

ACERCAMIENTO AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN COLOMBIA

CARLOS MARIO AGUILAR GARCIA

DIRECTOR:

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ RAMÍREZ

UNIVERSIDAD DE CALDAS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DERECHO

2022

ACERCAMIENTO AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN COLOMBIA

Carlos Mario Aguilar Garcia

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar por el título de:

Abogado

Director:

Doctor Milton César Jiménez Ramírez

UNIVERSIDAD DE CALDAS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DERECHO

2022

*A mi querida familia, gracias
por su apoyo incondicional.*

Resumen

El principio de congruencia es una garantía procesal que ha venido siendo flexibilizada por la jurisprudencia, esto ocasiona que el papel del juez y los derechos del defendido queden con una limitación difusa, por ello el objetivo de este trabajo es delimitar cuál es el concepto del principio de congruencia y, a partir de este concepto, determinar cuáles son los límites que impone a los operadores del proceso penal en Colombia.

Keywords: Principio de congruencia, Principio Acusatorio, Esquema procesal, Fático, Jurídico, Personal.

Abstract

The principle of congruency is a procedural guarantee that has been made more flexible by jurisprudence, which causes the role of the judge and the rights of the defendant to be diffusely limited. Therefore, the objective of this paper is to define the concept of the principle of congruency and, based on this concept, determinate the limits it imposes on the operators of the criminal process in Colombia.

Keywords: Principle of congruence, Accusatory Principle, Procedural scheme, Factual, Legal, Personal.

Contenido

Introducción.	8
Capítulo 1: El Principio de Congruencia: ¿Una suspensión del principio acusatorio?	13
Introducción.	14
<u>1.</u> La categoría de la Verdad en el esquema procesal acusatorio colombiano.	17
<u>2.</u> Caso Fermín Ramírez vs Guatemala.	22
<u>3.</u> Antecedentes Jurisprudenciales de la Corte Constitucional.	25
<u>3.1.</u> Jurisprudencia del 2005 – 2010	26
<u>3.2.</u> Jurisprudencia del 2010-2015.	27
<u>3.3.</u> Jurisprudencia del 2015-2020.	28
<u>3.4.</u> Conclusiones	29
<u>4.</u> Antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el paso de una Congruencia en sentido estricto a una Congruencia flexible.	30
<u>4.1.</u> Jurisprudencia del 2005 - 2010.	31
<u>4.2.</u> Jurisprudencia del 2010 - 2015.	33
<u>4.3.</u> Jurisprudencia del 2015 - 2021	34
<u>4.4.</u> Conclusiones.	36
<u>5.</u> Elementos de la Congruencia.	37
<u>5.1.</u> Elemento Fáctico.	41
<u>5.2.</u> Elemento Jurídico.	42
<u>5.3.</u> Elemento Personal.	44
<u>6.</u> Conclusiones	44
<u>7.</u> Bibliografía:	47
Capítulo 2: Contornos del Principio de Congruencia en Colombia	53
Introducción.	54
<u>1.</u> El Principio de Congruencia entre la imputación y la acusación.	59
<u>1.1.</u> Variación del elemento fáctico.	62
<u>1.2.</u> La variación de la calificación jurídica.	65

<u>1.3.</u> Control material a la acusación por parte del juez de conocimiento.....	67
<u>2.</u> El Principio de Congruencia entre la acusación y la sentencia.....	71
<u>2.1.</u> La variación de la calificación jurídica.....	74
<u>A.</u> La petición de condena.....	75
<u>B.</u> La variación de la calificación jurídica en la sentencia: Tesis tradicional.....	79
<u>C.</u> La variación en la calificación jurídica en la sentencia: La nueva tesis.....	81
<u>2.2.</u> Variación del elemento fáctico de la acusación en la sentencia.....	85
<u>3.</u> Efectos de la incongruencia.....	86
<u>3.1.</u> Readecuación típica.....	87
<u>3.2.</u> La Nulidad Procesal.....	91
<u>4.</u> Conclusiones.....	93
Conclusiones finales.....	98

Introducción.

El Principio de Congruencia es una garantía procesal que goza de gran relevancia en el contexto procesal penal por su conexión íntima con el objeto del proceso penal. Genera debate el desarrollo jurisprudencial que ha tenido desde la implementación del sistema procesal acusatorio, pues ha implicado poner al límite las garantías del procesado, e inclusive, separarse de la propia naturaleza del esquema procesal con el fin de buscar la realización de fines superiores.

Así, el principio que debería ser límite para la actuación de la fiscalía y del juez ha terminado siendo limitado por distintas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En medio de todo este ir y venir jurisprudencial, con distintos límites y el peligro de tener interpretaciones ambiguas sobre lo que permite o no el Principio de Congruencia, es necesario saber qué es el Principio de Congruencia, cómo lo están comprendiendo nuestras Altas Cortes, cuáles son los límites que impone y cuáles los limitantes que se le han impuesto para poder balancear el sistema acusatorio y los fines del Estado colombiano según la constitución.

Este trabajo de grado se da en ese contexto con el fin de responder un interrogante: ¿Cuál es el concepto y los límites del Principio de Congruencia en el sistema procesal penal colombiano conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia?

Conforme a lo anterior, el objetivo general de este trabajo de grado es determinar el concepto y los límites del Principio de Congruencia dentro del sistema procesal penal colombiano conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, esto con el fin de conocer cuál es el alcance de esta figura en la investigación, el juzgamiento, la apelación y la casación; y así poder otorgar respuestas en torno a qué es el Principio de Congruencia y cuales límites le impone al juez y al fiscal en su actuar; todo esto partiendo de la hipótesis de que este principio no es absoluto.

Este estudio se ha enfocado principalmente en el Principio de Congruencia regulado por la ley 906 de 2004, la del sistema procesal de corte acusatorio. Debido a que es la vigente en la gran mayoría de los casos que se cursan actualmente en el territorio colombiano, y a que analizar la Congruencia entendida a la luz de la ley 600 de 2000 implicaría un estudio de mayor extensión, pues aquél es un sistema adjetivo bien distinto en su concepción.

Para responder este cuestionamiento haremos un recorrido sobre lo que ha dicho la Corte IDH, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y distintos doctrinantes en el tema sobre el Principio de Congruencia, cómo se entiende en el marco de la ley 906 de 2004 y cuáles elementos componen a este principio, cuáles son sus límites y cuáles límites impone a los operadores de la rama judicial.

Se hace hincapié en la jurisprudencia principalmente porque esta fuente es más vinculante para los jueces al momento de emitir una providencia y, a su vez, por tratarse de una garantía procesal, tanto los jueces, como los defensores y fiscales procurarán ceñirse a lo dispuesto por las Altas Cortes en su desarrollo jurisprudencial.

Como metodología se ha usado un enfoque cualitativo con método específico el bibliográfico o documental, usando como fuente principal la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Se usaron instrumentos de análisis jurisprudencial con el fin de determinar con enfoque analítico, interpretativo y crítico con el fin de obtener el concepto del Principio de Congruencia conforme al contexto colombiano y cuáles son sus límites.

Para ello se ha dividido este trabajo en dos capítulos principales, uno enfocado en conseguir desarrollar un concepto integral del Principio de Congruencia partiendo de una caracterización del esquema procesal vigente, pasando por un análisis de la sentencia Fermín Ramírez vs Guatemala, los antecedentes jurisprudenciales organizados por quinquenios desde el 2005 hasta el 2020 de la

Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional; pasando a examinar los elementos del Principio de Congruencia: Jurídico (calificación jurídica), Fático (los hechos), Personal.

Concluyendo allí que el Principio de Congruencia sí es relativo, tal versión se conoce jurisprudencialmente como Principio de Congruencia flexible, consiste en una garantía procesal que delimita el objeto del proceso penal al decirle a las partes qué se ha de juzgar, pero al ser relativo se le reconoce cierta variabilidad en su elemento jurídico; los elementos fáctico y personal, por ser inmodificables, pueden entenderse como el núcleo duro del Principio de Congruencia. La variabilidad del Principio de Congruencia está en cabeza del juez, quien bajo sus facultades *iura novit curia*, puede readecuar típicamente los hechos, esto conlleva a que se suspenda momentáneamente el principio acusatorio que impera en todo este ordenamiento adjetivo: el juez acusa y juzga.

El segundo capítulo se enfoca en rastrear cuales son los límites que impone actualmente el Principio de Congruencia conforme a esa comprensión flexible. Aquí se examinará cual es el trato que se le da a cada elemento del Principio de Congruencia en la imputación y también veremos que en Colombia existe un control material moderado de la acusación, el cual no se ha desarrollado bien, pues no conocemos bien cómo aplicarlo.

También veremos la posibilidad de variar los elementos del Principio de Congruencia, haciendo énfasis en el elemento jurídico, pues este puede ser modificado por medio de petición de condena o por el juez a través de sentencia. Por eso se analiza las implicaciones de la petición de condena y si el fiscal allí dispone de la acción penal o es un mero acto de postulación; también se analiza la línea que ha seguido la Corte Suprema de Justicia respecto a los requisitos que tiene que cumplir el juez y el fiscal para realizar la readecuación típica.

En este capítulo concluimos que el Principio de Congruencia ha sido límite y también limitado por la jurisprudencia, porque ha limitado el actuar judicial con una protección progresiva

directamente proporcional con el nivel de conocimiento y porque ha sido limitado por los posibles yerros de la fiscalía, la necesidad de buscar la verdad material, los derechos de las víctimas y la pretensión de orden social justo.

El Principio de Congruencia flexible, tal como está concebido es una garantía procesal que delimita el objeto del proceso penal y se encuentra poniendo al límite garantías (del procesado y de las víctimas) y elementos de la jurisprudencia. Entre ellos se están haciendo contrapeso para no desbordarse en arbitrariedades, pero un paso en falso en el desarrollo jurisprudencial podría desbordar toda esta ponderación y desequilibrar injustificadamente el principio de igualdad de armas que ya se encuentra, *per se*, con el principio entendido de forma relativa, desequilibrado. Así, pues, comencemos.

Capítulo 1: El Principio de Congruencia: ¿Una suspensión del principio acusatorio?

Resumen.

En este capítulo se hace un recorrido y crítica sobre las posturas de la Corte IDH, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia respecto al Principio de Congruencia y su relevancia, principalmente en el marco de la ley 906 de 2004. A través de la jurisprudencia de las cortes anteriormente mencionadas se puede ver la íntima relación entre el Principio de Congruencia con el derecho de defensa, contradicción, el principio acusatorio para posteriormente ver el cambio de paradigma de una Congruencia en sentido estricto a una Congruencia flexible, la cual desnaturaliza el principio acusatorio al desdibujar la separación de funciones entre acusar y juzgar, pues permite que el juez pueda realizar una calificación jurídica distinta a la presentada por la fiscalía en la acusación. Posteriormente se analizan los 3 elementos la Congruencia: el fáctico, el jurídico y el personal. Para concluir con que la interpretación que las cortes dan del Principio de Congruencia suspende el principio acusatorio, que la Congruencia es una garantía procesal cuyo núcleo duro son el elemento fáctico y personal, mientras el jurídico es relativo, al ser variable.

Abstract.

This chapter studies the positions of the Inter-American Court of Human Rights, the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice regarding the principle of congruence and its relevance, mainly within the framework of Law 906 of 2004. Through the jurisprudence of the aforementioned courts, the close relationship between the principle of congruence with the right of defense, contradiction, and the accusatory principle can be seen, to later see the paradigm shift from congruence in the strict sense to a flexible congruence, which denaturalizes the accusatory principle by blurring the separation of functions between accusing and judging, since it allows the judge to make a legal qualification different from the one presented by the prosecution in the indictment. Subsequently, the three elements of congruence are analyzed: the factual, the legal and

the personal. It concludes that the interpretation given by the courts to the principle of congruence suspends the accusatory principle, that congruence is a procedural guarantee whose hard core is the factual and personal element, while the legal element is relative, as it is variable.

Keywords

Congruencia, verdad, principio acusatorio, calificación jurídica, elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal.

Introducción.

El acto legislativo 03 de 2002 introdujo en Colombia un sistema procesal penal de tendencia acusatoria (C-025/2010), el cual implica un sistema de corte adversarial en el cual se enfrentan la unidad de defensa y la fiscalía, como acusador, ante un tercer imparcial, que es el juez de conocimiento. Este esquema procesal, por su naturaleza, trae incluidas unas dinámicas esenciales para su funcionamiento, sin embargo la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones han dado una interpretación de tales dinámicas a la luz de la constitución, generando una aplicación de los elementos del sistema procesal penal acusatorio distinta a la esperable, pues ha tenido que ser cambiada para poder encajar en los fines del Estado y la Constitución Política Colombiana; entre estos elementos de aplicación distinta a la esperable está el Principio de Congruencia.

El Principio de Congruencia se encuentra definido en el artículo 448 del código penal como: “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.”

Este principio genera debate, pues la interpretación dada por las altas cortes colombianas genera un conflicto entre las garantías del procesado al derecho de defensa, al debido proceso y a

la contradicción; los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia; y los fines del Estado como lo es el orden social justo.

En ese orden de ideas, el objetivo de este trabajo es determinar el concepto del Principio de Congruencia a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Como estamos hablando de un principio procesal, se ha dado prevalencia al estudio jurisprudencial sobre el doctrinario, pues son las altas cortes, a través de su jurisprudencia, las que determinan los límites reales del concepto y aplicación del Principio de Congruencia en medio de un proceso penal; enfocarnos en la doctrina más que en la jurisprudencia nos haría tener un análisis desenfocado de lo que es para el procesado, su defensor, la víctima, la fiscalía y el juez, el Principio de Congruencia.

A su vez, se tiene en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH pues por bloque de constitucionalidad en sentido débil también tiene cierta aplicabilidad y vigencia en el contexto constitucional colombiano, aportando una visión internacional al panorama del Principio de Congruencia, que, además, por estar íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso, implica que esta fuente aporta un desarrollo al contenido del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, este estudio se ha enfocado en el Principio de Congruencia en el marco de la Ley 906 de 2004, que fue la norma que desarrolló el acto legislativo 03 de 2002, pues es la norma adjetiva aplicable a la mayoría de los casos por su vigencia y, a su vez, su enfoque acusatorio y adversarial genera una dinámica completamente distinta a la de la ley 600 de 2000, pues esta tiene un esquema procesal mixto inquisitivo. De esta forma, al ser esquemas procesales con conceptos y fundamentos distintos, su estudio implica una extensión mucho mayor.

El problema de investigación en este capítulo es ¿cuál es el concepto del Principio de Congruencia en el sistema procesal penal acusatorio colombiano, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia?

Para responder este cuestionamiento haremos un recorrido sobre lo que ha dicho la Corte IDH, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre qué es el Principio de Congruencia, cómo se entiende en el marco de la ley 906 de 2004 y cuales elementos componen a este principio.

Como metodología se ha usado un enfoque cualitativo con método específico el bibliográfico o documental, usando como fuente principal la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Se usaron instrumentos de análisis jurisprudencial con el fin de determinar con enfoque analítico, interpretativo y crítico con el fin de obtener un concepto integral del Principio de Congruencia aplicable a nuestro ordenamiento penal adjetivo, con fundamento en los análisis de las altas cortes.

Para dar respuesta al anterior cuestionamiento se ha dividido el trabajo en 5 acápite principales. El primero analizará la naturaleza del sistema procesal penal inquisitivo y acusatorio, cómo están ligados a un concepto de verdad propio y cómo en Colombia, a pesar de tener un esquema procesal penal acusatorio, el concepto de verdad que se persigue es de corte inquisitivo; hecho que afecta directamente la forma de entender el Principio de Congruencia.

En el segundo se abordará el caso insignia en materia de Principio de Congruencia de la Corte IDH, el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, allí veremos lo que la Corte IDH habló respecto al Principio de Congruencia y cómo fue violado por el Estado de Guatemala según los estándares dispuestos por la misma Corte, dándonos en su considerando un análisis sobre los elementos que componen el Principio de Congruencia y cómo se comportan, enunciando dos límites fundamentales para poder realizar el cambio de calificación jurídica: que se otorgue espacio a la defensa para pronunciarse y que respete siempre el elemento fáctico .

En el tercero, se abordará lo que ha dicho la Corte Constitucional respecto al Principio de Congruencia en el sistema procesal penal acusatorio identificando su condición esencial en el

proceso penal pues es una garantía íntimamente relacionada con el derecho de defensa y también delimita el objeto del proceso penal.

En el cuarto, se abordará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre lo que es el Principio de Congruencia, identificando algunos conflictos en su interpretación por parte de esta corporación, tales como que admite la variación de la calificación jurídica en el marco de un esquema procesal que tiene como fin apartar al juez de la función de acusar, y cómo pasó de una Congruencia en sentido estricto a una Congruencia flexible.

En el quinto se estudiarán los elementos de la Congruencia, esta se compone del elemento fáctico, jurídico –calificación jurídica- y personal, los cuales se interrelacionan entre sí para que comprendamos porqué el elemento jurídico es relativo, mientras el fáctico y personal son absolutos en el marco de una Congruencia flexible.

Para concluir con un concepto del Principio de Congruencia aplicable al contexto colombiano a partir de la jurisprudencia de las Altas Cortes, el cual es una garantía procesal que delimita el objeto del proceso penal, que se compone de 3 elementos, fáctico y personal, que son absolutos, y el jurídico, que es relativo debido a su variabilidad; un concepto de Congruencia flexible el cual suspende el principio acusatorio al permitir que el juez acuse y juzgue al modificar la calificación jurídica del delito en el marco del proceso penal.

