el marco de la Ley 600 de 2000, no solo porque la norma lo permite, sino porque la naturaleza inquisitorial del proceso, así lo informa.

El tema se hace más complejo cuando se cambió la línea jurisprudencial que señalaba que si el fiscal pedía absolución, el juez no podía condenar porque ello equivale a un retiro de cargos (radicado 15843 de 13 de julio de 2006, 27413 de 13 de abril de 2008, 28124 de 22 de mayo de 2008 43837 de 11 de septiembre de 2013, 41290 de 25 de septiembre de 2913oy se acepta que el Juez pueda dictar sentencia condenatoria a pesar de que la fiscalía pida absolución -*Radicado*

26468 de 27 de julio de 2007, 27518 de 28 de noviembre de 2007, 29335 de 31 de marzo de 2008 y SP 6808-2016 radicado 43837 de mayo de 2016- lo cual, definitivamente enmarca el tema en el marco de un sistema mixto y con facultades *iura novit curia*, olvidando que en los procesos de Corte Acusatorio, la petición de absolución del fiscal equivale a un retiro de cargos y que, si esto ocurre, el Juez no tiene posibilidad distinta sino que absolver, tal y como se desprende del principio acusatorio en su más básica expresión; pues si no hay acusación, tampoco hay presupuestos para condenar.

Más aún, la tendencia de los últimos años ha radicado en darle preeminencia a las facultades del juez de inmiscuirse en la acusación en aras de tomar una decisión correcta, lo cual, por el contrario, va en contravía de la coherencia del sistema y en el garantismo, el debido proceso y el derecho de defensa, que exigen que una persona solo puede ser sentenciada por el delito que fue materia de acusación.

Ello nos lleva a pensar que no se ha entendido lo que implica uno u otro sistema, y que como corolario de lo anterior, se puede señalar que nos podemos estar enfrentando a decisiones inconstitucionales, en la medida que desconocen postulados establecidos en la propia Constitución. Por ende, se exige implementar mecanismos que hagan coherente y acorde con la reforma constitucional el acto de administración de justicia.

En desarrollo de esta investigación se ha logrado demostrar lo que acaba de sostenerse, es decir, que pese a existir una reforma constitucional que ordenó desde hace 17 años implementar un modelo procesal de estirpe acusatorio-

adversativo, la práctica judicial se acomodó a los presupuestos del modelo inquisitorial, traicionando los objetivos de la reforma.

Además, las razones invocadas en la jurisprudencia para sostener ese estado de cosas inconstitucionales, se basan en que Colombia no incorporó una modelo procesal cuyo enfoque sea “puro” o, que invariablemente deba responder a los presupuestos originarios del modelo.

Y, si bien, no puede menos que reconocerse que hay una manifiesta individuación del modelo (Moya, 2012) manifiesta, por ejemplo, en la presencia del ministerio público o la participación de las víctimas, ello no puede racionalmente permitir que se inviertan los fundamentos del modelo al extremo de hacer nugatoria la reforma. Es decir, sobre los principios característicos del modelo procesal, no pueden hacerse inversiones, al punto de hacer desaparecer sus características eidéticas.

Igualmente, la investigación en que se soporta esta tesis encuentra que, existen cuando menos tres formas de corregir ese estado de cosas inconstitucionales, a recordar:

La primera, refiere al establecimiento de un control material a la acusación que sea realizado por un Juez distinto al que va a conocer del juicio, en aras de garantizar que la actividad de la fiscalía sea correcta, lo que implicará, que si no pasa este filtro, no se puede dar inicio al juicio, pero, por el contrario, cumplido el mismo, se deberá respetar de manera absoluta por parte del Juez de conocimiento.

En ese mismo sentido se hace necesario establecer la fase intermedia, propia de los procesos de corte acusatorio, que se constituye en un mecanismo de control y garantiza la independencia del juez, en la cual, tanto las audiencias de causa probable como preparatoria, se realicen bajo la dirección de un juez distinto al del juicio, lo que redundará en la total imparcialidad de este último, quien no llegara imbuido en la teoría de la fiscalía; que es la única que ha conocido hasta ese momento. Además, se avanzará en la realización de juicios concentrados y con total acatamiento a los principios de imparcialidad, inmediación y concentración.

El juez, en consecuencia, queda obligado a respetar totalmente el marco de la acusación. lo que implica que, si no se acredita por la fiscalía, la misma debe necesariamente absolver, e igualmente, si el representante del ente acusador al finalizar el juicio estima que lo más ponderado es que se dicte una sentencia absolutoria, el Juez debe acatar esta petición, independientemente de lo que estime correcto.

Al no existir un control material de la acusación, debe acudirse a vías de solución que permitan una respuesta coherente con el sistema. Al momento de dictar la sentencia, el juez declara lo demostrado, de tal forma que si la fiscalía no demuestra su teoría, el juez debe absolver. No se puede perder de vista que el juez por razones de imparcialidad no puede tener su propia teoría del caso.