1. La categoría de la Verdad en el esquema procesal acusatorio colombiano.

La categoría de la Verdad es ampliamente estudiada por procesalistas y filósofos, y en este caso tiene muchísimo que ver con el estudio de la Congruencia. Pues a partir de la definición de verdad que se pretenda perseguir, la interpretación de las garantías que ofrece un esquema procesal puede ser completamente distinta. Primero veamos los tipos de esquemas procesales paradigmáticos.

La persecución penal puede darse a través de dos vías, proceso penal inquisitivo o proceso penal acusatorio (Roxin, 2000, pp 86). En Colombia con la ley 600 de 2000 teníamos un sistema mixto, mientras que con la ley 906 de 2004 se introdujo un sistema de corte acusatorio, debido a que progresivamente se comenzaron a reconocer más garantías procesales por vía jurisprudencial (Avella, 2007, pp 30).

En un proceso inquisitivo el juez tiene en su haber tanto la funciones de investigar y acusar como la de juzgar; el inquirido -procesado- ante el inquisidor. Este esquema adolece de algunos problemas serios: Se compromete la imparcialidad del juez al ser un órgano de persecución penal y el inquirido está indefenso ante la persecución del inquisidor (Roxin, 2000, pp 86).

En un proceso acusatorio, se aplica el principio acusatorio, que consiste en que haya división de roles entre quien investiga y quien decide (Baumann, 1986, pp 48-49), esto sucede cuando el Estado asume la función de acusador y de juez, pero a través de dos autoridades distintas (Roxin, 2000, pp 86). Éste, para Roxin, es un avance del sistema inquisitivo pues usa la persecución penal estatal, pero concede mayores garantías para el procesado. Y tiene sentido, si el juez persigue deja comprometida su imparcialidad, ¿cómo ser imparcial si en sus manos está la pretensión penal de condena y a la vez debe juzgar imparcialmente tal asunto con sus propias pretensiones y pruebas?

Un sistema procesal, según la norma escrita, puede pertenecer a uno u otro esquema, pero hay que ver la manera en cómo termina siendo aplicado en la realidad, pues al final del día, es esto lo que hay que tener en cuenta al momento de encajarlo en un esquema procesal u otro. Así, en el papel puede ser un sistema procesal acusatorio-adversarial, pero en la realidad puede tener ciertos rasgos inquisitivos; situación que se da por la forma en que las autoridades competentes interpretan la norma a la luz de la constitución.

Como se ha expuesto, cada esquema procesal tiene sus propias características, la categoría procesal de verdad no es ajena a este fenómeno. Así el esquema inquisitivo concibe a la verdad como un fin, el proceso es un medio para alcanzarla, el proceso es el “escalpelo de aproximación” a la verdad material (Moya, 2014, pp 8) a una verdad existente más allá del proceso; por otro lado, el esquema acusatorio comprende a la verdad como la consecuencia de la operación del proceso, es decir, la verdad se construye en el marco del proceso, la verdad sucede al proceso (Moya, 2014, pp 9). Por tanto, el esquema inquisitivo tiene como fin una verdad material que se entiende previa al proceso, un valor; y el esquema acusatorio construye una verdad procesal a través de la persuasión y los elementos materiales probatorios disponibles, el juez a partir de dos posturas contradictorias que se enfrentan y de un proceso dialéctico donde ambas son tesis y antítesis sustentadas con elementos probatorios, concluye cuál de las dos tiene la verdad (Salcedo, 2004, pp 5).

Adentrémonos un poco más en lo que es la verdad material y la verdad procesal. Primero hay que resaltar que hay autores, como Taruffo, que sostienen que esta división es innecesaria, ya que la llamada verdad material o absoluta, también conocida como verdad alética *-Aletheia-*, que implica el desvelamiento del ser quitando todo lo que estorba para conocer las cosas tal cual son (Ruiz, 2016, pp 16); es un concepto que no puede alcanzarse realmente en el proceso (Taruffo, 2013. Pp 6). Pero esto es casi que simplificar el problema que hay, pues las pruebas no necesariamente pueden llegar a ser suficientes para demostrar la realidad de los hechos acontecidos; en otras palabras, hay hechos que por el simple hecho de no poderse probar en el marco de un proceso no significan que no se hayan dado en la realidad, lo que hay es una insuficiencia probatoria que se puede desconocer al afirmar que tal división es inexistente.

La verdad material en este contexto debe entenderse como un deber ser, un norte, un ideal regulador (Taruffo, 2013, pp 8) que pretende encauzar el ejercicio de la verdad procesal; pues el

juez no conoce los hechos directamente, al contrario, lo que hace es cumplir un papel de historiador, no puede examinar los hechos sino solo sus pruebas (Ferrajoli, 1995, pp 51) lo cual, evidentemente, implica que en un proceso el juez decide sobre lo que se puede probar por las partes, más allá de lo que realmente haya podido pasar.

La verdad material es verdad absoluta, es lo que conocemos como la verdad real de los acontecimientos, la cual es reconocida por Ferrajoli como una verdad carente de límites y que, por esto, deviene en una mirada autoritaria e irracionalista del proceso penal (Ferrajoli, 1995. Pp 62), pues si no tiene límites, es necesario violar garantías fundamentales para poder alcanzarla; volvemos a lo mismo, se reconoce que las pruebas tienen cierto límite y que se les escapan hechos que no pueden probar, con la búsqueda de la verdad entendida de esta manera se dejan de lado tales límites y se usa toda la fuerza estatal para alcanzar tal verdad.

Es frustrante reconocer que no podemos tener una verdad absoluta al final del proceso que nos dé la certeza de ser completamente irrefutable, que el proceso ha llegado a la realidad de los acontecimientos y sobre ella se ha decidido; pero no por esto podemos caer en un escepticismo que nos lleve a creer que la categoría de verdad no debe ser tomada en cuenta al momento de adelantar un proceso judicial, pues para alcanzar una decisión justa es necesaria la aplicación correcta de una norma y para lograrlo es necesario determinar la verdad de la proposición, esto es, del hecho jurídicamente relevante (Taruffo, 2013, pp 8) y además: un proceso que no tiene en cuenta la verdad, sin verdad, equivale a arbitrariedad (Ferrajoli, 1995, pp 45).

La verdad procesal es, por su parte, una que se alcanza con el respeto de las garantías del procesado, está condicionada en sí misma por esto (Ferrajoli, 1995, pp 46) y la limita a procedimientos; por tanto, se pretende la correspondencia entre el hecho acaecido en la realidad y el probado en el marco del proceso. Se alcanza a través de la coincidencia entre los argumentos expuestos por los sujetos procesales y los resultados de la práctica probatoria (Salcedo, 2004, pp

5). En otras palabras, para que se diga que hay verdad procesal debe haber una correspondencia entre las proposiciones factuales y los hechos que describen (Taruffo, 2013, pp 8), lo anterior verificado a través de la práctica probatoria. La verdad procesal depende, al fin y al cabo, de lo que se prueba: Dame la prueba y te daré el derecho.

Hay que tener en cuenta que el juez está sometido, según el artículo 5 de la ley 906 de 2004, a establecer con objetividad la verdad. La verdad en términos materiales, porque implica darle a la víctima la realidad de lo que sucedió, también es reconocida como uno de los derechos de las víctimas de delitos (T-655/2015); inclusive, la verdad material ha sido resaltada como un fin a alcanzar a través del proceso penal por la pretensión de orden social justo que tiene nuestro sistema constitucional (T-1094/2008) y también “la búsqueda de la justicia material, el cumplimiento de los deberes estatales de lucha contra la criminalidad, así como la garantía de los derechos de las víctimas, indican que la calificación jurídica tenga carácter provisional, pudiendo ser modificada, bajo determinadas condiciones, bien sea en primera o segunda instancias” (C-025/10). De lo anterior tenemos que el proceso penal acusatorio tiene como objetivo alcanzar una verdad material, según la jurisprudencia.

En estos extractos, la legislación y la misma jurisprudencia se alejan de lo expuesto, esto es, que la verdad material es como un norte de la verdad procesal y tratan a la verdad material como un objetivo a alcanzar con el proceso penal para garantizar la justicia, ya no es el deber ser del fin procesal, es el ser. Esto ocasiona, que jurisprudencialmente nuestro sistema procesal penal acusatorio pretenda alcanzar una verdad material, es decir, una verdad de tipo inquisitivo según lo expuesto hace unos párrafos.

Lo anterior conlleva que se interprete a la ley 906 de 2004, sus principios y garantías a la luz de esta mixtura, olvidando el principio acusatorio para darle la potestad al juez de corregir

elementos del proceso que son competencia del ente acusador, esto repercute directamente en la concepción del Principio de Congruencia.

De esta manera, hemos visto que cada esquema procesal penal se circunscribe bajo la búsqueda de un tipo distinto de verdad, esto es, el esquema inquisitivo se casa con el concepto de verdad material y el acusatorio con el de verdad procesal respectivamente. Pero que en Colombia jurisprudencialmente se ha reconocido a la verdad material como objetivo del proceso penal, generando una búsqueda de corte inquisitivo en el marco de un esquema procesal acusatorio; de esta manera el juez, por momentos, pasa a suplir la actividad del ente acusador con el fin de asegurar la consecución de la verdad material, lo cual desconoce el principio acusatorio.

2. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala.

Es necesario abordar cómo se ha comprendido internacionalmente el Principio de Congruencia, para ello debemos acudir al órgano jurisdiccional en América Latina: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. He escogido este caso porque fue el primero en el cual la Corte IDH tuvo que abordar en su análisis el Principio de Congruencia y por la forma en la que muestra como con la variación de la calificación jurídica, automáticamente se están modificando los hechos.

Comencemos con un resumen del caso: el 15 de mayo de 1997 Fermín Ramírez fue acusado por los delitos de asesinato y violación calificada, esto pues las investigaciones llegaron a la conclusión de que él era responsable de la violación y muerte de una menor en la aldea Las Morenas, Guatemala. Fue un caso con un reproche sumamente alto en el ámbito social, pues, sin duda, atacó un bien jurídico con demasiado valor en la comunidad: la vida de una menor de edad y su libertad sexual, así se le imputó el delito de violación calificada, pues la violación implicó la muerte de la víctima.

Posteriormente, en juicio oral, la calificación jurídica fue cambiada por el delito de asesinato con alevosía, que aparejaba pena de muerte como consecuencia jurídica. Esto porque el acervo probatorio indicaba que el asesinato fue antes que la violación. Ante las apelaciones y demás recursos se sostuvo que la calificación jurídica podía ampliarse junto con la pena según la normatividad vigente.

Uno de los principales problemas jurídicos que se planteó la Corte IDH fue delimitar el principio de coherencia entre la acusación y la sentencia a la luz del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte en su *ratio decidendi* afirmó que la acusación se componía de datos fácticos que son indispensables para el ejercicio de defensa y de la calificación jurídica la cual sí se puede variar mientras:

1- No se varíen los datos fácticos.

Dicho en otras palabras, en la sentencia el juez debe pronunciarse única y exclusivamente sobre los hechos que componen a la acusación, ni quien acusa, ni quien juzga pueden modificar el componente fáctico. En la sentencia deben verterse exactamente los mismos hechos en los cuales se fundó la acusación.

2- Se observen garantías procesales previstas en la ley para poder hacer el cambio de calificación jurídica.

Es necesario que el procesado y su unidad de defensa puedan conocer la readequación típica de manera oportuna para poder ejercer su respectivo derecho de defensa, de lo contrario estarían militando a ciegas en un desequilibrio procesal que vulnera la igualdad de armas.

Así las cosas, la Congruencia “implica que la sentencia debe versar sobre los hechos contemplados en la acusación” (S. Fermín Ramírez vs. Guatemala). Así el Principio de Congruencia es indispensable para para el ejercicio de derecho de defensa, garantía fundamental

del debido proceso. Entonces la Congruencia no es una mera exigencia formal para juzgar, es en realidad un baluarte que delimita el ejercicio punitivo en cabeza del Estado.

La corte analizó el caso concreto y concluyó que el Estado de Guatemala vulneró la garantía de Congruencia a Fermín Ramírez, pero ¿cómo? Por dos situaciones básicamente: Primero cambió los hechos descritos en la acusación al cambiar la calificación jurídica, veamos:

A Fermín Ramírez le imputaron violación y asesinato, es decir, de esta acusación se entiende que el sujeto activo primero accedió a la víctima y posteriormente le quitó la vida. Pero posteriormente el ente acusador cambió la calificación jurídica a asesinato con alevosía, es decir, dejaron de lado la violación al afirmar que el sujeto activo primero le quitó la vida a la víctima y luego la accedió. Con este cambio en el orden de los hechos a través de la calificación jurídica, el juzgador modificó el sustento fáctico en contravía del Principio de Congruencia.

Segundo, el eventual cambio en la calificación jurídica sí fue anunciado por el Tribunal que lo estaba juzgando, pero no fue dicho por cuál delito se podría variar la calificación jurídica y mucho menos se le dijo que este cambio podía implicar una condena de pena de muerte. De esta forma el Estado de Guatemala incurrió en la inobservancia de los dos requisitos propuestos por la Corte IDH para cambiar la calificación jurídica.

Para concluir vemos que la corte sostiene que el Principio de Congruencia se compone de dos elementos: el fáctico y el jurídico. Que el primero es inmutable y el segundo puede variar siguiendo algunos requisitos para no vulnerar la garantía al debido proceso y el derecho de defensa.

Por otro lado, a partir de las consideraciones presentadas por la Corte IDH, podemos ver cómo se puede variar indirectamente el componente fáctico a través del cambio de calificación jurídica, pues para imputar un delito hay que hacer un ejercicio de tipicidad objetiva el cual implica que los hechos deben subsumirse a la descripción que contiene el tipo penal, en otras palabras, si

se cambia el delito imputado, el ente acusador puede estar diciendo que el orden de los hechos o su misma esencia pueden ser diferentes; derivando en una incongruencia fáctica.

A su vez, la Corte IDH hizo énfasis en que “no acoge ningún sistema procesal penal en particular (...) siempre que se respeten las garantías establecidas en la convención” (S. Fermín Ramírez vs. Guatemala). En ese orden de ideas, lo expresado por la Corte IDH debe tenerse en cuenta sin importar si el esquema procesal penal de un Estado determinado es Inquisitivo, Acusatorio o Mixto, pues son garantías atadas a la garantía de defensa y al debido proceso.

Así, para concluir esté acápite la Corte IDH nos deja como precedente que el elemento fáctico no puede ser modificado y que si se ha de modificar la calificación jurídica deben vigilarse todas las garantías. A su vez, es necesario tener en cuenta que la modificación del elemento jurídico puede implicar una modificación del elemento fáctico, de esta manera, aunque legalmente se cumplan las garantías para modificar la calificación jurídica, se estaría incurriendo en la modificación de los hechos y, por ende, en la violación de garantías procesales fundamentales.

3. Antecedentes Jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

La Congruencia está regulada en el artículo 448 de la ley 906 de 2004, y para la Corte Constitucional su aplicación desarrolla las siguientes normas:

- Artículo 14 del pacto de Derechos civiles y Políticos.
- Artículo 8 de la Convención americana de Derechos Humanos.
- Los artículos 29 y 31 de la Constitución Política.

Todas son normas que hablan sobre el debido proceso, lo cual muestra, la clara conexión del Principio de Congruencia con el desarrollo del debido proceso.

En este acápite analizaremos la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha tenido por objeto el análisis del Principio de Congruencia en el marco del procedimiento penal acusatorio.

Hay que resaltar que la amplia mayoría de la jurisprudencia de este alto tribunal se ha basado en analizar el Principio de Congruencia a la luz de la ley 600 de 2000, un contexto completamente distinto al de la ley 906 de 2004, pero hay elementos con vigencia para ambas normas adjetivas.

3.1. Jurisprudencia del 2005 – 2010

La sentencia con la que inicia este recorrido es la C-591 de 2005, en la cual la Corte Constitucional analizó el acto legislativo 03 de 2002, el cual introducía el procedimiento penal acusatorio a Colombia.

El procedimiento penal de tendencia acusatoria – positivizado con la ley 906 de 2004- fue introducido en Colombia a través del acto legislativo 03 de 2002 con fines como: Fortalecer la función investigativa de la fiscalía, un juicio oral contradictorio y concentrado, modificar el principio de permanencia de la prueba, introducir el principio de oportunidad, entre otros (C-591/2005).

Dentro de esos fines también estaba el poder separar y distinguir a los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar para que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares dispuestos en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica en temas de imparcialidad. Esto no es otra cosa que una materialización del principio acusatorio anteriormente descrito en términos de Roxin y Baumann. De esta manera el juez de conocimiento se encarga de juzgar y el fiscal tiene asignadas las funciones de investigar y acusar, siendo delegatario de la acción penal en cabeza del Estado colombiano.

Posteriormente, en la sentencia T-1094 de 2008, la Corte Constitucional desarrolló cuándo y cómo se desconoce el Principio de Congruencia, ya sea por acción o por omisión, básicamente

cuando se modifica el fundamento fáctico de la acusación o cuando se agregan circunstancias que generan mayor punibilidad.

Pero lo más importante a resaltar de esta sentencia es que en varias ocasiones, al hacer el recorrido por los diferentes ordenamientos adjetivos menciona que el objetivo es alcanzar la verdad real -Verdad material- por la pretensión de orden social justo que tiene nuestro ordenamiento jurídico, y a partir de ella juzgar al procesado (T-1094/2008). Y, agrega, que lo anterior no implica el desconocimiento de las garantías fundamentales del derecho de defensa y contradicción, pues la norma -ley 600 de 200- permite que se amplíe la indagatoria en caso de ser necesario un cambio de calificación jurídica para buscar la verdad real, lo cual permite que el acusado se defienda y contradiga (T-1094/2008).

Lo anterior, fue dicho a la luz de la ley 600 de 2000, pero es una muestra de cómo nuestra Corte Constitucional ya reconocía el cambio de calificación jurídica como una circunstancia más que aceptable para la búsqueda de la verdad material.

3.2. Jurisprudencia del 2010-2015

En este período la sentencia más importante es la C-025 de 2010, en ella se demandó el artículo 448 de la ley 906, la demanda se basa en que la Congruencia debería predicarse desde la imputación, no desde la acusación y que, por tanto, se vulneraba el artículo 29 de la Constitución, el cual hace alusión a la imputación y no a la acusación.

La Corte dirime el anterior conflicto planteado al afirmar que en la imputación el proceso todavía está en fase de instrucción, y por ello la fiscalía aún está recabando evidencias las cuales le ayudarán a precisar mejor los hechos, lo cual implica una eventual modificación de la calificación jurídica (C-025/2010).

La Corte resalta la gran importancia del Principio de Congruencia en el marco de un proceso penal por su íntima conexión con el derecho de defensa, así no es una simple directriz que guía el devenir del proceso, sino una garantía para el procesado (C-025/2010).

También repasa las normas adjetivas previas a la Ley 906 y cómo en ellas se admitía que se modificara la calificación jurídica de los hechos. Respecto al decreto 2700 de 1991 afirmó que la calificación jurídica era provisional, pero que con esto no se podía sorprender al procesado con hechos nuevos (C-025/2010).

En el caso de la ley 600 de 2000, para administrar justicia con apoyo en la verdad, la Corte permite que la calificación jurídica sea variable y le permitía al juez modificar la misma; siempre permitiendo un marco de contradicción al procesado (C-025/2010). Y, citando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concluye que en el marco de la ley 906 se admite la modificación de la calificación jurídica, pero con ciertos requisitos, como que el nuevo delito sea del mismo género, no modifique los hechos y no agrave la situación del procesado (Rad. 27518).

En la sentencia T-1038 de 2012, la Corte analiza de nuevo el Principio de Congruencia a la luz de la ley 600 de 2004: Aquí resalta que el Principio de Congruencia no implica una consonancia absoluta entre la acusación y la sentencia, sino un eje conceptual para delimitar el objeto del proceso y garantizar el derecho de defensa (T-1038/2012).

3.3. Jurisprudencia del 2015-2020

Con la sentencia T-655 de 2015, la Corte Constitucional volvió desarrollar el Principio de Congruencia en el marco de la ley 600. Resaltó que la Congruencia es una garantía instrumental que pretende evitar que el procesado sea sorprendido por hechos nuevos a fin de que pueda defenderse (T-655/2015) y referenciando la sentencia *Fermín Ramírez vs. Guatemala* resalta la importancia del componente fáctico en la acusación, pues allí queda delimitado para todo el

proceso. Concluye que es el componente fáctico es inmodificable, una barrera infranqueable, cualidad que no puede predicarse de la calificación jurídica.

Ya en la sentencia SU-397 de 2019 la Corte Constitucional revisa las distintas decisiones con relación al Principio de Congruencia en el marco de la ley 600 de 2000:

- No se pueden agregar hechos adicionales o nuevos.
- El juez puede modificar la calificación jurídica, a petición de la fiscalía o de oficio.
- Para proteger el derecho de defensa, se debe dar espacio para la contradicción ante la nueva calificación jurídica. (SU-397/19)

A su vez reitera la gran conexión entre esta garantía y el derecho de defensa, pues es un límite al actuar de los jueces. El principio implica la consonancia entre la acusación y la sentencia, así es un límite para que el juez decida y para que el acusado se defienda.

3.4. Conclusiones

Es llamativo que la Corte en toda su jurisprudencia siempre resalte la importancia del Principio de Congruencia como garantía y límite, y aun así no se dé a la tarea de analizar a fondo las implicaciones de este principio en el marco de un esquema acusatorio.

La Corte Constitucional en la sentencia C-025/2010 también reconoció la naturaleza del proceso penal acusatorio, dejando clara la separación de funciones entre quien juzga y quien acusa (C-025/2010). Por otro lado, este sistema es adversarial, lo cual implica que está vigente el principio de igualdad de armas que es la posibilidad de fiscalía y defensa ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los sujetos procesales son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial y cuentan con las mismas herramientas de ataque y defensa (C-536/2008).

A su vez, como se ha venido mostrando, la Corte Constitucional ha resaltado que uno de los fines del proceso penal es alcanzar la verdad material, por la pretensión de orden social justo,

la lucha contra la criminalidad y la protección de los derechos de las víctimas (T-1094/08 y C-025/10); por otro lado, la investigación en cabeza de la fiscalía tiene como fin la búsqueda de la verdad material sobre los hechos delictivos (C-591/05).

Vemos, pues, que la Corte ha reconocido el esquema procesal de corte acusatorio, pero lo ha enlazado con la búsqueda de una verdad material, repartiendo la responsabilidad entre juez y acusador. Pareciera que se cumple con el principio acusatorio, pues hay una aparente separación de funciones.

Sin embargo, como vimos en cada periodo, la Corte permite que la calificación jurídica sea modificada, ya sea por el juez o por solicitud de la fiscalía. Como se puede ver, esto es indiferente a la legislación que se analice, sea ley 600 o ley 906, la conclusión es la misma: el juez puede modificar la calificación jurídica bajo ciertas condiciones, lo cual desconoce abiertamente el principio acusatorio, pues en este caso el juzgador deja su papel y pasa a ser acusador y parte en un mismo instante, todo justificado en la búsqueda de la verdad material.

Para finalizar es necesario rescatar que la Corte siempre ha sido uniforme respecto a la importancia del Principio de Congruencia. De esta manera podemos concluir que el Principio de Congruencia es una garantía relacionada con el derecho de defensa, de contradicción, de debido proceso y tiene una función orientadora del objeto del proceso, pues delimita el actuar del juez y permite establecer la estrategia de defensa del procesado.

4. Antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el paso de una Congruencia en sentido estricto a una Congruencia flexible.

Ahora veremos, a través de periodos de 5 años, qué es lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el Principio de Congruencia en la jurisprudencia de su sala penal. A diferencia de la

Corte Constitucional, este tribunal ha analizado más a fondo este principio, pues es su competencia como máximo órgano jurisdiccional en el área penal.

4.1. Jurisprudencia del 2005 - 2010.

La Corte Suprema de Justicia en sede de casación manejó, respecto a la ley 906 de 2004, un concepto de Congruencia en sentido estricto, ésta era la tesis dominante jurisprudencialmente. El juez no podía condenar por un delito diferente al que fue imputado en la acusación (Rad 26468), esto implica que tanto los hechos como la calificación jurídica eran completamente inmutables; cosa que tiene sentido pues al ser un sistema acusatorio, implica la inexorable aplicación del principio acusatorio, entonces el juez debía mantenerse en su lugar de juzgador y la fiscalía en su lugar de acusador, ya que el cambio de calificación jurídica por parte del juez implica que este despoje momentáneamente a la fiscalía de su facultad acusadora, atropellando un elemento básico del principio fundante del sistema procesal acusatorio.

Pero con la sentencia radicado 26468 emitida en el año 2007 la Corte Suprema decidió admitir que se variara la calificación jurídica si la nueva adecuación típica no agrava la situación del acusado y no modifica la estructura fáctica de la acusación (Saray, 2017, pp 965).

A partir de este hito jurisprudencial – hito en el contexto de la ley 906 de 2004- la Corte Suprema permitió una postura moderada del Principio de Congruencia, en el procedimiento penal acusatorio: la Congruencia flexible. la cual implica que no es necesaria la completa armonía entre los delitos que fueron enumerados en la acusación y los delitos respecto de los cuales se dicta sentencia. Se dice que en el proceso penal acusatorio pues la Corte Suprema de Justicia ya, como fue dicho, reconocía la variabilidad de la calificación jurídica desde vieja data en las anteriores normas procesales penales.

Muestra de ello es el decreto 2700 de 1991, código procesal penal predecesor de la ley 600 de 2000, aquí ya se le reconocía a la fiscalía la posibilidad de proponer una calificación jurídica diversa en la audiencia si éste nuevo delito pertenecía al mismo capítulo del precedente (Rad 26468), es decir, si era un delito que vulneraba el mismo bien jurídico; y también como vimos en la jurisprudencia constitucional se admitía la provisionalidad de la calificación jurídica (C-025/2010). Así las cosas, como era un esquema procesal mixto inquisitivo, el juez tenía la última palabra y decidía si aplicaba la nueva calificación o la primera “siempre que no desbordara el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria” (Rad 26468).

La Corte también reconoció que el cambio en la calificación jurídica podría atentar contra el derecho de defensa, pues al no ser parte de la acusación, la estrategia de defensa se encaminaba por otra senda. De esta manera, la defensa no se ocupaba de desvirtuar delitos que no aparecían en la acusación (Rad 27518), por ende, no estaba preparada para lidiar con una variación de la calificación. Por esto, la Corte permitió que se variara la calificación jurídica, pero para no vulnerar los derechos de defensa y debido proceso propuso que el nuevo delito debía ser del mismo género, no agravar la situación del acusado y no podría modificar el marco fáctico de la acusación (Rad 27518).

También la Corte Suprema de Justicia desarrolló las tesis en las cuales podría aparecer la incongruencia en el proceso penal, esto es por acción o por omisión (Rad. 29872). En la incongruencia por acción el juez condena por un delito o hecho distinto a los contemplados en la imputación o acusación, o cuando se condena por un delito respecto del cual nunca se hizo mención fáctica en la imputación o acusación, o cuando se condena por el delito acusado, pero además el juez deduce circunstancias agravantes o que aumentan la punibilidad del delito enjuiciado. Por otra parte, tenemos la incongruencia por omisión, que se da cuando el juez suprime una circunstancia de menor punibilidad al momento de condenar (SP606-2008).

4.2. Jurisprudencia del 2010 - 2015.

La Corte misma reconoce que con la Congruencia flexible se logró implantar una postura menos radical abriéndole paso a un papel más activo al juez en el momento de decidir (Rad. 36621). Ojo aquí, pues está reconociendo que ante la moderación del Principio de Congruencia le ha dado mayor intervención al juez, lo cual contraviene la idea del principio acusatorio: un órgano juzga, el otro acusa.

Por otro lado, la Corte siguió desarrollando la relación entre el Principio de Congruencia y el derecho de defensa, afirmando que el Principio de Congruencia es una muralla que evita que el procesado sea sorprendido con una sentencia ajena a los cargos formulados y por los cuales adelantó su tarea defensiva (Rad 34370). A su vez la eleva a “postulado estructural del proceso” (Rad 38810).

Y también dio pasos similares a los de la Corte Constitucional, pues reconoció en el Principio de Congruencia una doble connotación: Delimita los elementos respecto de los cuales el procesado debe defenderse y así puede planear su estrategia defensiva; y la acusación marca un límite, no sólo para el juez, sino para todos los intervinientes en el proceso. Y reitera que la calificación jurídica se puede modificar, mas los hechos enumerados en la acusación no (Rad 34370).

Hay detalles importantes a resaltar: En este periodo la Corte Suprema de Justicia, primero, reconoció que también debe haber armonía entre lo aceptado por el imputado en la respectiva audiencia y en lo preacordado entre la fiscalía y el procesado; y segundo afirmó que la Congruencia se compone de tres elementos: Fáctico, personal y jurídico. Y que la acusación delimita la identidad de la conducta punible a través de esos 3 aspectos anteriormente mencionados.

4.3. Jurisprudencia del 2015 - 2021

En este punto, la Corte Suprema de Justicia se ha amparado en que la ley no exige una identidad perfecta entre la acusación y la sentencia, sino que la acusación dispone una suerte de marco en el cual se puede desenvolver el proceso siempre que no desborde el marco fáctico (AP996-2021), es decir, la Congruencia no hace de la acusación un límite férreo e inamovible, sino que la acusación es un eje, un marco, un espacio que se presta para variaciones en términos jurídicos. Y es en ese orden de ideas donde ya la sentencia no es incongruente por no guardar identidad con la acusación, sino que es incongruente cuando el juez rebasa ese etéreo marco dispuesto en la acusación.

También, siguiendo a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia afirmó que el Principio de Congruencia desarrolla el elemento de contradicción del derecho de defensa, por tanto, está enlazado directamente con la garantía del debido proceso (SP2339-2020), pues si el procesado conoce qué hechos son fundamento del proceso y cuales delitos se le imputan puede desarrollar la estrategia defensiva que mejor se acomode a la situación y a su conveniencia.

Y también definió al Principio de Congruencia como “una garantía para el acusado que únicamente puede ser declarado penalmente responsable por los hechos atribuidos en la acusación. Dicho de otra manera, se trata de la correlación que debe existir entre la conducta por la cual una persona es acusada y la decisión definitiva sobre su responsabilidad” (SP401-2021). Aquí vamos notando una consonancia entre la postura de esta corporación con la de la Corte Constitucional, para ambas altas cortes es una garantía que delimita el objeto de la sentencia a lo que el ente acusador imputó a través del acto complejo de acusación. Postura que concuerda a su vez con la de Roxin “esto significa que el tribunal, también en la sentencia, sólo puede juzgar sobre el "hecho" circunscripto por el auto de apertura.” (Roxin, 2000, pp 415)

En ese orden de ideas las imputaciones contenidas en la acusación pasan a ser ley del proceso, por tanto, frontera inquebrantable para que el juez decida dentro de los límites de la acusación (AP5142-2016). Pero para la Corte Suprema, por ser un límite en el objeto del proceso, implica que el procesado no pueda ser sorprendido con imputaciones que no fueron determinadas en la acusación y mucho menos se pudo defender, es decir, le asegura una defensa efectiva al procesador (Rad 42102 y SP168-2021).

En este periodo la Corte habló sobre cómo se presentan las incongruencias, tal como lo hizo anteriormente, solo que esta vez hace refirió a la incongruencia positiva y a la incongruencia negativa. La negativa es definida así: “ocurre cuando el fallador prescinde total o parcialmente de los cargos formulados en la acusación” (AP5142-2016). Esta incongruencia implica que el juzgador no se pronuncie respecto a la totalidad de los delitos imputados o parte de ellos, así el juez termina emitiendo una sentencia que no soluciona la *litis* propuesta por la fiscalía, aquí el problema no es que el juez se excedió en su fallo, sino que de plano omite proferir un fallo que solucione de forma el objeto de la acusación.

Por su parte, la incongruencia positiva ha sido definida por el alto tribunal de esta manera: “cuando independientemente de lo acertado o no de su pronunciamiento, el sentenciador decide más allá de lo establecido en la acusación” (AP5142-2016). Entonces hay incongruencia positiva cuando el juez desborda lo dispuesto en la acusación, así sucede cuando agrega otro delito a los que ya estaban dispuestos en la acusación o cuando termina condenando por un delito cuya condena es mucho mayor a la del imputado en la acusación. La incongruencia positiva implica un exceso en el objeto de la acusación.

4.4. Conclusiones.

En el período 2005 a 2010, la Corte reconoció a la Congruencia como una garantía del derecho de defensa y del debido proceso, delimitó el concepto de Congruencia flexible y sus requisitos, y también enumeró los casos en que habría incongruencia. En el periodo 2010 a 2015 se reafirma la importancia de la Congruencia flexible y la Corte desarrolla cuales son los elementos que componen el Principio de Congruencia. En el periodo del 2015 al 2021 siguió desarrollando el Principio de Congruencia en conexión con el debido proceso, la importancia de la acusación como marco que determina el actuar judicial y cómo afecta a la Congruencia.

Identificamos que hay un problema en la jurisprudencia respecto al principio acusatorio, pues puede entenderse que para la Corte Suprema el hecho de que el juez pueda llegar a acusar e imputar un nuevo delito le parece que no compromete *per se* la separación de funciones que caracteriza el sistema procesal penal de corte acusatorio. Sin embargo, el hecho de que el juez impute hechos por fuera de ese marco sí resulta en un quebranto de la separación de funciones ergo del principio acusatorio, pues en este caso ya no se materializaría la igualdad de armas (SP606-2018). Y lo anterior deviene en una suspensión del principio acusatorio para que el juez se involucre en funciones, que en vigencia de tal principio le estarían vedadas, que son competencia de la fiscalía: acusar. De esta manera, se inaplica momentáneamente el principio que es piedra angular del esquema procesal con el fin de dar mayor prevalencia a fines superiores.

La Congruencia flexible deja la justicia y la verdad confiadas en la cognición del juez pues es garante de la verdad. El juez conforme a su interpretación del acervo probatorio, sus facultades fundadas en el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) puede modificar la calificación jurídica dentro de las reglas jurisprudenciales delimitadas para esto.

De esta manera el Principio de Congruencia aplicado en su versión moderada admite el desmedro de garantías fundamentales para el procesado y deja todo en manos del juez para que

alcance la verdad material, tal como un efecto placebo, pues el juez no puede conocer la verdad material sino lo que se le enseña a través de la práctica de pruebas, es decir, su decisión se fundamenta sobre la convicción generada a partir del material probatorio expuesto. Lo que se logra probar dentro del proceso no necesariamente es la verdad material, sino una verdad procesal construida a partir de las proposiciones expuestas y probadas por las partes.

En medio de la balanza entre los derechos de verdad, justicia, la pretensión de orden social justo y el derecho de defensa, materializado en el Principio de Congruencia, se terminó admitiendo que los jueces, conforme a las facultades del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) (M. Moya, 2019, pp 16), pudieran apartarse de la calificación jurídica inicial presentada por la fiscalía con el fin de acercarse al cumplimiento de esos fines esenciales.

Y, para finalizar, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la conexión de la Congruencia con el debido proceso, su carácter de desarrollo de la garantía de contradicción del derecho de defensa, lo ha elevado a la categoría de postulado estructural del proceso, así podemos llegar, conforme a lo expuesto, a definición parcial del Principio de Congruencia.