La segunda de las formas de corrección del mentado estado de cosas inconstitucional y que esta investigación encuentra, es que existen legalmente alternativas que, sin desafiar la naturaleza del modelo procesal, puedan acoger las

prevenciones de justicia material en que se han pretextado las facultades *iura novit curia* para los jueces, entre las que cuenta, por ejemplo, la declaratoria de nulidad o, eventualmente, y con base en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, un acto de modulación de la actuación, orientado a que retorne el proceso a manos del acusador, para que haga los ajustes necesarios, sin que pueda el juez ordenarle el contenido de la acusación.

La tercera de las formas de corrección, refiere a que la reforma constitucional de 2002 previno la institución del jurado de conciencia, lo cual implica que su implementación libera al juez de tener que hacer valoraciones de responsabilidad, pues el veredicto es competencia exclusiva y excluyente de dicha institución. Lo anterior corrobora que en Colombia los jueces no tienen facultades *iura novit curia*, como tampoco podría tenerlas el jurado.

Se debe establecer un sistema de responsabilidades para el Fiscal, que pueden llegar incluso al marco de lo penal cuando sea totalmente equivocada y de carácter político en cabeza del fiscal, cuando la entidad a su cargo no cumpla con el papel que le corresponde y esto genere que se produzcan acusaciones que sean lesivas de derechos de los ciudadanos de forma grave.

Como corolario, se debe afirmar que lo que se pretende es darle coherencia a un sistema que constitucionalmente es de corte acusatorio, pero que se quedó en el nombre, en donde se siguen tomando decisiones al amparo de facultades *iura novit curia*, que se suponen no compatibles con el mismo.

REFERENCIAS

Aguilar, M (2008) *“Naturaleza, función y ámbitos de actuación en la etapa intermedia del Juez de Control”*

Ángel López, A. M. (1956). “El derecho penal español de la baja edad media. Anuario de Historia del Derecho Español, 1956. Recuperado de: file:///C:/Users/carlosroberto/Documents/Trabajo/Sistemas%20Procesales%20Edad%20Media/Dialnet-ElDerechoPenalEspanosDeLaBajaEdadMedia-2051575.pdf

Alvarado, A (2005) *Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de oficio*. Tirant lo Blanch

Ambos, K (2009) *Principio y proceso acusatorio desde una perspectiva histórica*, en Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional No 28 Legis.

Armenta, T (2003) *Principio acusatorio y Derecho Penal*. J. M. Bosh Editor. Barcelona

Asimov, I (2000) *“La Alta Edad Media”*. Historia Universal, Madrid, Alianza.

Bautista del Castillo, N.; De Jesús Beard Gómez, M.; Houed Vega, M.; Arismedy De Jesús Cabral, R.; Machena, H. E.; Moreta, W. F.; Del Socorro, M.; Pérez, N. A. & Pimentel, A. A. (2002). *Proceso Penal Acusatorio en la Republica Dominicana*. República Dominicana, Escuela Nacional de Judicatura: USAID.

Beccaria, C (2005) *De los delitos y de las penas*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda Bogotá, Colombia

Belén, M (2016) *EL IURA NOVIT CURIA y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador*. Editorial I B de F Montevideo Buenos Aires.

Beling, E (2009) *“Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”*. Se encuentra dentro del Texto “Prohibiciones probatorias” Temis 2009.

Bentham, J (2000) *Tratado de la pruebas judiciales*. Ediciones Nueva Jurídica.

Bernal, G (2005) *Manual de iniciación al sistema acusatorio*. Ediciones Gustavo Ibáñez, Universidad Santo Tomas. Monografías módulo penal No 3.

Bennazi, N y D’amico, M (2001) *“El libro negro de la inquisición”* Bogotá, intermedio

Bentham, J (1839) *“Tratado de la legislación civil y penal”* 2 ed. Madrid: Librería de la Viuda Calle e hijos

Binder, A “la fase intermedia, control de la investigación” En Instituto de ciencia procesal penal

Bovino, A (1997) *“El principio acusatorio como garantía de imparcialidad en el proceso de reforma de la administración de justicia penal”* Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencia Penales de Costa Rica “Sistemas Penales y Derechos Humanos”, en San José, el 30 de mayo de 1997

Bujosa, L (2004) *“Principio Acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”* en Derecho Penal Contemporáneo Número 9 Legis octubre – diciembre 2004 página 78

Calamandrei, P (1955) *“Elogio de los jueces escrito por un abogado”* 3ª edición Le monier, Firenze, Traducción al castellano, EJEA, Buenos Aires

Calvinho, G (2007) *“Iura novit curia”* D.J 2007-2-595

- (2008) *“La regla iura novit curia como garantía para los litigantes”*, www.laleyonline.com.ar/agosto.2008

Cammack, M-Garland, N (2001) *“Advanced Criminal Procedure”*(St. Paul, West Group)

Carbonell, M (2010) *“Los Juicios Orales en México”* Editorial Porrúa México. Renace. Universidad Autónoma de México.

Cárdenas, R (2005) *“La garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa”* Editorial Porrúa.

Carmignani, G (1979) *Elementos de derecho criminal*, Editorial Temis Librería.