Puede decirse entonces, que la Congruencia es una garantía procesal en beneficio del acusado pues le muestra de qué debe ejercer su derecho de defensa y define el objeto del proceso atando al juez a decidir en su sentencia en el marco de la acusación. La Congruencia juega un papel fundamental en aras de garantizar un juicio justo (C. Solórzano, 2019, pp 134). Y en Colombia se entiende este principio de manera flexible, es decir, que admite la variación del elemento jurídico.

5. Elementos de la Congruencia.

Como hemos venido revisando a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, el Principio de Congruencia es una garantía procesal de suma importancia en el marco de un proceso penal acusatorio. Ahora es necesario explorar cual

es el contenido del Principio de Congruencia, éste se ha podido ver en cierta forma, desde penumbras, en los acápites anteriores, mas ahora los veremos de cerca.

Doctrinariamente puede decirse que la Congruencia está compuesta por 3 elementos: “Personas, hechos y asociación normativa” (Moya, 2014, pp 12). Es decir, un aspecto personal o subjetivo, un aspecto jurídico u objetivo -también entendido como calificación jur y un aspecto jurídico o calificación jurídica. En la exposición que hemos hecho hemos visto cómo se debatía sobre la calificación jurídica y los hechos, pero no se hablaba directamente del aspecto personal.

La Corte por su parte en distintas decisiones ha resaltado que en su fallo el juez debe guardar la identidad de los hechos, los sujetos y la modalidad delictiva junto con sus agravantes (Rad 26468), los 3 elementos de la Congruencia encauzan la decisión del juez y la limitan exclusivamente al contenido de los mismos, ir más allá implica un desconocimiento de la garantía de la Congruencia. En concordancia con lo expuesto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“En efecto, cuando se hace una interpretación sistemática de los artículos 250 de la Constitución Política y 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, se alude a que el ordenamiento jurídico exige verificar la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos) entre la acusación y la sentencia.” (SP606-2018)

Así, la Corte Suprema de Justicia con la interpretación de las normas citadas que versan sobre las funciones de la fiscalía, el contenido de la acusación y el Principio de Congruencia la Corte deduce que son 3 los componentes los cuales deben corresponderse tanto en la acusación como en la sentencia.

El Principio de Congruencia alude a la correspondencia “personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos)” que se debe dar entre la acusación y la sentencia (Rad 41253). Con esto la Corte Suprema de Justicia no quiere decir otra cosa que, al juez, por su calidad de juzgador y no de acusador, le está vedado apartarse de tal correspondencia pues sería emitir su propia

imputación, alejándose de la imparcialidad que debe ostentar por su rol en el marco de un proceso acusatorio adversarial.

Entonces tenemos que la fiscalía, en la acusación, es la llamada determinar los 3 componentes de la Congruencia, decir quién hizo qué y tales bajo qué adecuación típica se subsumen y cuales agravantes o atenuantes aparece.

Por la misma línea argumentativa la Corte ha dicho que “mediante la acusación la Fiscalía concreta la imputación en los aspectos personal, fáctico y jurídico para que el procesado y su abogado conozcan el marco dentro del cual se surtirá el debate en el juicio y a partir de ello, orienten el ejercicio del derecho de defensa” (AP5142-2016). Lo cual no es otra cosa que la muestra práctica de cómo una delimitación básica de 3 aspectos implica la demarcación del objeto del proceso y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción. Sin esos 3 aspectos la unidad de defensa no sabría a qué se enfrenta su apoderado.

Como el lector pudo ver en la exposición hecha hasta ahora, la calificación jurídica, es decir, el componente jurídico de la Congruencia no es absoluto sino relativo. Porque el juez está autorizado tanto para absolver como para condenar atenuando la calificación o incluso para condenar por una conducta distinta, siempre y cuando respete el elemento fáctico de la imputación (AP5142-2016). Vamos viendo cómo se perfila una prevalencia del elemento fáctico por encima del fundamento jurídico, es más, el primero es el que da fundamento para que el juez disponga sobre el segundo.

De este modo, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, el Principio de Congruencia implica conformidad personal y fáctica entre la acusación y la sentencia (SP9714-2017), precisamente estos dos componentes son el núcleo duro del Principio de Congruencia desarrollado por nuestras altas cortes, pues son elementos de carácter absoluto que no pueden ser objeto de modificación (AP5142-2016 y SP073-2018).

En ese orden de ideas la garantía de la Congruencia es insoslayable en el marco de que la sentencia debe versar por los mismos hechos descritos en la acusación (En el próximo capítulo analizaremos qué sucede con los hechos entre la imputación y la acusación) y deberá ser respecto a la misma persona que fue sujeto pasivo del acto complejo de acusación, que no es otro que el procesado. De este modo, se exige perfecta armonía en los elementos fáctico y personal, convirtiéndose esto en el límite de acción para que el juez defina si declara la responsabilidad penal o absuelve (SP2339-2020).

Si no existe tal armonía, se quebrantan las bases fundamentales del proceso, pues no se puede sorprender al procesado con imputaciones que no fueron incluidas en el acto de acusación (SP403-2021). Pero olvida la Corte que si se modifica la calificación jurídica en sentencia se sorprende tanto al procesado como a su defensor, y tal cual lo resalta Carlos Solórzano (2019) respecto a la modificación jurídica: “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” (C. Solórzano, 2019, pp 533).

Es cuanto menos preocupante ver cómo la Corte Suprema desconoce que, precisamente lo que pretende defender el Principio de Congruencia, que es evitar que el enjuiciado sea sorprendido con imputaciones nuevas ajenas a la acusación, es completamente vulnerado al permitir que el juez, conforme al principio *iura novit curia*, pueda sorprender al defensor y al procesado con una nueva calificación jurídica en la sentencia.

El Principio de Congruencia, en palabras de la Corte Suprema, implica dos efectos, el primero es que tanto el procesado como su defensor conozcan con claridad los cargos que pesan su contra y el segundo es que haya un nivel relativo de armonía en cuanto a la calificación jurídica y una completa correspondencia fáctica y personal entre la acusación y la sentencia (SP741-2021).

Ahora pasaremos a ver más de cerca cada uno de los elementos que componen al Principio de Congruencia.

5.1. Elemento Fáctico.

El componente fáctico es uno de los dos elementos con carácter absoluto dentro del Principio de Congruencia, esto implica que es inmodificable en el marco de un proceso penal. Por ello decimos que es parte del núcleo duro del principio de la Congruencia, ya que con su condición absoluta representa el carácter esencial de un principio pensado para delimitar el objeto del proceso penal, objeto que debería ser inmodificable en el marco de un proceso acusatorio adversarial.

El elemento fáctico le señala a la autoridad judicial cuales hechos únicamente pueden considerarse como objeto del proceso (Moya, 2014, pp 12). En otras palabras, este componente señala qué hechos deberá tener en cuenta el juez para dictar sentencia, hechos que están determinados en el acto de acusación (SP073-2018).

Entonces puede decirse que la sentencia es congruente cuando guarda correspondencia entre los hechos delimitados por la fiscalía en la acusación y será incongruente si el juez en su decisión desborda los hechos delimitados por la fiscalía (SP073-2018).

La Corte ha mostrado la incidencia del componente fáctico en el proceso penal así:

“(i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del Principio de Congruencia.” (SP2896-2020)

En ese orden de ideas, el componente fáctico implica que se abarquen todos los hechos, tanto los que componen al tipo básico que se pretende imputar, como los hechos que corresponden a circunstancias de menor o mayor punibilidad (SP2042-2019), esto no es otra cosa que los hechos jurídicamente relevantes. Hechos que adquieren relevancia institucional (Moya, 2014 pp 3) y juridicopenal al ser subsumidos con un tipo penal, es decir, al dársele a esos hechos una calificación jurídica.

Los hechos jurídicamente relevantes son aquellos con los que la fiscalía determina las circunstancias de tiempo modo y lugar (SP073-2018), son estos hechos los que utiliza para realizar el proceso de subsunción en la categoría de tipicidad del delito. Éstos tienen un carácter estructural al interior del proceso, son garantía de defensa e insustituibles dentro de la acusación y el fallo (SP471-2021), así, por su carácter de inamovibles, permiten saber al procesado desde el primer momento que se enfrente a un proceso penal por qué se le investiga y tiene la completa seguridad que justo por esos mismos hechos es que va a versar la sentencia. Situación no predicable respecto al elemento jurídico del Principio de Congruencia.

5.2 Elemento Jurídico.

El elemento jurídico de la Congruencia es la selección de las normas en las que los hechos jurídicamente relevantes pueden subsumirse (SP2042-2019), es decir, es la calificación jurídica resultante del juicio de adecuación típica de los hechos en un tipo penal.

Como se ha dicho, el elemento jurídico no es absoluto, pues si bien debe predicarse la correspondencia entre el delito imputado en la acusación y el delito respecto del cual versa la sentencia, la realidad es que la jurisprudencia de las altas cortes colombianas ha permitido que este elemento opere en la modalidad relativa si no agrava la situación del acusado (SP073-2018), consintiendo en la variación de la calificación jurídica entre la acusación y la sentencia.

Y es que el debate en torno a la Congruencia se centra en este elemento, pues ni en un sistema inquisitivo ni en uno acusatorio se ha desconocido que la sentencia debe versar sobre los hechos jurídicamente relevantes esgrimidos en el acto de acusación, pero no ha sido igual de sosegada la discusión en el caso de la calificación jurídica de la conducta objeto del proceso (Hernández, 2005, pp 6). Los doctrinantes se han agrupado en dos grandes grupos:

Los primeros afirman que sí puede modificarse la calificación jurídica, pues esta no debe mantenerse incólume por el carácter progresivo del proceso penal (Vanegas, 2013, pp 75), incluso algunos no reconocen a la calificación jurídica como un elemento que componga el objeto del proceso, “la identidad del objeto procesal tiene un componente personal y uno material” (Roxin, 2000, pp 160). Reduciendo los elementos de la Congruencia a su núcleo duro, los componentes fáctico y personal.

Esta postura se ha sostenido en la búsqueda de la verdad material, en las facultades que concede el principio *iura novit curia* como se ha venido exponiendo, pero también se ha sostenido en la progresividad del proceso penal. Y la Corte Suprema de Justicia ha argumentado en esa misma línea respecto al cambio de calificación jurídica entre la imputación y el acto de acusación:

“En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos. De esta manera la imputación puede cambiarse por nuevos detalles o adicionarse.” (SP2042-2019)

Los doctrinantes del segundo grupo, sostienen que la Congruencia no puede ser flexible, por ende, no puede ser relativo su elemento jurídico, pues atenta contra el derecho a la defensa y desconecta el devenir del proceso de su deber ser adversarial. Postura defendida por Carlos

Solórzano Garavito en su tesis doctoral “El Principio de Congruencia dentro del enfoque adversarial en el contexto colombiano”. (Solórzano, 2019)

5.3 Elemento Personal.

Como fue citado anteriormente, este es el segundo elemento que es absoluto dentro del Principio de Congruencia, por tanto, núcleo duro del mismo. La Corte Suprema lo ha definido como la “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” (SP073-2018).

Es el concepto más pacífico de los 3 debido a que es protuberante que un proceso empieza respecto a una persona y termina respecto a la misma, los procesados no son intercambiables de un proceso a otro.

Como es un elemento tan pacífico casi no es tenido en cuenta por la jurisprudencia, pues el centro del debate versa sobre los otros dos elementos. Pues sólo la persona que fue acusada, es decir se le imputaron ciertos delitos y se le endilga la responsabilidad penal por ciertos hechos, es susceptible de ser absuelto o condenado en la sentencia.

6. Conclusiones

En el Contexto Colombiano tenemos un esquema procesal penal de corte acusatorio, pero que ha sido modificado jurisprudencialmente para adaptarse a lo que nuestras Altas Cortes han considerado como lo más justo. Así vimos cómo se ha priorizado la búsqueda de una verdad material, típica de esquemas inquisitivos, en un esquema procesal incompatible; y se ha hecho al juez garante de tal verdad como director del proceso.

También se vio como a nivel interamericano la Corte IDH ha sostenido que para pensar en modificar la calificación jurídica debe mantenerse el elemento fáctico intacto y debe darse

oportunidad al procesado de defenderse de esa nueva calificación otorgada. En Colombia si el juez decide cambiar la calificación jurídica en el momento de emitir sentencia, le estaría negando el segundo requisito planteado por la Corte al procesado, este tendría que acceder a una apelación para pretender defenderse de esa nueva calificación jurídica; en todo caso no tendría la oportunidad de presentar defensa dentro del proceso, sino a través de un recurso.

Nuestras Altas Cortes han reconocido en el Principio de Congruencia una materialización del debido proceso, del derecho de defensa, de la garantía de contradicción, garantías completamente fundamentales para la igualdad de armas, sobre todo en un proceso penal en el cual se juegan derechos de la más alta importancia.

En Colombia se entendió al Principio de Congruencia en sentido estricto por algún tiempo, esto fue un cambio de paradigma, pues como vimos en las regulaciones anteriores se admitía la variabilidad de la calificación jurídica. Pero en 2007 la Corte Suprema de Justicia cedió de nuevo y admitió la variabilidad de la calificación jurídica al entender que es más importante la búsqueda de la verdad material y la garantía de un orden social justo, así se admitió el uso de un Principio de Congruencia flexible.

Aquí podemos identificar también que la tendencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, es aplicar al esquema procesal acusatorio un Principio de Congruencia similar al que ya se aplicaba en la ley 600. Esto toma más fuerza cuando, como vimos, la Corte Constitucional se ha ocupado más por desarrollar este principio desde la ley 600 de 2000 que desde la ley 906 de 2004, y en el próximo capítulo veremos un poco más de esta tendencia con la SP2390 de 2017.

El Principio de Congruencia entendido en perspectiva flexible permite que el juez de conocimiento penal modifique la calificación jurídica, en virtud del principio *iura novit curia* y la progresividad del proceso penal, con el fin de alcanzar la verdad material, y así propender por un

orden social justo. Como vimos, el principio acusatorio que impera en nuestro sistema procesal penal es su fundamento e implica la separación de funciones entre juzgar y acusar.

En ese caso, el juez al modificar la calificación jurídica está acusando y juzgando, acontecimiento permitido por la interpretación sistemática del esquema procesal introducido con la ley 906 de 2004, es decir, a través de la constitucionalización del sistema procesal penal, las altas cortes colombianas han llegado a la conclusión de que un Principio de Congruencia estricto no se acomoda a los derechos, principios y valores presentes en la carta.

Por ello puede decirse que la constitucionalización del sistema procesal penal acusatorio admite la suspensión del principio acusatorio, pues le concede al juez la posibilidad de acusar y juzgar al permitirle modificar la calificación jurídica.

Así, tanto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia lo que deberían hacer es no pretender que con la Congruencia flexible aún hay principio acusatorio, sino reconocer que éste se ve suspendido para la protección de unas garantías y consignas, que a priori, son de mayor importancia.

En todo caso sería importante que la Corte Constitucional pudiera hacer un test de proporcionalidad en el cual estudie si es proporcional la suspensión del principio acusatorio, pues en un lado de la balanza están los derechos al debido proceso, defensa, contradicción del procesado, el principio acusatorio, el principio de igualdad de armas, y del otro lado están los derechos de las víctimas, la verdad material como fin del proceso, y fines del Estado como el orden social justo, la justicia material, y la lucha contra la criminalidad.

Para finalizar, a partir de todo lo que hemos recorrido en este capítulo podemos concluir como concepto integral del Principio de Congruencia, aplicable a la legislación colombiana:

El Principio de Congruencia es una garantía procesal vinculada al derecho de defensa, de la contradicción y del debido proceso; se le ha dado aplicación en su versión flexible, lo que implica

la completa consonancia que debe existir entre el acto de acusación y la sentencia en los elementos fácticos y personales, mientras que en el campo jurídico implica cierta variabilidad atada al contenido del elemento fáctico dispuesto en la acusación.

De esta manera, consta de 3 elementos, dos absolutos que son el elemento fáctico y el elemento personal; y un elemento relativo por su variabilidad en contexto con el elemento fáctico: el elemento jurídico, la calificación jurídica del delito.

En ese orden de ideas el Principio de Congruencia tiene dos aristas que limitan el objeto del proceso penal: Le dice al procesado por qué está vinculado al proceso penal y de qué debe defenderse, y le dice al juez respecto a qué debe fallar y le define un marco de acción por si considera necesaria una nueva calificación jurídica pues la dada por la fiscalía en la acusación no subsume realmente los hechos jurídicamente relevantes enumerados en el elemento jurídico.

7. Bibliografía:

- “Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales” Bauman, Jürgen (1986)
- “Derecho y razón” Luigi Ferrajoli (1995).
- “Derecho procesal penal”. Claus Roxin (2000)
- “La verdad procesal”. Antonio Salcedo Flores (2004), revista Alegatos, núm. 58, México.
- “Imputación fáctica y jurídica” Hernández Esquivel, Alberto (2005)
- “Estructura del proceso penal acusatorio” Avella, Pedro Oriol (2007)
- “El Principio de Congruencia”. Vanegas Villa, Piedad Lucía (2013)
- “La verdad en el proceso”. Michele Taruffo (2013).

- “Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos”. Michele Taruffo (2013)
- “Cómo se construyó el Principio de Congruencia en el Código de Procedimiento Penal Colombiano” Moya Vargas, Manuel Fernando (2014)
- “La verdad en el derecho” Jesús Antonio Ruiz Monroy (2016)
- “Procedimiento penal acusatorio” Saray Botero, Nelson (2017)
- “El Principio de Congruencia dentro del enfoque adversarial en el contexto colombiano” Solórzano Garavito, Carlos (2019)
- “El Principio de Congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica” Moya Vargas, Manuel Fernando (2019)

Convencional:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Fermín Ramírez vs. Guatemala, 5 de junio de 2005.