Carrara, F (1978) *“Opúsculos de derecho criminal”* Editorial Temis Vol Vi. Segunda Edición. Bogotá

Carvajal, Z (2010) *Reformas procesales penales en Francia.*, en Revista de Derecho y Ciencias I.S.S.N. 0718-302X Penales Nº 15 (23-33), 2010, Universidad San Sebastián (Chile)

Castillo Alva, J.L. (2008) *“El derecho a ser informado de la imputación”* Anuario de Derecho Penal.

Claría Olmedo, J. A. (1998) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

- (1981) *“Principio de congruencia en el proceso penal”*, en XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de Ponencias

Ceriani Cernadas (2000) *“El derecho a un tribunal imparcial: ¿una cuestión de honor?”* en Revista de ciencias jurídicas ¿Mas Derecho? No 1

Concha, J.V. (1896) *“Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano”* Librería Americana. Sexta Edición.

Cordero, F (2006) *“Procedura Penale”* Octava edizione, Milano, Giuffré.

Deschner, K (1990) *Historia Criminal del Cristianismo* Tomo I Ediciones Martínez Roca, Barcelona

- (1990) *Historia Criminal del Cristianismo* Tomo VI Ediciones Martínez Roca, Barcelona

Devis, H (1984) *“Teoría General del Proceso”* Universidad, Buenos Aires

-(1972) *Teoría general de la prueba judicial*. Editor Buenos Aires

-

Diez-Picazo, L (2000) *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*. Ariel Derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona

Domat, J., (1703) *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, La Haye, Adrien Moetjens, 1703.

D'onofrio, P (1945) *Lecciones de Derecho Procesal civil. Parte general*. Traducción de José Becerra Bautista. Máximo Jus.

Duce, M y Riego C. (2007) *"Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile 2007

Dueñas, O *"Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal"*.

Emerin, N y Peña, F (1996) *"El Manual de los Inquisidores"*. Barcelona, Muchnik.

Enderle, G (2007) *"La congruencia procesal"* Rubizal-Culzoni. Editores

Esmein, A. (2000). *History of Continental Criminal Procedure with special references to France*. The Lawbook Exchange, Ltd.: Union, New Jersey.

Tomado de:
books.google.es/books?hl=es&lr=&id=dBubbTnqKXQC&oi=fnd&pg=PP1&dq=mixed+system+of+criminal+procedure&ots=x1VcqY0Nv&sig=wd8ixqR1p62r0Mzz2x5361jOg0#v=onepage&q=mixed%20system%20of%20criminal%20procedure&f=false

Espitia, F (2016) *"Historia del Derecho Romano"* Ed. Departamento de publicaciones. Universidad Externado de Colombia. Quinta Edición.

- (2003) *Instituciones de derecho procesal Penal*. Legis. Cuarta Edición

- (1998) *"Instituciones de Derecho Procesal Penal"* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez

Exner, F (1947) *"Strafverfahrensrecht"* Heiderberg, Springer

Fernández De Buján, A., «*Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano*», en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. IV, Madrid, Junta de decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1989, pp. 313-341.

Ferrajoli, L (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta

Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Justicia, *Proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004*

Florian, E (1982) *De las pruebas penales*. Editorial Temis Librería, Bogotá

Fonseca, J (2012) *“La institucionalización, De la ilustración penal en Colombia. De la independencia al primer Código Penal 1810-1837”* Universidad Católica de Colombia. Colección Administración de Justicia.

Frank, J (1986) *Sistema acusatorio criminal y juicio oral*. Lerner Editores Asociados, Buenos Aires

García A. I. (2013) *Derechos humanos en la edad media: el proceso inquisitivo y la quema de brujas*. Revista Judicial, Costa Rica No 109, septiembre 2013: Costa Rica

Guerra, Y (2009) *“Formación en investigación. Introducción al proyecto y los métodos de investigación”* Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá

Gimeno, V (2015) *“Manual de derecho Procesal Penal”* Madrid, Uned

-(2008) *“Manual de derecho Procesal Penal”* Madrid Colex

Giddens, A (2012) *“Las nuevas reglas del método sociológico”* (3 ED) (S Merener, Trad.) Buenos Aires: Amorrortu

Gómez-Colomer, J-L (2015) *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con juicio oral y público. Su interpretación en América Latina*. Universidad Sergio Arboleda. Ediciones Jurídicas Andrés Morales

Gómez Colomer, J-L (2012) *El PROCESO PENAL ADVERSARIAL. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*. Editorial Ubijus. Félix Cárdenas S.C. Colección sistema acusatorio 6.

Gómez Colomer, J-L (1985) *El proceso penal Alemán Introducción y normas básicas* Bosch Barcelona

Gómez, C (2012) *Derecho Penal en la Edad Media*. Universidad Externado de Colombia

González, A L (2019) *“La imputación en el proceso penal”*. Ed. Uniacadémia Leyer.

González, J y Peña, E (2007) *“Epistemología e historia del juicio penal oral”* www.juridicas.unam.mx. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, num 123 septiembre-diciembre de 2008 pp1291-1312

Grosso, M (2019) *“Reforma y contra-reforma del proceso penal sudamericano. El caso Colombiano”* Ibáñez.