Constitucional:

- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-620 de 2001. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-1288 de 2001. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-591 de 2005. Magistrada Ponente. Clara Inés Vargas Hernández.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. T-1094 de 2008. Magistrada Ponente. Clara Inés Vargas Hernández.

- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-536 de 2008. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-025 de 2010. Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. T-1038 de 2012. Magistrado Ponente. Mauricio Gonzáles Cuervo.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-342 de 2017. Magistrado Ponente. Alberto Rojas Ríos.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. SU-397 de 2019. Magistrada Ponente. Cristina Pardo Schlesinger.

Ordinario:

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad 26468, julio 27 de 2007. Magistrado Ponente. Alfredo Gómez Quintero.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad 27518 noviembre 28 de 2007. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 29872 octubre 30 de 2008. Magistrada Ponente. María del Rosario Gonzáles de Lemos.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia S. Rad. 36621, marzo 28 de 2012. Magistrado Ponente. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 42102, marzo 5 de 2014. Magistrado Ponente. Eyder Patiño Cabrera.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia rad. 41253, octubre 15 de 2014. Magistrado Ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia AP5142-2016, agosto 10 de 2016. Magistrado Ponente. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia sp9714-2017, julio 5 de 2017. Magistrado Ponente. José Francisco Acuña Vizcaya.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP073-2018 enero 31 de 2018. Magistrada Ponente. Patricia Salazar Cuéllar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP606-2018, abril 11 de 2018. Magistrado Ponente. Fernando Alberto Castro Caballero.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2042-2019, junio 5 de 2019. Magistrada Ponente. Patricia Salazar Cuéllar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2339-2020, julio 7 de 2020. Magistrado Ponente. Eyder Patiño Cabrera.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2896-2020 agosto 12 de 2020. Magistrada Ponente. Patricia Salazar Cuéllar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP168-2021, febrero 3 de 2021. Magistrado Ponente. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP401-2021, febrero 17 de 2021. Magistrado Ponente. Eugenio Fernández Carlier.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP741-2021, marzo 10 de 2021. Magistrado Ponente. Diego Eugenio Corredor Beltrán.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia AP996-2021 de marzo 17 de 2021. Magistrado Ponente. José Francisco Acuña Vizcaya.

Capítulo 2: Contornos del Principio de Congruencia en Colombia

Resumen.

En este capítulo, después de haber definido qué es el Principio de Congruencia, pasaremos a ver cuáles son los límites que impone el Principio de Congruencia flexible al actuar del ente acusador y del juez desde el trámite de la imputación hasta la sentencia. Así, en el marco de la imputación no hay como tal una exigencia de Congruencia en el elemento jurídico, pero se perfila una inmodificabilidad del elemento fáctico. Por su parte, en sede de la acusación observamos cómo surge un eventual control material por parte del juez de conocimiento para verificar la pertinencia de la calificación jurídica o la violación de derechos humanos; al momento de solicitar condena y para emitir sentencia, el juez y el fiscal están limitados por requisitos jurisprudenciales para plantear una variación de la calificación jurídica. Por lo anterior, se afirma que el uso del Principio de Congruencia en su sentido flexible implica la preferencia de la readecuación típica sobre la absolución y la protección progresiva de los derechos del procesado y se enumeran los límites que tal principio produce a lo largo del proceso conforme a su desarrollo jurisprudencial.

Concluyendo que el Principio de Congruencia flexible otorga una protección progresiva en el elemento jurídico conforme avanza el proceso penal, lo cual implica un aumento en los requisitos para la variación jurídica.

Abstract.

In this chapter, after having defined what the principle of congruence is, we will see what limits the principle of flexible congruence imposes on the actions of the prosecutor and the judge from the indictment to the sentence. Thus, in the framework of the indictment there is no requirement of congruence in the legal element as such, but the factual element is unchangeable. On the other hand, in the indictment, we observe how a possible material control by the trial

judge arises to verify the relevance of the legal qualification or the violation of human rights; at the time of requesting a conviction and to issue a sentence, the judge and the prosecutor are limited by jurisprudential requirements to propose a variation of the legal qualification. Therefore, it is stated that the use of the principle of congruence in its flexible sense implies the preference of the typical readjustment over the acquittal and the progressive protection of the rights of the accused and the limits that such principle produces throughout the process are listed according to its jurisprudential development.

Concluding that the principle of flexible congruence grants a progressive protection in the legal element as the criminal process progresses, which implies an increase in the requirements for the legal variation.

Keywords. Principio de Congruencia, límites jurisprudenciales, acusación, sentencia, nulidad.

Introducción.

Como se expuso en el anterior capítulo, el Principio de Congruencia en Colombia, conforme a las posturas jurisprudenciales de nuestras altas cortes, se ha comprendido en su faceta flexible, la cual implica que el mismo no presenta una protección completa a la inmodificabilidad del elemento jurídico de la imputación jurídica presentada al momento de iniciar el proceso, en otras palabras, admite que se varíe la calificación jurídica bajo ciertos requisitos.

El debate en este capítulo ya no se centra en las razones que las Cortes han usado para abrir la puerta a la modificación de la imputación delictiva, sino que se pretende es conocer, en el entendido del Principio de Congruencia flexible, cuáles son esos límites jurisprudenciales que se han ido dejando como pequeñas huellas en las distintas *ratio decidendi*.

Lo anterior es con el objetivo de establecer los límites que el Principio de Congruencia impone a los jueces en sus decisiones y a la fiscalía en el ejercicio de la acción penal, por medio de la jurisprudencia, y así poder reconocer cuando una autoridad jurisdiccional realiza una modificación en el elemento jurídico amparado por el Principio de Congruencia flexible y cuando se extralimita.

Conforme a lo expuesto, se dará prevalencia a la fuente jurisprudencial, pues es esta fuente la que orienta las decisiones judiciales en el Estado colombiano, en otras palabras, es la indicada para mostrarnos cuales son las pautas que debe seguir un juez o fiscal al momento de pretender aplicar el Principio de Congruencia flexible en cualquier momento del proceso.

Por otro lado, este estudio, al igual que el anterior, se centra en la ley 906 de 2004 pues su enfoque adversarial implica una dinámica completamente distinta a su corregente ley 600 de 2000. Un estudio de ambas normatividades sería aún más extenso e impreciso para nuestros fines esclarecedores.

El problema de investigación que se plantea en esta segunda parte es ¿Cuáles son los límites que el Principio de Congruencia le impone a las autoridades judiciales (juez y fiscal) para realizar cambios en los elementos fáctico y jurídico, en el marco de un proceso penal acusatorio, conforme a la jurisprudencia?

Para lograr dar respuesta al anterior interrogante es necesario usar como método específico el bibliográfico o documental a través de líneas jurisprudenciales, puesto que, es a través de la interpretación jurisprudencial que se les otorgan límites a las figuras preceptuadas en la ley, en este caso el Principio de Congruencia, la fuente principal será la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. El enfoque en este caso será analítico, interpretativo y crítico.

El trabajo se ha dividido en 3 acápites principales, en el primero abordaremos el tema de cómo se aplica el Principio de Congruencia desde la imputación hasta la acusación, lo cual implica dar un paneo a los niveles de conocimiento y como estos han influido en la aplicación del Principio de Congruencia en esta fase. Para ello hay 3 subdivisiones.

En la primera una analizaremos la variación del elemento fáctico, viendo cuáles son los requisitos para que proceda esta variación;

Luego, en el siguiente punto veremos de qué manera se permite la variación de la calificación jurídica entre la imputación y la acusación. Veremos que los niveles de conocimiento se construyen de forma progresiva, esto, aunado con el contexto investigativo de la imputación y la búsqueda de la verdad material influyen directamente en la flexibilización de la calificación jurídica, limitando la aplicación del Principio de Congruencia.

Posteriormente analizamos una posible solución al problema de la variación de la calificación jurídica: el control material del juez de conocimiento a la acusación. Para ello veremos las tres posturas existentes: La que permite un control material amplio de la acusación, la que no permite ningún tipo de control y la que permite un control material en caso de que la calificación jurídica esté protuberantemente desbordada respecto al sustento fáctico o se presente violación de garantías fundamentales. Esta última postura es la vigente, si bien presenta una violación al principio acusatorio, ésta es más tolerable pues, procesalmente, esta instancia es previa a la instalación de la etapa del juicio, así aún hay espacio para corregir la calificación jurídica para que se apegue más a la verdad material y no se vulnere el derecho de defensa posteriormente. Es de resaltar que el cómo o cuándo realizar tal control no está especificado ni en la ley ni en la jurisprudencia.

En el siguiente acápite veremos cual es la influencia del Principio de Congruencia entre la acusación y la sentencia. En esta fase podremos resaltar dos puntos, primero que la

Congruencia flexible ofrece una protección progresiva al procesado, pues los elementos que la componen, conforme avanzan el juicio y el nivel de conocimiento, adquieren nuevos requisitos para ser variados o incluso pasan a ser inmutables. El otro punto es que este principio en su versión flexible facilita la corrección de yerros por parte del acusador y, de esta manera, poder alcanzar la verdad material. Por lo anterior también se subdivide este acápite en dos puntos: La variación de la calificación jurídica y la variación del elemento fáctico.

Respecto a la calificación jurídica, a la luz del artículo 448 del código de procedimiento penal, tenemos que se condena respecto a los delitos por los cuales se solicita condena. En presencia de esto, analizamos la petición de condena, cuál es la naturaleza de esta figura, si es un acto de disposición de la acción penal o un acto de mera postulación por la fiscalía como parte del proceso; para ello se analiza el caso de la solicitud de absolución. La jurisprudencia resaltó que la petición de condena es un acto de postulación, lo cual implica que el fiscal puede solicitar condena por un delito distinto al que consta en la acusación siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en la jurisprudencia, pero, por otro lado, se le otorga al juez la posibilidad de disponer sobre la acción penal.

Posteriormente es necesario analizar las posturas jurisprudenciales para permitir al juez y al fiscal que varíen la calificación jurídica. Primero analizaremos la tesis tradicional, revisando cuales eran los requisitos en vigencia de la ley 600 de 2000, como se pasó de un Principio de Congruencia estricto a uno flexible en el 2007 y cuál fue la evolución de estos requisitos en el tiempo. Pero en el 2016 la tesis, que se había convertido en tradicional, sufrió una variación en sus requisitos, esto debido a la aplicación de jurisprudencia vigente para la ley 600 de 2000.

Para finalizar el segundo acápite veremos que no es posible realizar una variación de los hechos, pues conforme al aumento del nivel de conocimiento y de la protección progresiva del

Principio de Congruencia, no se pueden modificar los hechos que componen la acusación al momento de emitir sentencia bajo la consecuencia de incurrir en una incongruencia.

En el tercer acápite nos ocuparemos de los efectos de la incongruencia, es decir, ¿qué pasa si en un proceso se viola el Principio de Congruencia? Para ello planteamos dos salidas generales, la primera, y conforme al Principio de Congruencia flexible, la más viable: la readecuación típica, la cual se erige como el bastión bajo el cual se pretende alcanzar la verdad material, que los hechos queden bien subsumidos para que el procesado sea condenado por el delito que realmente cometió.

La segunda salida ante la incongruencia es la Nulidad, la cual se ha dejado un poco de lado pues ante su ocurrencia se prefiere el reajuste conforme a la acusación en sede de sentencia, esta consecuencia procesal tampoco implicaría una eventual absolución, sino, más bien, que el proceso se devuelva hasta el momento en el que la incongruencia se generó.

Para finalizar se hace un repaso de los límites que tienen tanto el juez como el fiscal para realizar una modificación en el elemento jurídico: 1) no vulnerar derechos de las partes, 2) la nueva calificación debe ser de menor entidad y 3) no vulnerar los derechos de las partes.

El control material vigente jurisprudencialmente, el moderado, permite que el juez readecúe la calificación jurídica en caso de encontrar disonancia entre ésta y los hechos descritos en el elemento fáctico. Más que ser un prejuizgamiento, sería un análisis dogmático entre el supuesto de hecho y su subsunción juridicopenal más adecuada; así se evitaría que al procesado y su abogado se les brinde, en sentencia, una condena respecto a un delito completamente distinto.

También se analiza el contexto colombiano analizado a la luz de la sentencia Fermín Ramírez vs. Guatemala. Podemos ver que allí se incumple uno de los requisitos dados para variar la calificación jurídica es que se debe dar oportunidad de escuchar a la defensa al

momento de dar la nueva calificación. Lo anterior implica que se le escuche dentro del proceso, no a través de una apelación como sucede en el caso colombiano.

Pero también es de resaltar que los conceptos desarrollados por la jurisprudencia, que conllevan a una eventual suspensión del principio acusatorio al darle facultades de juzgador-parte al juez como la búsqueda de la verdad material, el principio de progresividad de conocimiento en materia penal, yerros del acusador, facultades *iura novit curia* del juez son elementos que limitan el Principio de Congruencia en Colombia y moldean nuestro vigente Principio de Congruencia flexible.

1. El Principio de Congruencia entre la imputación y la acusación.

En este acápite veremos la incidencia que tiene el Principio de Congruencia entre la imputación y la acusación. Podría que la imputación pensarse simplemente es un acto de comunicación, pero veremos que aquí también aplica el Principio de Congruencia (C-025/2010).

La imputación es el acto mediante el cual se le comunica al procesado su calidad de investigado por unos hechos determinados, para ello la fiscalía debe contar con una inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe del delito investigado. La Formulación de imputación hace parte de las llamadas audiencias preliminares que se adelantan ante el juez de control de garantías. En ella se individualiza al imputado y se da una relación clara de los hechos jurídicamente relevantes respecto de los cuales se imputa el delito. La imputación cumple 3 funciones:

“(i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía. Lo anterior, sin perjuicio de su

relevancia para delimitar los términos de prescripción, y de su incidencia para establecer la competencia del juez de conocimiento y delimitar los contornos de los eventuales debates sobre la preclusión, etcétera” (SP2042-2019)

Al ser una audiencia preliminar, el Principio de Congruencia presenta una menor intensidad a la que se presenta entre la acusación y la sentencia (C-025/2010), pues el caso aún se encuentra en fase de investigación, es decir, hay apenas una inferencia razonable o posibilidad fundada (Saray Botero, 2017, pp 277) de que el imputado sea el autor o partícipe del delito. Así, es necesario alcanzar un mayor nivel de conocimiento -Probabilidad de verdad (Saray Botero, 2017, pp 277)- para poder pasar al siguiente eslabón procesal, la acusación.

Por lo anterior, se avanza con la investigación, se recolectan elementos materiales probatorios y evidencias físicas que ayuden a determinar con mayor precisión las circunstancias de autoría o participación, de tiempo modo y lugar. Esto no es otra cosa que la demostración del carácter progresivo que trae aparejado el proceso penal (C-025/2010) en la construcción del conocimiento (Vanegas, 2013 pp 6). Así las cosas, encontramos un primer límite en la aplicación del Principio de Congruencia: La progresividad del conocimiento en el proceso penal.

Retomando, veníamos diciendo que en la imputación se hace una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, por ello la Corte Suprema ha determinado que la imputación es un condicionante fáctico de la acusación (Rad. 27518), puesto que los hechos expuestos en la imputación deben ser los mismos sobre los cuales ha de versar la acusación, en otras palabras, y tal como se vio en el primer capítulo, los hechos son inmodificables.

También debe darse una calificación jurídica a los hechos identificados la cual será variable conforme al conocimiento progresivo que caracteriza la actuación penal, pues como se ha expuesto, el proceso penal requiere de un avance en el conocimiento a través de la investigación y el avance de las etapas del proceso, lo cual puede arrojar una nueva

interpretación de los hechos, por tanto, una nueva calificación jurídica. Por ello, jurisprudencialmente se exige una correspondencia factual, pues es imposible exigir a la fiscalía que, con meros datos preliminares (Rad. 31280), pueda aportar toda la información y elementos materiales probatorios al momento de la imputación; antes bien se reafirma el carácter progresivo y se reconoce que la fiscalía en su investigación puede tener mayores detalles sobre los hechos y de esta manera modificar la calificación jurídica al momento de acusar (Saray Botero, 2017, pp 277).

Entonces, tenemos de nuevo un Principio de Congruencia flexible el cual limita la capacidad del acusador para cambiar en la acusación los hechos que se presentaron en la imputación, pero la Congruencia en sentido estricto es solamente predicable respecto al elemento fáctico. Así el Principio de Congruencia es límite, en su elemento fáctico y limitado, en su elemento jurídico, desde la imputación hasta la acusación.

Pensar, *contrario sensu*, en la aplicación Congruencia en sentido estricto puede implicar que se ate a la fiscalía a una calificación jurídica lejana a la verdad que pretende perseguir, lo cual la obligaría a desistir constantemente de la acción penal o apartarse de la verdad material para adelantar una acción penal respecto a un delito que no es el que ha ocurrido según los hallazgos posteriores a la imputación y previos a la acusación; esto fortalece la aplicación moderada del Principio de Congruencia para mantener funcional el sistema.

Ahora bien, el imputado tiene la oportunidad de allanarse al momento de la imputación, lo cual le trae ciertos beneficios tanto a la administración de justicia como al imputado, tales como el ahorro de recursos y rebajas sustanciales en la punibilidad del delito. Respecto a estos casos debemos mencionar que el marco fáctico sigue siendo condicionante inmodificable (Rad. 31280), pues no existe otro momento procesal más allá de éste y el fallo (AP819-2014) en el cual se pudiera dar un avance en el nivel de conocimiento.