Guerrero, S (2009) *“El principio Acusatorio”* Aranzadi Thomson Reuters 2ª Edición.

Guerrero, S (2006) *“La Fase intermedia y la imparcialidad objetiva del juez español. La experiencia italiana y norteamericana: el Giudice per la Udienza Preliminare y la revisión del Grand Jury”* En revista de Derecho y Proceso Penal

Guiseppe, G (1976) *Lezioni di storia del diritto romano*. Citado por Rogelio Lauria Tucci. Lineamientos del proceso penal romano. Ed. Universidad de Sao Paulo

Guibourg, R (1998) *“Luigi Ferrajoli y el utilitarismo penal”* en *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini

Guzmán, C (1978) *Procedimiento penal aplicado*. Editorial Temis limitada. Bogotá

Hegel, G (1999) *“Principios de la filosofía del derecho”* Los libros de Sisifo. Edhasa

- Hélie, F (1886) *“Traite de L’instruction criminales”* 10ª Ed, Ed. Plon. Paris
- Herrin, J (2010) *“Bizancio. El imperio que hizo posible la Europa Moderna”* Barcelona, Debate
- Hobbes, T (2017) *“Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”*. Fondo de Cultura Económica. México
- Horvitz, M-López, J *“Derecho Procesal Penal Chileno”* Santiago. Editorial Jurídica de Chile I
- Huberman, L (1936) *“Los bienes terrenales del hombre”* Ediciones Génesis Bogotá.
- Israel, J Kasimar, Y Lafave, W y King,N (2012) *“Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio”* Tirant lo Blanch. Trad. Gargallo Andrea. Valencia
- Johnson, P (2004) *Historia del Cristianismo*, Barcelona Vergara
- Joyce, P (2006) *“Criminal Justice”* Devon, William Publishing
- Justiniano (1975) *El digesto de Justiniano* Tomo III Libro 37-50. Editorial Aranzadi, Pamplona
- Kant, I (1989) *La metafísica de las costumbres*. Tecnos
- Keller, W (1985) *Historia del Pueblo Judío* (I), Madrid, Sarpe
- Kindhäuser, Urs (2006) *Strafprozessrecht”* Baden-Baden, nomos
- Kramer, B (2014) *“Grundlagen des Strafverfahrensrechts”* 8. Aufl, Stuttgart, Kohl-Hammer
- Kraemer, H y Sprenger, J (1976) *“El martillo de las brujas”* Madrid, Abraxas
- Kühne, H (2015) *“Strafprozessrecht”* 9. Aufl., Heilderberg, C.F Müller
- Langer, M (2000) *La dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica Anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. Publicado en Maier, J y

Bovino A (Comp) *El procedimiento Abreviado*. Buenos Aires, Del Puerto 2001.

Lagbein, J.H. (s.f.). *The origin of public prosecution at common law*. *The American Journal of Legal History*. Vol XVII.

Lafave, W.R./Israel, J.H. (1984) *Criminal Procedure*. Editorial West Publishing. St Paul, Minn, Usa

Ledesma, A (2016) *“El derecho como objeto del litigio penal. La congruencia jurídica”*. Hamurabi. José Luis Depalma Editor.

Ledesma, J (2013) *“El control material de la acusación de la fiscalía por parte de los jueces en aras de la defensa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales del acusado”*, en Reflexiones de derecho penal y procesal penal. Defensoría del Pueblo

Letelier, E (2011) *“Sobre la conveniencia de establecer una fase intermedia por audiencias en los procesos penales acusatorios”* En Justicia 1-2

Levene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2a edición, Tomo I. Buenos Aires: Depalma

Leone, G (1973) *Tratado de derecho procesal penal I*. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires

López Barja de Quiroga, J (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal*: Tomo II. España, Ed. Aranzadi, SA. 5ta Ed. 2013.

López Saure, E (2010) *¿Tiene algún sentido la dogmática jurídica penal en el nuevo sistema procesal penal?* en “Dogmática jurídico-penal y ley procesal penal “Vinculo inescindible”. Ubijus. Félix Cárdenas S.C. Colección Sistema Acusatorio 3.

Lozzi, G (2004) *“Lezioni di procedura penale”* Sesta edizione. Torino, Giapichelli.

Maier, J (2002) *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*. Ediciones del Puerto s.r.l Buenos Aires 2ª reimpresión

Making Law. The state, the law, and structural contradictions. (1993). Indiana University Press: Bloomington and Indianapolis. Tomado de: books.google.com.co/books?id=LbvCOCWlqpYC&pg=PA160&lpg=PA160&dq=napoleonic+code+mixed+system&source=bl&ots=dRExK320YQ&sig=RJs m8anRIJDjcDWyvuVKWnjDIPA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0I16huJvPAhW FJB4KHW9qBTkQ6AEIYDAJ#v=onepage&q=napoleonic%20code%20mixed %20system&f=false

Manzini, V (1951) *Derecho Procesal Penal I*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Chile 2970. Buenos Aires

Martínez, A (2012) *La fundamentación de las sentencias definitivas dictadas en el proceso declarativo común por los Juzgados civiles y Mercantiles: análisis del principio de congruencia* (Tesis de grado). San Salvador: Universidad de El Salvador-Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales.

Masferrer, A., (2001) La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune, Madrid, Dykinson, 2001.

Minguijon, S (1927) Historia del Derecho Español, cuaderno decimo, Zaragoza, 1927, n 1

Mommsen, T (1999) *“El derecho penal romano”* Editorial Temis S.A.

- “Compendio del Derecho Público Romano” Tr de P. Dorado, Ed La España Moderna, Madrid

Montero, J (1997) *“Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón”*. Tirant lo Blanch Alternativa Valencia

Morales, G (2014) *Ciencia de las pruebas penales. Sistema acusatorio*. Grupo editorial Ibáñez.

Moya, M (2019) *“Análisis Semiótico de la Culpabilidad”*, en Opúsculos de Neuroantropología Filosófica Tomo I “La materia Prima del derecho penal y disciplinario” Coordinada por Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

-(2018) *El principio de congruencia en los procesos penales Una reconsideración basada en la semiótica jurídica.*

-(2018) “*La cuestión epistemológica en torno al observatorio de política pública de control fiscal*”, en Observatorio de política pública de control fiscal. Auditoría General de la República

- (2016) “*Acerca del principio de congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la ley 906 de 2004*”, en Pensamiento Jurídico No 44.

- (2014). “*Como se construyó el principio de congruencia en el Código de Procedimiento Penal Colombiano.*” Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional 46 Legis. Bogotá, Colombia.

- (2012) *La verdad y el espacio procesal.* Universidad Católica de Colombia. Colección Administración de Justicia

- (2012) *Kant. El primer sistematizador para el derecho penal.*” Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional 39. Legis Abril –junio 2012 Bogotá Colombia

- (2012) “*El sistema penal en Hegel.*” Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional 40. Legis julio-septiembre de 2012 Bogotá Colombia

- (2006) “*Cuatro aspectos polémicos de la Ley 906 de 2004*” Defensoría del Pueblo

Muñoz, O (2006) *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos.* Legis Primera edición.

Neyra, J (2010) “*Garantías en el nuevo proceso penal peruano*” en Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol 4. Número 1.

- (2012) “*Fundamento de Derecho Procesal Penal*” Buenos Aires/ Madrid, B de F/ edisofer

Orlandis, J. “*Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media*”.

Recuperado de:

[file:///C:/Users/carlosroberto/Documents/Trabajo/Sistemas%20Procesales%](file:///C:/Users/carlosroberto/Documents/Trabajo/Sistemas%20Procesales%20de%20la%20Alta%20Edad%20Media/)

[20Edad%20Media/Dialnet-](#)

[SobreElConceptoDelDelitoEnElDerechoDeLaAltaEdadMed-2052507.pdf](#)

Ormazabal, G (1997) *“El periodo intermedio del proceso penal”* Madrid, McGraw Hill.

Osorio, L y Marín, G (2005) *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Pennington, K. (2004). *The Development of the Criminal Procedure in the Ius Commune*. Law, Criminal Procedure. Washington D.C.: The Catholic University of America. Recuperado de: legalhistorysources.com/Law508/CriminalProcedure.htm

Pérez, C (2016) El principio acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” [www.derechoycambio](http://www.derechoycambio.com) social.com

Pertile (1892) *“Storia del diritto italiano dalla caduta dell imperio romano alla codificazione”* Torino

Peters, K (1985) *“Strafprozess: ein Lehrburch”* 4. Aufl. Heildelberg C.F. Müller.

Posada, R (2008) *Una aproximación histórica a la evolución del Proceso Penal Colombiano*, en Revista de derecho público. Agosto de 2008 Universidad de los Andes.

Pugliese, G (1985) Recensiones a J. Lengle *Romisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern*. En *Scritti giuridici scelti* t II, Ed Jovene.

Quintero, T (1977) *Anatomía del jurado de conciencia*. Editorial Graficas Venus, Bogotá

Ramos, F (1990) *“Derecho Procesal Civil”* Bosh, Barcelona T. I

Reátegui, J (2008) *“El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal”*. Lima Palestra.

Roberts, P-zuckerman, A (2010) *“Criminal Evidence”*. 2th. Edition. Oxford. Oxford University Press.

Rocco, A (1944) *“La sentencia civil”* Stylo Mexico

Roxin, C (2000) *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Roxin, C; Arzt, G; Tiedeman, K (1989) “*Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*” Ariel Derecho. Editorial Ariel, S.A. Barcelona

Ruiz-Funez. J. C. (1962). *En torno a la pesquisa y Procedimiento inquisitivo en el derecho Castellano- Leones de la edad media*. Recuperado de:

<file:///C:/Users/Documents/Trabajo/Sistemas%20Procesales%20Edad%20Media/Dialnet-EnTornoALaPesquisaYProcedimientoInquisitivoEnElDer-2050341.pdf>

Salas, J (2009) “*Problemas del proceso penal*” Santiago, Librotecnia

Salvioli, G (1925) “*Storia della procedura civile e criminale*” Vol. III de la Storia del Diritto Italiano

Sandoval, J (2018) *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*. Tirant Lo Blanch Valencia

San Martín, C (2003) *Derecho Procesal Penal*. Editora Jurídica Grijley

Scheid, J (1983) *La religione a Roma*, Bari. Ed. Laterza. pp: 78

Sentis Melendo, S (1957) “*EL Juez y el Derecho (iura novit curia)*” Ediciones Jurídicas Europa – América Buenos Aires.