Entonces no puede hablarse de progresividad en la actuación en los casos de allanamiento, pues el allanarse termina el proceso anticipadamente y al aceptar los cargos el ente acusador pierde cualquier posibilidad de modificar los hechos, pues la Congruencia implica que la aceptación de cargos y la eventual condena versen sobre lo dicho en el acto de imputación, porque lo actuado se entiende como acusación ante esta eventualidad. Así, en caso de que la fiscalía se equivoque no puede introducir cambios, puesto que vulnera el derecho al debido proceso, a la información y puede confundir al juzgador respecto al elemento fáctico (SP3988-2020).

Habiendo visto la incidencia general del Principio de Congruencia en el marco de la imputación y la acusación, veremos con mayor profundidad los cambios jurisprudencialmente posibles en los elementos fáctico y jurídico entre la imputación y la acusación, todo esto en virtud de la progresividad del conocimiento en el proceso penal.

1.1. Variación del elemento fáctico.

El elemento fáctico en sede de acusación no dista mucho de lo expuesto anteriormente en el primer capítulo. Este elemento se compone de los hechos jurídicamente relevantes que son encajados en un tipo penal para que una conducta humana adquiera importancia jurídicopenal (Rad.44599).

Entonces el elemento jurídico termina siendo accesorio del elemento fáctico y, por ende, se le da vocación de permanencia a éste, puesto que, aunque la calificación jurídica pueda ser modificada, depende de los hechos para poder cambiarse. Entonces un imputado pasa a defenderse más desde los hechos que se le atribuyen que sobre una imputación jurídica en específico.

Conforme a lo anterior, se pretende que el sustento fáctico con el que se levanta la acusación se mantenga incólume, pues viene a ser un condicionante de la acusación (Rad 31280), la imputación es un marco para la acusación y esta, a su vez, se convierte en un marco para la decisión del juez de conocimiento, pues se supone que así el imputado sabe sobre qué hechos se debe defender en el juicio, prácticamente en los hechos que enumera la fiscalía en la imputación se debe sustentar el eventual fallo (SP403-2021).

Se comienza a mostrar al Principio de Congruencia en su elemento fáctico como una garantía insoslayable que va desde la imputación hasta la sentencia, una inmodificabilidad casi que pétrea, pero de todo lo anterior se deduce que entre la imputación y la acusación deben casi que calcarse los mismos hechos, *contrario sensu* se estaría vulnerando la garantía de defensa y de Congruencia para el procesado.

Jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia ha enumerado 4 razones para demostrar que la modificabilidad del elemento fáctico puede generar una vulneración de garantías para el imputado (SP2042-2019):

“El procesado no tendría claros cuales son los hechos frente a los cuales debe plantear una estrategia de defensa.

Si hay allanamiento no habría claridad sobre qué cargos opera la manifestación de esta voluntad.

En caso de allanamiento el juez no tendría claridad sobre qué hechos ha de incluir en la sentencia.

En caso de que la fiscalía solicite medida de aseguramiento, no estarían claro los elementos a debatir sobre la procedencia de la misma” (SP2042-2019).

Por otro lado, la jurisprudencia ha optado por la posibilidad de adicionar la imputación en casos de modificación del elemento fáctico de la misma, pero deben ser cambios más o menos

importantes, de lo contrario habría congestión judicial pues para cada pequeño cambio fáctico habría que realizar una nueva audiencia de imputación (SP2042-2019). Por lo anterior, jurisprudencialmente se han abierto caminos para admitir que se modifique el componente fáctico sin que eso signifique la celebración de otra audiencia de imputación y sin que se incurra en una vulneración al Principio de Congruencia flexible usado en la legislación penal colombiana.

En mérito de lo dicho, se han permitido algunos cambios en el fundamento fáctico de cara a plasmarlos en el acto de acusación. Unos favorables, otros desfavorables, unos implican la celebración de una nueva audiencia preliminar de imputación, conforme a la apertura preceptuada en el artículo 159 en su numeral 9 del código de procedimiento penal.

Los favorables pueden ser resumidos como aquellos que de alguna forma terminan beneficiando la posición del imputado al momento de acusar, esto es, que se eliminen circunstancias de agravación, se eliminen supuestos fácticos que permiten encajar la conducta en un tipo penal menos grave o se presenten como probadas circunstancias de menor punibilidad (SP2042-2019). En este caso vemos como la Congruencia es flexible en el aspecto fáctico si se trata de un beneficio para el procesado.

Hay cambios que son, por así decirlo, neutros, en estos van las modificaciones en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en la calificación jurídica (SP2042-2019). Se refiere a la inclusión de detalles más precisos sobre el lugar, la hora, etc. de la ocurrencia de los hechos, estos *per se*, no implican que la conducta vaya a ser subsumida en un tipo penal distinto entonces, como realmente solo dan detalles tanto para la defensa y el ente acusador, objetivamente no tendría sentido realizar otra imputación para detalles mínimos. Significaría una sobrecarga para los jueces con función control de garantías.

1.2. La variación de la calificación jurídica.

Como vimos, la progresividad que caracteriza al proceso penal termina siendo la piedra angular argumentativa para permitir que se modifique la calificación jurídica en sede de imputación. Entonces, como se vio en el capítulo anterior, la calificación jurídica va atada al componente fáctico, si este se modifica termina alterando a aquella. Entonces si se celebra una audiencia preliminar para adicionar la imputación, este termina siendo modificado.

Teniendo en cuenta que el proceso penal tiene como fin la búsqueda de la verdad material, es coherente que se propenda por mantener el acto de la imputación con una Congruencia flexible, sino la fiscalía constantemente tendría que cuidarse de imputar, lo cual limita el derecho de defensa del investigado e impone también la necesidad de tener un nivel de conocimiento más allá de una inferencia razonable, lo cual deja sin fundamento la existencia de la imputación (Rad. 27518), pues esos requisitos mayores a los mencionados prestan mérito para una acusación, dejando sin sustancia y fundamento la necesidad de realizar el acto de imputación.

El sistema procesal hasta este punto es coherente a pesar de desmejorar las condiciones de defensa del procesado, no puede pretenderse una inmutabilidad jurídica pues al estar todavía adelantándose la fase investigativa, se ataría a la fiscalía a una calificación otorgada sin contar con toda la información posible. Teniendo en cuenta que tanto la fiscalía como el proceso mismo tienen como fin el alcanzar la verdad material, sería en perjuicio de tal fin que no se pueda modificar el delito imputado.

Así, al momento de la acusación la fiscalía puede contar con más detalles del caso y por ello modificar la calificación jurídica pues la valoración jurídica del hecho delictivo puede cambiar. Así “fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre

los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos” (C-025-2010).

Pueden entonces presentarse cambios en lo fáctico que terminen afectando la calificación jurídica al momento de acusar, aquí pueden darse dos alternativas. Pueden ser, como dijo la Corte Constitucional, “detalles” o pueden ser de plano hechos que modifiquen núcleo fáctico de la acusación.

En caso de ser detalles, puede permitirse que se hagan modificaciones de la imputación a la acusación, pues dentro de lo razonable se le ha permitido a la fiscalía que modifique la calificación jurídica (C-025/2010). Otro tema que tiene el mismo tratamiento es el paso de tentativa a delito consumado pues la tentativa es un dispositivo amplificador del tipo penal(SP2042-2019) - extiende el castigo penal previsto para la consumación del delito a conductas que ciertamente no lo consuman (Muñoz Conde, García Arán, 2010, pp 371)-, así, si el sujeto pasivo de una tentativa de homicidio puede fallecer y ya se le podría imputar homicidio, lo cual no genera indefensión pues se imputaba el mismo delito solo que en grado de tentativa, por lo cual jurisprudencialmente se admite que tal cambio no implique una nueva audiencia de imputación (SP2042-2019).

Por su parte, los hechos que modifiquen el fundamento fáctico, por ende, la calificación jurídica, implican que se celebre una nueva audiencia de imputación para adicionar la misma y así no vulnerar ninguna garantía (Nelson Saray, 2017, pp 277), esto con fundamento en la apertura que permite el artículo 159 en su numeral 9 la ley 906 de 2004: (...) 9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores. Entre los anteriores está la imputación.

De esta manera, con el fin de llevar a cabo un juicio que sea garantista con el procesado, que cumpla los fines de alcanzar la verdad material y que proteja tanto los derechos de las víctimas como de la sociedad se permite en sede de imputación la modificación de la calificación

jurídica (SP2042-2019), con miras a decantar, a partir de los actos investigativos, la calificación jurídica que mejor se ajuste a la verdad material que reflejan los elementos materiales probatorios para tener una “probabilidad de verdad” (Nelson Saray, 2017, pp 277) pertinente para acusar.

1.3. Control material a la acusación por parte del juez de conocimiento.

Como se ha venido exponiendo, la imputación no se queda solamente como un mero acto comunicacional, sino que se transforma en un marco fáctico respecto del cual se desarrollará una acusación y una sentencia, por ello su importancia no es menor. Se nos plantea el interrogante de, como fue visto en el primer capítulo, ¿puede el Juez realizar algún tipo de control al acto de la imputación y de acusación?

En principio, constitucionalmente el acto de imputación le fue asignado exclusivamente al fiscal, esto se ha concluido jurisprudencialmente a partir del artículo 250 superior y del 287 de la ley 906 de 2004 (SP2042-2019). Así, el juez no interviene ni controla, en principio, el acto de imputación en su parte material. Además, como se ha sostenido que es un acto comunicacional que ayuda a determinar qué hechos han de ser tenidos en cuenta en el juicio, los análisis de la Corte Suprema han permitido que este acto dependa en su totalidad del delegado de la fiscalía. Entonces el juez no puede analizar los delitos que se imputan, si son típicos o atípicos pero lo que sí debe hacer es realizar un estudio formal de la imputación (SP384-2019) para que cumpla con todos los requisitos contenidos en el artículo 288 de la ley 906 de 2004.

En cuanto a la acusación, en principio, no debería existir control material a la acusación porque “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, (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” (Rad. 52311), pero se daban situaciones en las que el fiscal se equivocaba en la calificación que les daba a los hechos, lo cual producía la pregunta ¿y si el juez de conocimiento controlara la acusación?

En Colombia han existido 3 posturas respecto al control material por parte del juez en la fase de acusación:

Primero, la que niega cualquier control material en la acusación, pues, teniendo en cuenta el principio acusatorio, el juez estaría fuera de su papel; la acusación es un acto de parte, la intervención judicial de fondo puede comprometer la imparcialidad (Saray, 2017, pp 391), al ser un proceso adversarial debe limitarse el control formal de los requisitos contenidos en los artículos 336 y 337 (SP14191-2016). De esta manera, en Colombia hay apenas un control formal de la acusación por parte del juez de conocimiento para sostener el principio de imparcialidad (Rad 34370).

Y es que, según esta postura, de permitirse tal control material, el juez pasa a ser un coacusador pues se le permitiría casi que emitir su propia teoría del caso con carácter vinculante (Rad 39886), sería casi que un prejuzgamiento.

Ante esto, autores como Carlos Solórzano (2019, pp 476-477) han planteado la posibilidad del uso de una fase intermedia a la investigación y el juicio donde, precisamente, se haga control material a la acusación que irá a juicio, donde un juez distinto al de conocimiento analice la acusación y evite que acusaciones infladas o errores dogmáticos en la misma e incluso podría revisarla a la luz del acervo probatorio disponible para sostener tal acusación.

Lo anterior podría evitar la circunstancia en la cual el juez debe modificar la calificación jurídica imputada al momento de emitir el fallo, pues, al estar revisada previamente y conforme

a los elementos materiales probatorios, su decisión se circunscribiría a decidir si el acusado es responsable exclusivamente por el delito que se le acusa, el Principio de Congruencia sería rígido tal como debe serlo en el marco de un proceso adversarial y en beneficio del procesado.

El problema de esta propuesta es que significa añadir una fase nueva al proceso, algo que primero implica un actuar que exclusivamente le pertenece al legislador y, por otro lado, implica más congestión para los jueces penales, un problema generalizado a todas las competencias que podría ocasionar que esta solución se convierta en un inconveniente que alargue más los procesos.

La segunda postura es aquella en la que se admite un control más amplio (Solórzano, 2019, pp 489), en ésta el juez puede revisar la tipicidad, legalidad y el debido proceso; está se fundamenta sobre todo en la sentencia C-1260 de 2005 (Saray, 2017, pp 391). Esta postura se caracteriza por permitirle al juez realizar fines de la justicia, revisar garantías procesales y proteger la legalidad a través de una revisión completa de la acusación.

Como sabemos, esta postura transgrede flagrantemente el principio acusatorio. La acusación deja de ser un acto de parte para ser objeto de control jurisdiccional, en otras palabras, el proceso adversarial deja de ser adversarial; por otro lado, el juez deja de ser juez y pasa a ser acusador, pues puede inmiscuirse y plantear una acusación distinta a la presentada por el delegatario de la acción penal, la fiscalía.

Y la tercera postura implica un control material restringido o tesis ecléctica (Saray, 2017, pp 392). Un control excepcional en caso de que las actuaciones transgredan garantías fundamentales de las partes o los intervinientes (Solórzano, 2019, pp 497-506) o “cuando la imputación viole el principio de legalidad de los delitos y las penas” (Saray, 2017, pp 392). Según Saray (2017. pp 392) esta es la tesis vigente en la actualidad, con apariciones recientes en la sentencia con radicado 45594 de 2016, 52311 de 2018 y la SP-3988 de 2020.

Esta tesis resalta que el juicio de subsunción de la conducta en un tipo penal es competencia privativa de la fiscalía, por ello en ninguna manera se puede debatir la acusación de manera material; debido a lo anterior no debería hablarse de un control material por parte de un juez al escrito de acusación, empero existen dos excepciones a esta regla.

La primera excepción, en desarrollo de la constitucionalización del proceso penal, en la cual el juez sí que puede adentrarse a aspectos sustanciales de la acusación: la violación de derechos fundamentales, aquí el juez realiza un control constitucional (Rad. 45594).

Para que este control material excepcional se pueda dar se debe acreditar probatoriamente la transgresión a garantías fundamentales, no basta con tener una opinión contraria entre defensa y fiscalía para pretender que tal transgresión exista, ella debe ser patente y evidente (Rad. 45594).

La segunda excepción para que haya control material a la acusación es que ésta transgrede la legalidad los delitos, dicho en otras palabras, porque calificación jurídica es manifiestamente improcedente ya sea porque el elemento fáctico no encaja en el tipo imputado o porque las normas invocadas no están vigentes (Rad. 52311). Los demás controles imaginables los realiza el juez al momento de emitir el fallo (3988-2020).

En mérito de lo expuesto tenemos que actualmente el juez tiene vedado el camino al control material de la acusación, a menos que se vulneren garantías fundamentales o que se presenten calificación jurídica errada según el elemento fáctico. Lo que no tenemos claro es de qué manera se podría realizar tal control porque procesalmente no existe tal instancia y la jurisprudencia no explica el procedimiento que debe seguir el juez para realizar control material a la acusación en caso de ser necesario.

Ese es precisamente el problema, el juez tiene el qué y el cuándo, pero no el cómo hacer tal control, control que resulta muy útil para evitar que se tenga que echar mano a la Congruencia

flexible en pleno juicio para juzgar al procesado. Lo que sí se tiene claro es que el juez está actuando en este momento como límite a la discrecionalidad del ente acusador respecto a imputaciones infladas.

De esta manera identificamos dos elementos importantes sobre el control material, primero, que el juez colombiano tiene su competencia pero siempre será constitucional, en mérito de esto siempre será garante de las garantías de los intervinientes; del otro lado tenemos que esta facultad de poder controlar materialmente la acusación de manera excepcional de nuevo presenta una vulneración al principio acusatorio, pero éste es mucho más tolerable pues es al inicio del juicio cuando aún no se definen las reglas de juego y qué se juzgará realmente.

2. El Principio de Congruencia entre la acusación y la sentencia.

Bien, ya vimos cómo el Principio de Congruencia tiene una aplicación flexible entre la imputación y la acusación, con el fin de permitir que el ente acusador adelante más su investigación y pueda estructurar mejor la acusación. Ahora pasaremos a ver de qué manera funciona el Principio de Congruencia entre la acusación y la sentencia, como ya sabemos hay un Principio de Congruencia en sentido flexible, la idea es saber exactamente qué pasa con el elemento fáctico y jurídico al interior del juicio.

La acusación es un acto complejo, esto es porque se compone de dos partes. Una parte es la escrita y la otra es la audiencia de formulación de acusación. En el escrito de acusación la fiscalía debe presentar la individualización del procesado, los hechos jurídicamente relevantes, y un anexo con el descubrimiento de las pruebas, entre otros requisitos contenidos en el artículo 337 de la ley 906. En la audiencia, regulada en el artículo 339, se corre traslado del escrito a los intervinientes para que presenten causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades, distintas observaciones al escrito de acusación y se controla si reúne los requisitos

que debe cumplir el escrito de acusación; posteriormente el fiscal formula la acusación, con esto inicia el juicio penal.

Para formular la acusación es necesario contar con un nivel de conocimiento mayor al de la imputación; si en la imputación se hablaba de una posibilidad fundada (Saray, 2017, pp 277) o inferencia razonable, en la acusación se requiere una probabilidad de verdad. En este punto la hipótesis del hecho delictivo ya debe estar formada y sustentada en elementos materiales probatorios (Rad 46153), en otras palabras, se tiene lista la teoría del caso por parte de la fiscalía para llevar a juicio al procesado.

Posterior a la audiencia de acusación, se celebra la audiencia preparatoria, en ella se realiza el descubrimiento de los elementos materiales probatorios que las partes pretenden hacer valer en el juicio y se da una nueva oportunidad para que el procesado acepte o no los cargos, en este caso, ya la imputación no presta mérito de acusación, sino que la acusación misma es el pliego de cargos sobre el cual el juez fallará.