Schiffman, J (1994) “*Fundamentals of the Criminal justice process*” 3Th Edition, s.l., West Group.

Schmidt, E (1951) “*Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*” Zweite vermehrte Auflage Göttingen

Sparck, J (2000) “*Emmins on Criminal Procedure*” 8th edition, London, Blackstone Press Limited

Sierra, G (2008) “*El sistema acusatorio y la prueba*”. Ed. Sello editorial Universidad de Medellín. Primera Edición

Solórzano, C (2018) *Manual de Recurso Extraordinario de Casación*” Ediciones Nueva Jurídica.

- (2016) *“Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral”* 5ª Edición. Ediciones Nueva Jurídica
- Steffen, J. R. (2016). *A khantian theory of criminal law*. Estados Unidos: Universidad de Minnessota.
- Suarez, L (2003) *“Los Judíos”* Barcelona Ariel
- Thaman, S (2005) *“La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la Jurisprudencia Constitucional de los Estados Unidos”*, en *“Constitución y Sistema Acusatorio. Un Estudio de Derecho Comparado”*. Universidad Externado de Colombia.
- Torres, J y Puyana G (1989) *“Manual del Recurso de Casación en materia Penal”* Proditecnicas
- Torres López (1927) *Recensión Critica al Tomo I de la obra de Savioli*, en AHDE
- Trillo, N (2008) *Ministerio fiscal: día cronía de una vinculación política*. Saberes revista de estudios jurídicos económicos y sociales 6,1-70
- Valderrama, I (2016) *“El principio de congruencia en el proceso penal”*, en Vol 11 No 2/julio-diciembre 2016/Bogotá, D.C. Universidad Santo Tomas pp 159-180
- Vanegas, D (2003) *“Sistema Acusatorio. Estructura del proceso penal. Acto Legislativo No 003 de diciembre de 2002*. Ed. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición
- Vargas, A (1986) *“El régimen de la acción penal”*, en nuevo foro penal No 34 Bogotá. Editorial Temis.
- Velásquez, F (2013) *Manual de Derecho Penal*. Ediciones Andrés Morales.
- (2016) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Sexta edición actualizada
- Vélez Mariconde, A. (1982) *Derecho Procesal Penal*, tomo I.
- Verge, J (1994) *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. José María Bosh Editor S.A. Barcelona.

Vera, J.S. (2017) *“Naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados”* en Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso XLIX (Valparaíso Chile 2do semestre de 2017) [pp:141-184]

Vogt, A (1951) *“Die Anfänge des Inquisitionsprozesses in Frankfurt am Main, in “Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte”* LXVIII Band, Germanistische Abteilung, Weimar.

Walker, R (1985) *“The English Legal System”* 6ª edición Butterworths, Londres

Weinberg, P – Weinberg, R (1968-1969) *“The congressional invitation to avoid the preliminary hearing: an analysis of section 303 of the federal magistrates act of 1968*, en Michigan Law Review 67

Urbano, J (2013) *El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el estado constitucional de derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Zaffaroni, R (1982) *“El Hegelismo Penal”*. Justitia Sao Paulo 44(11b) 129-146 jul/set.

LEGISLACIÓN

Francia. (1808) Código de Instrucción Criminal Francés, Ley decretada el 17 de noviembre de 1808, promulgada el 27 del mismo mes.

Naciones Unidas. (1998) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991) Constitución Política de Colombia

Colombia. Congreso de la República (1872). Código Judicial Nacional de 7 de junio de 1872

Colombia, (1938) Ley 94 de 13 de junio de 1938

Colombia, Presidente de la República (1971) Decreto 409 de 3 de mayo, *por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas*

Colombia, (1987) Decreto 050 de 13 de enero de 1987

Colombia, Presidente de la República (1991) Decreto 2700 de 30 de noviembre *“por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”*

Colombia, Congreso de la República (2000) Ley 600 de 24 de junio de 2000

Colombia. Congreso de la República. (2004) Ley 906: *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*

JURISPRUDENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996) *Caso “Martin Mejía v. Perú”*. San José de Costa Rica

Colombia. Corte Constitucional, (2010) *Sentencia C-060* M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub. Bogotá

Colombia. Corte Constitucional (2010). *Sentencia C-059*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá

Colombia. Corte Constitucional (2005) *Sentencia C- 1154*. Bogotá

Colombia. Corte Constitucional, (2001) *Sentencia C-760* de 18 de julio M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá

Colombia. Corte Constitucional, (2007) *Sentencia C396* M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia (1972) *Cas 5 de noviembre 1947 LXIV, 156, auto 26 de abril de 1972, CXLII, 328.* Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2005) *radicado 24026 sentencia de 1 junio de 2005* M.P. Mauro Solarte Portilla. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2006) *radicado 24668 de 6 de abril de 2006* M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2006) *radicado 24764 de 1 junio de 2006*, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2006) *sentencia 24.529 de 29 de junio de 2006* M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2006) *radicado 15843 de 13 de julio de 2006.* Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2006) *providencia 25765 de 7 de septiembre de 2006*, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, (2007) Sala de Casación Penal *Radicado 26087 de 28 de febrero de 2007* M.P. Marina Pulido de Barón. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2007) *Radicado 25862 de 21 de marzo 2007* M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2007) *radicado 26309 de 25 de abril de 2007* M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2007) *radicado 26588 de 30 mayo de 2007* M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2007) *radicado 26468 de 27 de julio de 2007.* Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2007) *radicado 27337 de 23 de agosto de 2007*, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2007) *proceso 28330 de 10 de octubre de 2007*, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2007) *27518 28 de noviembre de 2007*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) *providencia 29335 de 31 de marzo de 2008*, M.P. María del Rosario González de Lemos. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2008) *radicado 25913 de 15 de mayo de 2008* M.P. Javier Zapata. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) *radicado 28124 decisión de 22 de mayo de 2008*. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) *AP, 15 de julio de 2008* M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) *radicado 28961, de 29 de julio de 2008*, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) *radicado 29373 de 22 de agosto de 2008*, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) *radicado 30019 providencia de 16 de septiembre de 2008*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2008) *radicado 29979 de 27 de octubre de 2008*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2008) *proceso 29872, de 30 de octubre de 2008*, M.P. María del Rosario González de Lemos. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2008) *radicado 30290 de 2 de diciembre de 2008* M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2008) *radicado 30228 de 2 de diciembre de 2008* M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *radicado 30043 de 4 de febrero de 2009*, M.P. María del Rosario González de Lemos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *proceso 28649 de 3 de junio de 2009*, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *proceso 31803 de 8 de julio de 2009*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *proceso 31280 de 8 de julio de 2009*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *proceso 30838 de 31 de julio de 2009*, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *proceso 31780 de 16 de septiembre de 2009*, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2009) *decisión 32192 de 28 de octubre de 2009*, M.P. María del Rosario González. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2010) *radicado 32422, sentencia de fecha 10 de marzo de 2010*. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2010) *radicado 33160 de 21 de abril de 2010*, M.P. María del Rosario González. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal (2010) *proceso 33418 de 21 de abril de 2010*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal (2010) *auto de inadmisión proceso 33255 de 30 de junio de 2010*, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal (2010) *proceso 33658, sentencia de 30 de junio de 2010*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal (2010) *proceso 28912 auto de fecha 29 de julio de 2010*. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal (2011) *decisión 34922 de marzo 9 de 2011*, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2011) *decisión 32685 de marzo 16 de 2011*. M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2011) *decisión proceso 35179 de 7 de abril de 2011* M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2011) *proceso 36118 auto de 13 de abril de 2011*, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2011) *proceso 34022 sentencia el 8 de junio de 2011*, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2011) *proceso 35973 decisión de 27 de julio de 2011*, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2011) *proceso 35293 decisión de 7 de septiembre de 2011*, M.P. María del Rosario González. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2011) *radicado 37211 decisión de 7 de diciembre de 2011*, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 36907 providencia de 1 de febrero de 2012*, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 38050 providencia de 29 de febrero de 2012*, M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2012) *Radicación 38256; de 21 marzo de 2012*, M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 36261 providencia de 28 de marzo de 2012*, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 38260 providencia de 18 de abril de 2012*, M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 37337 decisión de 18 de abril de 2012*, M.P. María del Rosario González. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 38646 providencia de 23 de mayo de 2012*, M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 38810, providencia de 23 de mayo de 2012* M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 32650 providencia de 27 de junio de 2012*, M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 32879 providencia de 4 de julio de 2012*, M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *sentencia de 11 de julio de 2012*, M.P. María del Rosario González. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 33007 decisión de 17 de octubre de 2012*, M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012) *radicado 38532 decisión de 10 de diciembre de 2012*, M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2012), *Radicado 38512 decisión de 12 de diciembre de 2012* M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *proceso 39956 de 27 de febrero de 2013*, M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *radicado 40306 providencia de 27 de febrero de 2013*. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *proceso 37367 decisión de 24 de abril de 2013*, M.P. Javier Zapata Ortiz. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) M.P. José Luis Barceló Camacho de 19 de junio de 2013, casación 37951