Ulteriormente viene la audiencia preparatoria viene el juicio oral, allí las partes practican las pruebas y presentan sus alegatos conclusivos. En el alegato de cierre presentado por la fiscalía, ésta debe tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. En este punto, como veremos más adelante, la fiscalía a partir de las pruebas practicadas podrá solicitar la condena por un delito distinto al presentado en la acusación.

Luego de esto el juez emite sentido del fallo, el cual también viene atado a su propia Congruencia, como veremos más adelante. Este es un acto que junto con la sentencia constituyen un acto complejo que ata al juez a emitir sentencia sobre el sentido de fallo dicho al concluir el debate oral (rad 27518).

Al final el juez emite sentencia, allí, como vimos en el primer capítulo, tiene la posibilidad de variar el delito imputado con el fin de alcanzar la verdad material y un orden

social justo, esto bajo ciertos requisitos jurisprudenciales que veremos más adelante. Así podemos ver como el Principio de Congruencia ofrece una protección progresiva conforme avanza el proceso, o más bien, conforme aumenta el nivel de conocimiento disponible.

Desde la acusación hasta la sentencia siempre estará presente el principio de progresividad, el cual encuentra su punto máximo en la sentencia. Así, el artículo 448 de la ley 906 dispone que no se puede condenar por hechos que no estén en la acusación ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena, en otras palabras, el proceso versa sobre los hechos y delitos imputados en la acusación (Rad 29872) y sobre ellos se avanza en el conocimiento hasta llegar a la certeza razonable (Saray, 2017, pp 277) para emitir sentencia, la acusación es el marco dentro del cual se moverá la sentencia.

Por ello tiene sentido que no se haya atado a la fiscalía a una calificación jurídica otorgada desde la imputación, pues se desconocerían los momentos y niveles de conocimiento procesal que se adquieren en virtud de la progresividad procesal penal (Rad, 30043), está justificado, pues, que haya una Congruencia flexible en los actos del ente acusador, toda vez que se van desvelando ante sus ojos los elementos materiales probatorios que transforman y modifican la teoría del caso, máxime cuando su labor es propender por dar como respuesta la verdad material de lo acontecido; de lo contrario la labor ente acusador y del juzgador de alcanzar la verdad material se vería entorpecida por una barrera formalista, una calificación jurídica que puede no reflejar la realidad del elemento fáctico.

Es más, según Moya (2014, pp 16), la idea al emitir este ordenamiento adjetivo era no atar al fiscal a una calificación jurídica para evitar que el juez entrara en sus facultades *iura novit curia* para modificar por sí solo la calificación. Se le otorgaba total espacio al fiscal para que reflexionara sobre la calificación jurídica y así poder evitar absoluciones por un error.

También identifica que esto no pudo pasar porque no se modificó la organización judicial, lo cual implicaba que cada cual tuviera su propia competencia, lo que conllevó a que se tuviera que tener una calificación jurídica para poder determinar qué juez debía conocer la causa (Moya, 2014, pp 16).

Lo anterior no sólo terminó en una calificación jurídica provisional para determinar el juez que ha de conocer el caso, sino que también trajo aparejados problemas como que el juez pierde su lugar de juez y pasa a ser acusador en casos determinados ante fallos en la calificación jurídica respecto al elemento fáctico, dándole uso a las facultades *iura novit curia* y desacreditando la estructura adversarial del proceso.

Esto es casi que la génesis del problema de la vulneración del Principio de Congruencia en el ordenamiento acusatorio colombiano, la Congruencia flexible termina convirtiéndose en un retaso para intentar mantener el principio acusatorio ante un juez con facultades de acusar, así sea con límites jurisprudenciales; pero al existir acusaciones infladas o yerros en la calificación jurídica que ponían en aprietos al juzgador a la hora de fallar, pues se enfrenaba ante una conducta típica probada que no encajaba jurídicamente con la imputada, jurisprudencialmente se abrió la puerta a la Congruencia flexible y al protagonismo judicial para encontrar la verdad material y corregir los posibles yerros de la fiscalía.

2.1. La variación de la calificación jurídica.

Vamos a ver cómo se varía la calificación en los distintos momentos entre la acusación y la sentencia, primero la petición de condena y la absolución, esto debido al análisis que hizo la Corte respecto a la acción penal, lo cual afecta directamente ambas situaciones procesales. Nuestras altas cortes en sus providencias han desarrollado y admitido la flexibilidad de la

calificación jurídica, pero han optado por mantener intocable el elemento fáctico (Echeverry, 2020, pp 25).

Luego, en el marco de la sentencia veremos la tesis mayoritaria que explica los requisitos que se deben cumplir para otorgar una nueva calificación jurídica en la sentencia, posteriormente veremos la nueva tesis que pretende imponerse.

A. La petición de condena.

El artículo 488 de la ley 906 de 2004 dice que no se puede condenar por hechos que no consten en la acusación o por delitos respecto de los cuales no se haya solicitado condena por parte del acusador. Con el mero análisis podemos quedar con ciertas preguntas tales como ¿puede la fiscalía en los alegatos de conclusión modificar la calificación jurídica del delito? Lo cierto es que parece que sí.

La petición de condena se refiere al alegato conclusivo del fiscal, el cual, según lo preceptuado en el artículo 443, debe tipificar la conducta sobre la que versa la acusación de manera circunstanciada. Así, en sus alegatos conclusivos el fiscal debe realizar un juicio de adecuación típica en el cual el elemento fáctico de la acusación es encajado en un tipo penal.

En este punto el fiscal tiene cierta libertad de acción, puede desde solicitar tanto la absolución como la condena del procesado, todo lo que pida será un acto de postulación (SP6808-2016).

Por años, la Corte Suprema de Justicia entendió el acto de petición de absolución como una disposición equivale a un retiro de cargos. En un sistema de corte acusatorio adversarial implica que el juez tendría que otorgar la absolución, pues al decaer la acción penal se sostiene la presunción de inocencia y al fallar con ese panorama, no le queda otro camino que absolver.

Esto es, cuanto menos, coherente con lo preceptuado sobre la Congruencia en el artículo 448 de la ley 906 de 2004 (SP6808-2016): si no se pide condena por ningún delito, es más, si antes se pide la absolución del procesado por parte del acusador, teniendo en cuenta el principio acusatorio, claramente la decisión debe ser la absolución.

Bajo esta tesis se emitieron sentencias en las que se afirmaba que la fiscalía era la titular exclusiva de la acción penal y por ello no podía condenarse si ésta pedía la absolución (Rad, 15843), o la sentencia o la sentencia Rad. 27413, donde textualmente se decía “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” (Rad.27413).

También se resaltó la calidad de la acusación como acto de parte, y que no solo se componía del escrito y la audiencia de formulación, sino que se completaba con el alegato de conclusión (Rad, 38256), por ello si la acusación no se completaba con una petición de condena sino con una de absolución, el juez estaba inhabilitado para condenar pues estaría ocupando la posición de acusador (Rad 38256). Una postura muy coherente con el principio acusatorio, que se esforzaba por mantener al juez juzgando y al fiscal acusando.

Es más, la Corte Suprema sostenía que esta tesis era una consecuencia lógica del Principio de Congruencia tal como había sido preceptuado, pues el fiscal, al depender de sí la petición de condena, conservaba cierta facultad sobre el resultado del proceso (Rad 41290). Entonces, según esta postura, podríamos ver un actuar judicial limitado a lo que solicitara el fiscal, titular de la acción penal, por un lado, queda coja la igualdad de armas, pues el fiscal sigue teniendo armas más grandes que la defensa al poder afectar directamente el resultado del proceso conforme su discrecionalidad; pero se acerca más en el respeto del principio acusatorio pues aleja al juez de la oportunidad de ser titular de la acción penal, de acusar.

Hasta el 2016 (SP6808-2016), momento en el que la Corte Suprema de Justicia decidió variar tal postura y seguir una contraria: Los alegatos conclusivos donde se solicita la absolución no son disposición de la acción penal sino actos de postulación, iguales a los de la defensa o los intervinientes; así el juez es quien tiene la última palabra, quien define el fallo conforme a las pruebas practicadas en el juicio oral.

Esta decisión la tomó basado en varias razones, entre las cuales dos son relevantes para nuestro estudio: La primera es que la titularidad de la acción penal no es una facultad discrecional sino un deber constitucional en cabeza de la fiscalía, por ello la fiscalía no puede suspender o renunciar a la acción penal por sí sola; la segunda razón es que una sentencia que decide absolver a un acusado porque la fiscalía así lo pide, sin que el juez valore de forma independiente las pruebas practicadas, no es una decisión judicial sino una corroboración de la voluntad del ente acusador (SP6808-2016). Por tanto, la solicitud de absolución o de condena es una simple petición, pero el juez según la valoración de las pruebas practicadas puede decidir conforme a su convencimiento.

Según esto, en el fiscal queda un poder de postulación que inicia desde la acusación y concluye con los alegatos de conclusión y en el juez el completo poder de decisión; cosa que la Corte Suprema resalta como coherente con la normatividad (artículos 446 y 448 de la ley 906), en los cuales la fiscalía eleva simples solicitudes. En ellas, conforme a la sentencia SP6808-2016, el fiscal puede variar la calificación jurídica ajustándose a ciertas condiciones: “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” (SP6808-2016).

Y termina afirmando que una cosa es esa facultad de poder modificar la calificación jurídica en sede de alegatos de conclusión y otra muy distinta es poder disponer de la acción penal retirándola o desistiendo de ella (SP6808-2016). Así vemos que esta sentencia resalta que el fiscal puede variar la calificación jurídica por la cual va a solicitar condena. Hecho que no es nuevo pues en sentencia del 28 de noviembre de 2007, (Rad. 27518), la Corte Suprema ya resaltaba que bajo ciertos requisitos el fiscal podía solicitar condena por una calificación jurídica diversa a la usada en la acusación, bajo ciertos requisitos.

Los requisitos son los mismos que debe cumplir un juez para modificar la calificación jurídica en sede de sentencia, así que los veremos más adelante. Un ejemplo real de esta práctica lo encontramos en la sentencia SP2390 de 2017, en ella la procesada fue acusada de extorsión agravada, el fiscal solicitó que fuera condenada por constreñimiento ilegal, pero en ambas instancias fue condenada por extorsión agravada (SP2390-2017). Hasta que en sede de casación la Corte Suprema de Justicia, conforme al material probatorio, ve que la conducta encaja en el delito de constreñimiento ilegal, tal como lo había solicitado la fiscalía, y así condena por este delito.

De lo anterior vemos que, si bien la fiscalía no tiene más que un mero poder de postulación respecto al destino de la acción penal, lo que sí tiene es un poder para modificar la calificación jurídica justo en sede de alegatos de conclusión. Esto objetivamente puede desdibujar cualquier tipo de alegato de conclusión que la defensa hubiera preparado y lo deja ante una inmensa incertidumbre, pues casi que cambia totalmente el objeto del debate. No es lo mismo demostrar argumentativamente la atipicidad de un constreñimiento ilegal a la atipicidad de una extorsión agravada. Máxime cuando el Principio de Congruencia está pensado para evitar sorpresas.

De esta manera vemos que el juez tiene poder de decisión sobre la acción penal, pues esta no es una facultad sino un deber de la fiscalía; también hemos visto que la fiscalía debe emitir una calificación jurídica desde el momento de la imputación y la acusación para poder determinar la competencia del juez que ha de conocer el asunto y que, conforme a la interpretación de los artículos 446 y 448 de la ley 906 de 2004 el fiscal puede solicitar condena por una nueva calificación jurídica, esto bajo los requisitos que debe cumplir el juez para poder realizar la readecuación típica, los veremos en el siguiente acápite.

B. La variación de la calificación jurídica en la sentencia: Tesis tradicional.

Este acápite se llama de esta manera porque aquí veremos cual ha sido la tesis dominante en materia de cambio de calificación jurídica en sede de sentencia por parte de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la ley 906 de 2004.

Así, es primero necesario recordar cuales eran los requisitos para que se pudiera variar la calificación jurídica con la ley 600 de 2000, los cuales eran:

“(I) que la nueva imputación respete el núcleo fáctico de la acusación, (II) que se proceda por delitos del mismo género, (III) que no implique agravación de la situación jurídica del procesado y (IV) que no afecte los derechos fundamentales de los intervinientes” (Saray, 2017, pp 956).

Podemos resaltar que aquí también se daba un gran respeto por la Congruencia del elemento jurídico durante todo el proceso, que el cambio de calificación jurídica estaba limitado a que fuera dentro del mismo título del código penal, también estaba la aplicación del principio *non reformatio in peius*, y se les daba gran importancia a los derechos de los intervinientes.

Con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, por su naturaleza acusatorio-adversarial se modificó la forma de entender el Principio de Congruencia que venía con la ley 600 de 2000.

Comenzó a aplicarse en las sentencias bajo la ley 906 la tesis del Principio de Congruencia estricto (Rad. 26468), el cual implicaba que era inmodificable la calificación jurídica a lo largo del proceso, es decir, delito sobre el cual versaba la acusación era el mismo sobre el cual versaba la sentencia.

Pero todo cambió en el 2007, cuando la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia Rad. 26468 permitió que la fiscalía pudiera solicitar condena por un delito diverso al que se presentó en la acusación, pero del mismo género y de menor entidad, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la imputación y que no haya vulneración de los derechos de los intervinientes ni desmedro (Rad. 26468); todo esto porque puede seguirse respetando la identidad fáctica de la imputación.

Básicamente son los mismos requisitos que existían, en la ley 600 y justificados bajo la importancia de mantener el elemento fáctico como eje central y límite de la modificabilidad del elemento jurídico, pero era un requisito clave que tal variación fuera solicitada por la fiscalía.

Así en el 2010, con la sentencia de diciembre de 2010 (Rad 34370), la Corte Suprema de Justicia reiteró los requisitos: Es necesario que la fiscalía lo solicite, la nueva imputación es con un delito del mismo género que el anterior, el nuevo delito imputado debe ser de menor entidad, se debe respetar el elemento fáctico de la acusación y no debe afectar derechos de los intervinientes.

En el 2011 con la sentencia rad 32685, la Corte Suprema de Justicia modificó uno de los requisitos (Saray, 2017, pp 966), así permitió que el juez pudiera realizar el cambio de calificación jurídica en la sentencia sin que el fiscal se lo solicitara en los alegatos conclusivos. En este año reiteró la existencia de la Congruencia flexible o relativa, siempre que no agrave la situación del procesado (Rad. 32792).

En el 2014 (Rad 41253), la Corte Suprema reiteró cuales eran los requisitos para emitir una sentencia por una calificación jurídica diversa: La nueva conducta debe ser del mismo género que la anteriormente imputada, el nuevo delito debe ser de menor entidad, se debe respetar el núcleo fáctico de la acusación y no se pueden afectar los derechos de los intervinientes. Salta a la vista que en el primer requisito la Corte Suprema diga conducta, cuando la conducta se refiere al comportamiento que se ha de encajar en el tipo penal, es decir, no se puede hablar de una nueva conducta sino de una nueva calificación jurídica.

En el 2016 (SP6808-2016), la Corte Suprema reiteró los mismos requisitos y resaltó que el juzgador podría apartarse de la calificación jurídica propuesta por la fiscalía a través de las tesis de desvinculación, las cuales consisten en apartarse de la calificación jurídica siempre y cuando se respete el elemento fáctico de la acusación (AP5142-2016).

De esta manera podemos concluir que los requisitos para poder modificar la calificación jurídica en este periodo son:

1. La nueva calificación jurídica debe ser del mismo género que la realizada en la acusación.
2. La nueva calificación jurídica debe implicar un delito de menor entidad.
3. Se debe respetar el núcleo fáctico de la acusación.
4. No afectar los derechos de los intervinientes.

C. La variación en la calificación jurídica en la sentencia: La nueva tesis.

Todo venía bien, el cambio de calificación jurídica era un tema pacífico hasta que la Corte Suprema de Justicia decidió abrir la puerta a otra tesis a través de la aplicación de jurisprudencia escrita para un modelo Mixto, esto fue con la sentencia SP17352-2016.

Pero no nos adelantemos, veamos a qué me refiero con jurisprudencia usada para un modelo Mixto: La ley 600 de 2000. Así, este esquema procesal no terminaba de cuajar como un sistema inquisitorial, pues existía un acusador separado del juez, pero tampoco era de corte acusatorio pues el juez tenía ciertas facultades del acusador. En este contexto se desarrolló una nueva tendencia en cuanto a variación del elemento jurídico.

En el 2002 la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia reafirmó los requisitos para poder realizar la variación de la calificación jurídica (Rad 19590), reiteró la intangibilidad del elemento fáctico, pero agregó algo más: “La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado” (Rad 19590). Entonces se podía, según esta tesis jurisprudencial, cambiar la calificación jurídica por cualquier otro delito dentro del código penal, desapareciendo así la limitante de que la nueva calificación jurídica debía ser del mismo género, esto se justificó en que la ley 600 no exigía en la acusación que se indicara el título o capítulo en el que estaba contenido el tipo penal imputado, hecho desde el cual se deduce que no es necesario atarse a tal requisito (T-1038/2012).

Como vimos, un desarrollo jurisprudencial en clave ley 600 de 2000, pero en el 2016 (SP17352-2016) la Corte Suprema decidió aplicar esta tesis al contexto acusatorio de la ley 906 de 2004.

En este caso la Corte Suprema afirmó que la identidad del bien jurídico vulnerado no era un presupuesto inmodificable de Congruencia, y, citando la jurisprudencia anteriormente mencionada, adujo que nada impide que tal teoría no sea aplicada al contexto de la ley 906 de 2004, pues la calificación jurídica en la acusación es igual que en la ley 600: específica y provisional, eso sí el elemento fáctico sigue siendo caracterizado como inmutable, con esto, afirma, se evita la vulneración al Principio de Congruencia (SP17352-2016).