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013), *segunda instancia 41375, de 14 de agosto de 2013* M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *radicado 40093 providencia de 15 de agosto de 2013*, M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2013) *radicado 40982 providencia de 21 de agosto de 2013*, M.P. María del Rosario González Muñoz. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *radicado 42279 providencia de 11 de septiembre de 2013*, M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *radicado 43837 decisión de 11 de septiembre de 2013*. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *radicado 41290 decisión de 25 de septiembre de 2013* M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013), *segunda instancia 39886 de 16 de octubre de 2013*. M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013) *radicación 40343 de 11 de diciembre de 2013* M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2013). *Radicación 34916 de 18 de diciembre de 2013* M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación (2013) Penal. *Radicación 40675, de 18 de diciembre de 2013* M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *Proceso 39492 radicado SP 2261-2014 providencia de 26 de febrero de 2014* M.P. Luis Guillermo Salazar. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014), *Proceso 43026 radicado AP807-2014 providencia de 26 de febrero de 2014* M.P. María del Rosario González Muñoz. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *proceso 41778 radicado SP 2650-2014 providencia de 5 de marzo de 2014* M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *proceso 36108 radicado SP 3623-2014 providencia de 12 de marzo de 2014* M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *proceso 36108 decisión de fecha 12 de abril de 2014*, M.P. Luis Guillermo Salazar. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *Proceso 37462 radicado SP9225-2014 decisión de 16 de julio de 2014*. M.P. María del Rosario González. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *Proceso AP 4284-2014 38142, auto de 30 de julio de 2014* M.P. José Leónidas Bustos. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *Radicado 44458 AP-5715 providencia de 24 de septiembre de 2014* M.P. María del Rosario González Muñoz. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *radicado SP13938-2014/41253 sentencia el 15 de octubre de 2014*, M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2014) *Radicado 41315 SP 16544-2014 providencia de 3 de diciembre de 2014*. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2014) *Radicado 39993 SP 16871-2014 providencia de 10 de diciembre de 2014* M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2015) *Proceso AP 092-15 radicado 42486 providencia de 21 de enero de 2015* M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2015) *Proceso AP1537-2015 radicado 45104 providencia de 25 de marzo de 2015* M.P. Fernando Castro Caballero Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2015) *Radicado AP 5178-2015, 45844 auto de 9 de septiembre de 2015*, M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2015) *Radicado AP 5664 2015, 45865 auto de 30 de septiembre de 2015*, M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2015) *Radicado AP 5664 2015, 45865 auto de 30 de septiembre de 2015*, M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2016) *Proceso SP-2016 radicado 43837 de 25 de mayo de 2016* M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2016) *Casación SP1085 -2016 Radicación 41905 providencia de agosto 3 de 2016* M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2016) *.Proceso SP 14191-2016 Radicación 45594 decisión de 5 de octubre de 2016* M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) *Proceso SP1402-2017.Radicación N° 46099 decisión de 8 de febrero de 2017* .M.P. Gustavo Malo Fernández. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) *Proceso SP 8666 2017 (47630) Providencia de 14 de junio de 2017* M.P. Patricia Salazar Cuellar. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) *Radicado SP 10741-2017, 41749 sentencia de 24 de julio de 2017*, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) *Radicado SP 15015-2017, 46751, sentencia del 20 de septiembre de 2017*, M.P. Fernando Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) *Radicado SP15779-2017, 46965, sentencia del 27 de septiembre de 2017*, M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) *Radicado SP 18091, 49186, sentencia de 1 de noviembre de 2017* M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2018) *Radicado SP 073-2018, 48183, decisión de 31 de enero de 2018* M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2018) *Radicado SP-107-201 de 2018 radicado No 49799 Sentencia de 7 de febrero de 2018* M.P. Fernando León Bolaños Palacio. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2018) *Proceso SP 606-2018 radicación 47680 decisión de 11 de abril de 2018*, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2018) *Radicado SP 3580-2018 46227, decisión de 22 de agosto de 2018* M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Bogotá

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2018), *decisión de 11 de diciembre de 2018 identificada como SP5660-2018 radicado No 52311* M. P Patricia Salazar Cuellar. Bogotá

España. Tribunal Constitucional (1983) Sentencia 105 de noviembre 23. Madrid

España. Tribunal Constitucional (1983) Sentencia STC 18/1989, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1985) Sentencias 54/1985, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1987) Sentencia 57/1987, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1988) Sentencia 225/1988, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1989) Sentencia 18/1989, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1993) Sentencia 125/1993, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1997) Sentencia 227/1997, Madrid

España. Tribunal Constitucional (1997) Sentencia 230/1997, Madrid

España. Tribunal Constitucional (2001) Sentencia 178/2001, Madrid

TSF USA, (Brady v. Maryland 373 U.S. 83 (1963); United States v. Bragley 473 U.667 (1985)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1999) Caso Pélissier y Sassi contra Francia no 25444/94 de 25 de marzo de 1999

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (2001) caso Dallos contra Hungría, no 29082/95 de 1 de marzo de 2001

GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Colombia. Congreso de la República. Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 134 de 26 de abril de 2002. Bogotá

Colombia. Congreso de la República. Gaceta de Congreso, Cámara. N° 156 de 10 de mayo de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 174 de 22 de mayo de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 210 de 6 de junio de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 232 de 14 de junio de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Cámara. N° 269 de 9 de julio de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 401 de 27 de septiembre de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 432 de 16 de octubre de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 467 de 1° de noviembre de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 531 de 21 de noviembre de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 552 de 29 de noviembre de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 590 de 13 de diciembre de 2002.

Colombia. Congreso de la República Gaceta de Congreso, Senado y Cámara. N° 625 de 26 de diciembre de 2002.