Por ello, hoy se puede modificar la calificación jurídica por cualquier otra dentro del código penal siempre que se trate de un delito menor, no modifique el elemento fáctico y se respeten los derechos de las partes; postura que fue reiterada posteriormente como en la SP2390 de 2017 y SP3580 de 2018 (SP2390-2017 y reiterado en la SP3580-2018)

En mérito de lo expuesto tenemos que, actualmente, los requisitos para variar la calificación jurídica son 3: I) que no se modifique el elemento fáctico, II) La nueva calificación debe ser un delito de menor entidad y III) No vulnerar derecho de las partes.

La variabilidad de la imputación jurídica anteriormente mencionada parece ser poco novedosa en el contexto colombiano, pues Devis Echandía (1985, pp 77) ya había mencionado la modificabilidad del elemento jurídico así: “el juez como el jurado pueden darle al hecho punible objeto de la sentencia o el veredicto, una calificación jurídica diferente a la hecha en la acusación o imputación definitiva, ya que la Congruencia en lo penal se refiere a los hechos imputados y aquella calificación es punto de puro derecho” (Echandía, 1985, pp 77).

Echandía previó desde 1985 el uso de la Congruencia flexible (Herrera, 2018, pp 20) para modificar la calificación jurídica; hecho que, desde un Principio de Congruencia en sentido estricto vulneraría el derecho de defensa (Herrera, 2018, pp 21), sosteniendo que el elemento fáctico es de mayor relevancia que el jurídico.

Una postura que desvía aún más la discusión dentro del proceso del elemento fáctico, de nuevo, se confirma que el procesado se debe defender de los hechos, pues la calificación jurídica puede variarse de formas diversas con esta apertura, lo cual vulnera el derecho de defensa del procesado, postura justificada por el ideal de justicia material que persigue en su jurisprudencia la Corte Suprema y la Corte Constitucional, pues sin este mecanismo podrían darse situaciones en las cuales autores de hechos delictivos sean absueltos por meras ritualidades.

Lo anterior va muy acorde con la necesidad a nivel internacional de garantizar a las víctimas los derechos a la verdad y a justicia, situación que se dio a principios de la década de los 2000 con sentencias como la de Barrios Altos vs. Perú (Uprimmy, 2005, pp 29); lo cual implicó que las víctimas, a pesar de ser un interviniente especial, tiene derechos que obligan a reinterpretar el esquema acusatorio para garantizárselos; como la posibilidad de que el juez se aparte su papel de juzgador a ser acusador en virtud del Principio de Congruencia flexible.

Lo cual nos lleva a recordar que en el primer capítulo revisamos la sentencia Fermín Ramírez vs. Guatemala. En ella la Corte IDH nos dio dos elementos que se deben observar para realizar la readecuación típica: el primero es que no se varíen los datos fácticos y el segundo, que se le dé oportunidad al procesado de pronunciarse respecto a la variación de la calificación jurídica (Fermín Ramírez vs. Guatemala).

En el contexto colombiano es evidente el cumplimiento del primero. La jurisprudencia convencional y la nacional van de la mano en este sentido; pero en el segundo, podría decirse que, si la variación se realiza en el marco de la petición de condena, el procesado tiene la oportunidad de defenderse oportunamente dentro del proceso; pero si el cambio de calificación jurídica es en la sentencia, el procesado ya no tiene forma de defenderse dentro del proceso como tal, sino a través de la apelación.

Podría sostenerse entonces que, como la variación de la calificación jurídica permite que se mejore la situación del procesado, no es necesario que se defienda, pues tal defensa implica ir en contravía de sus beneficios. Punto completamente conflictivo, pues así se desconoce una jurisprudencia internacional que desarrolla el artículo 8 de la Convención Americana, normatividad que hace parte del bloque de constitucionalidad (Uprimmy, 2005, pp 23); lo cual le da el suficiente peso como, para al menos, ser tenida en cuenta dentro del marco decisorio de sentencias que limiten, flexibilicen o desarrollen el Principio de Congruencia.

2.2. Variación del elemento fáctico de la acusación en la sentencia.

Según el relato que venimos siguiendo, podemos inferir que el juzgador en el momento de emitir sentencia, o el fiscal en sus alegatos, no pueden apartarse del elemento fáctico; éste es el núcleo duro del Principio de Congruencia, presupuesto insoslayable que se ha sostenido así desde la ley 600 y ha mantenido las mismas características desde la ley 906 de 2004.

Pero hay una pequeña excepción, que sabe a poco y deja más preguntas que respuestas. Y es que el juzgador puede apartarse de la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes presentada por la fiscalía desde que explique qué premisas fácticas son las que justifican tal decisión (SP3168-2017) -como hechos indicadores de los cuales se pueden inferir los hechos jurídicamente relevantes (SP2042-2019)-.

Algo que es completamente confuso pues, precisamente, lo único que no se puede mover o modificar ni por el juez ni por el fiscal, ni aún puede modificarse con un eventual cambio de calificación jurídica, es la variación del elemento fáctico, máxime cuando hay jurisprudencia de casi 20 años que avala a los hechos como inmodificables.

Por ello es muy complejo imaginar circunstancias en las cuales el juez pueda plantear unos hechos distintos a los presentados en la fiscalía pues conforme a lo expuesto, es abiertamente vulnerante del Principio de Congruencia que el juez se aparte y plantee otro elemento fáctico, pues iría en contra de los postulados constitucionales, jurisprudenciales nacionales e internacionales, como los vistos en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.

Esto también es conforme a lo dicho anteriormente, a mayor conocimiento, mayor nivel de protección ofrecido por el Principio de Congruencia, si entre la acusación y la imputación se podía variar el elemento fáctico por cuenta de una mejora en el nivel de conocimiento, a partir de la acusación el elemento fáctico es inamovible.

3. Efectos de la incongruencia.

Los distintos esquemas del delito, sus correspondientes teorías y vertientes, desde el causalismo, el neokantismo, el finalismo, hasta el funcionalismo radical y moderado le dan al juez elementos para analizar el caso y decidir, al fiscal para acusar y al defensor para preparar su propia estrategia defensiva; como sabemos, muchas de estas vertientes tienen sus propias teorías respecto a distintos fenómenos o institutos que componen la teoría del delito y nuestro código penal no se ha casado con ningún esquema, a lo sumo ha proscrito la mera causalidad para imputar un resultado.

Con lo anterior lo que se quiere hacer es plantear que hay un mundo de posibilidades de discusión jurídica en torno a un caso o, en otras palabras, que cada imputación jurídica implica la demostración de elementos relevantes para cada tipo penal por parte del fiscal, e implica también una estrategia defensiva bien configurada. Llevémoslo al campo del ejemplo: no es lo mismo acusar/defender sobre un delito que tiene sujetos calificados o que tiene un *animus* específico.

La Congruencia tal como ha quedado planteada en este trabajo implica que se fortalezca el elemento fáctico bajo la justificación de la búsqueda de la verdad material, la justicia, facultades *iura novit curia* y la progresividad del conocimiento en materia penal; lo cual deviene en una relativización del debate jurídico, como se ha dicho ya, el procesado se defiende de hechos. Por otro lado, según la última tesis jurisprudencial, tanto el fiscal como el juez tienen apertura para readecuar la conducta por cualquier otro delito del código penal. Podría pensarse que un buen defensor puede prever todo esto, pero en todo caso es evidente que la igualdad de armas se desbarranca ante el activismo judicial y la posibilidad de cambiar el elemento jurídico del proceso.

Ya hemos visto de qué manera el proceso penal se ve limitado o encausado por parte del Principio de Congruencia, ahora es momento de que veamos cuáles son esas consecuencias que apareja la Congruencia flexible en las resultas del proceso, esto es, que el juez o el fiscal pretendan variar la calificación jurídica – elemento jurídico-, los hechos – el elemento fáctico-, o las personas procesadas – elemento personal-.

A priori podríamos pensar que una de las consecuencias, según el principio acusatorio, de la incongruencia, teniendo en cuenta que el fiscal es quien detenta la acción penal y el juez falla conforme a su pretensión, es la absolución; pero la realidad es que más que absolverse, jurisprudencialmente se ha optado por la readecuación típica.

También podría pensarse que, ante un hecho constitutivo de vulneración del derecho de defensa o del debido proceso, la otra consecuencia posible podría ser la nulidad, la de preceptuada en el artículo 457 de la ley 906 de 2004. Estos puntos son los que analizaremos a continuación.

3.1. Readecuación típica.

Como ya vimos en acápites anteriores, solucionar una incongruencia con una absolución es impensable, pues así el fiscal erre en la calificación jurídica, el juez tiene la facultad de emitir sentencia por otro delito siempre y cuando observe los requisitos para tales efectos, o solicite la absolución directamente no se sigue que el juez deba tomar tal decisión, pues sería una refrendación de una postura de parte y no una decisión judicial como tal.

Así, si el juez observa que hay elementos necesarios para condenar, tales como que el elemento fáctico sea subsumible a otro tipo penal menos gravoso y que esto se apoya en un material probatorio útil, conducente y pertinente; puede hacer uso de sus facultades *iura novit curia* y realizar otra adecuación típica en sede de sentencia y a partir de ella emitir su decisión.

Éste es básicamente el fin de la Congruencia flexible, ante el yerro de la fiscalía en la calificación jurídica se debe responder con un juez activista que, conforme al elemento fáctico presentado en la acusación y los elementos materiales probatorios, extraiga una mejor calificación jurídica, conforme a los requisitos jurisprudenciales, y la aplique con el fin, de primero dotar de justicia el juicio y, de segundo, otorgar la respuesta más aproximada a la verdad material al público en general.

El debate, de nuevo, vuelve a mostrarse argado de una gran importancia por el elemento fáctico, es decir, si el fiscal logra acreditar con elementos materiales probatorios y bajo el mismo elemento fáctico la existencia de un delito (SP401-2021), el juez debe continuar adelante y readecuar típicamente.

O, dicho en otros términos y según como está la tesis jurisprudencial dominante, el fiscal puede imputar cualquier delito, pero si no logra acreditar con elementos probatorios que tal elemento fáctico es digno de ser relevante juridicopenalmente, no hay forma de que el juez pueda readecuar en sentencia, y por ello habría una previsible absolución.

Un argumento similar fue usado por la Corte Suprema al absolver a un procesado pues el ente acusador no logró imputar hechos jurídicamente relevantes (SP073-2018) quienes tienen la carga de elevar de la mejor forma posible los cargos contra el procesado, si estos no encajan en ningún tipo penal, hay absolución.

El juez, entonces, ante el error de la fiscalía pasa a tener que analizar los elementos que se le presentan no sólo desde el contexto del caso, sino que debe extraer los elementos fácticos y revisar tipo penal por tipo penal hasta ver con cual encaja mejor; esto, como se viene diciendo, siguiendo los requisitos jurisprudenciales de readecuación. Hecho que genera un desbalance en el principio de igualdad de armas que debe imperar en un proceso adversarial.

Lo anterior nos lleva a pensar que ya un proceso penal no es un proceso de partes - adversarial-, el juez también es parte y si le toca debe ponerse la camiseta de acusador y, conforme a la sentencia SP17352-2016, expandir el contexto de la teoría del caso hasta encontrar en qué tipo penal encajan mejor los hechos (SP17352-2016). Así, una sentencia absolutoria se termina dando por descarte del elemento fáctico.

La figura de la readecuación típica es una implicación que nos ha traído la Congruencia flexible, la apertura jurisprudencial para realizar el cambio de calificación jurídica ha conllevado a una apertura donde es el juez quien, en pleno juicio, aún debe estar revisando si los hechos jurídicamente relevantes realmente se subsumen al supuesto de hecho del tipo penal imputado o no. Esta situación afecta la delimitación del objeto del proceso, pues implica una indeterminación jurídica o, desde otra perspectiva, lo limita a un plano esencialmente fáctico, pero las discusiones penales no son sólo fácticas, son dogmáticas, y cada delito tiene su propio desarrollo y posturas.

En mérito de todo lo anterior tenemos que la readecuación típica es la posibilidad procesal que el juez tiene, en virtud de sus potestades *iura novit curia* de realizar un cambio en la calificación jurídica para así garantizar que se realice la justicia y la verdad material, pues termina juzgando a alguien por el delito que mejor describe, y por tanto sanciona, su conducta; pero esta figura además de darle mayor protagonismo al juez, deviene en una indeterminación jurídica que limita el debate penal al elemento fáctico.

Lo anterior no implica, pues, que no se absuelva ante yerros en la acusación por parte de la fiscalía, lo que ha buscado el desarrollo jurisprudencia expuesto hasta ahora es que se propenda por la búsqueda de la verdad material a través de la progresividad del conocimiento, lo cual implica que antes de pensar en absolver el juez verifica si esos hechos no devienen en

otro tipo penal que no agrave la situación del procesado, que sea de menor entidad y no afecte los derechos de los intervinientes.

Siguiendo esta narrativa, la Corte Suprema de Justicia se irgue como fallador de instancia ante un yerro en la calificación jurídica (Rad. 34370). En caso de una incongruencia, el casacionista tiene varias posibilidades según la sentencia Rad 33602:

- Violación directa: Si se usa esta causal de casación, se considera que la errónea calificación jurídica es debido a interpretaciones jurídicas erradas. Por ello se debe acoger a los hechos y la valoración de la prueba para formular este reparo, pues es esencialmente jurídico. Y debe indicar las normas mal aplicadas o inaplicadas por parte del fallador y cómo los hechos declarados en el fallo son, en realidad, una hipótesis delictiva completamente distinta.

- Violación indirecta: Por esta vía el casacionista debe demostrar por qué la valoración de las pruebas, por errores de hecho o de derecho, conlleva a una calificación jurídica distinta a la declarada en la decisión. (Rad 33602)

Por ninguna de estas dos vías, como podemos ver, se alcanza la absolución, antes la idea es que haya una suerte de contención, si bien no eres culpable del delito por el que fuiste imputado sí debes ser declarado responsable porque tus actos sí encajan en otro tipo penal. Otra posibilidad de denunciar la incongruencia es a través de:

- Nulidad: Es el tema de nuestro siguiente acápite, pero básicamente sería la violación del debido proceso por una errónea calificación jurídica.

Que se condene por otro delito no pasaba en los comienzos de la ley 906, por ejemplo, en el 2008 (Rad. 29872), la Corte Suprema de Justicia sostuvo que si los hechos no se presentaban en la práctica de pruebas tal como la fiscalía los narró, debía darse la absolución. Esto generaba que un responsable de un hecho delictivo quedara libre por mala *praxis* al momento de acusar.

Lo que muestra lo anterior es, precisamente, que nuestra Corte Suprema de Justicia ha hecho una suerte de refuerzo institucional a través del desarrollo jurisprudencial del Principio de Congruencia para así evitar que quienes delinquen no salgan librados de la justicia por un exceso ritual, sino que provee un mecanismo, esto es la Congruencia flexible, para corregir yerros del acusador y así castigar al responsable de un Hecho Delictivo que pudo ser mal adecuado típicamente. Esto, si bien degenera el principio de igualdad de armas, va en búsqueda de la verdad material y la justicia; y permite, en cierta forma, que el acusado pueda ejercer su derecho de defensa.

3.2. La Nulidad Procesal.

La nulidad procesal es una irregularidad que se presenta en el marco del proceso, el cual obliga a que éste deba ser retrotraído hasta antes de la aparición de la anomalía. En la ley 906 están reguladas en el artículo 455 hasta el artículo 458, en este caso nos enfocamos en la Nulidad por violación a garantías fundamentales, pues esta se basa en la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa.

Puede ser absoluta o relativa, la primera es cuando se acusa por un tipo determinado pero el juez condena o absuelve por un tipo penal completamente distinto; la segunda categoría se da cuando el juez infiere circunstancias de agravación que no fueron objeto del escrito de acusación. (Guzmán. 2020. pp 13-14)

El Principio de Congruencia está estrechamente relacionado con el derecho fundamental al debido proceso y la garantía de defensa (Valderrama, 2016, pp- 172 y T – 455/2016), pues sin la Congruencia no hay forma de cómo defenderse y sin defensa no hay garantías de un proceso debido, es una relación inescindible; no sólo esto, sino que hay autores que sostienen

que este principio tiene una relevancia constitucional por esa profunda relación con el artículo 29 superior (Valderrama, 2016, pp 176).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, este instrumento de defensa puede usarse en casos de incongruencia negativa, es decir, cuando el juez desconoce los delitos imputados en el escrito de acusación, y *agregó que este hecho* implica que el caso sea devuelto al juez que realizó la sentencia para que se pronuncie de fondo sobre todos los delitos imputados (*Ap5142-2016*), el proceso es retrotraído hasta antes de la vulneración.

Esto nos indica que a través de la nulidad tampoco se puede obtener la absolución. Es más, la Corte se ha ocupado en algunos casos de señalar que es necesario, para estos casos de incongruencia, que la misma sea invocada por el casacionista y que “vulnere de manera irreparable garantías a partes e intervinientes para disponer la invalidación de la actuación”(SP401-2021). Entonces, vemos que, en realidad, es mucho más fácil realizar la readecuación típica que decretar una nulidad, ésta implica más un defecto por insuficiencia en la parte decisional que por un yerro en la adecuación típica como tal.

Y tal cual lo sostuvo: “esta Corporación tiene establecido que cuando se advierte la trasgresión al principio de la Congruencia, lo procedente no es decretar la nulidad, sino ajustar la sentencia a la acusación, para de esa manera corregir el yerro atribuido al fallador” (Rad. 42510).

Tenemos entonces que la readecuación típica y la nulidad son efectos que subsanan la incongruencia procesal ya sea por yerro en la calificación jurídica como por el defecto decisorio del juez de conocimiento. Ambas posturas no implican la absolución, antes bien, existen con el fin de condenar, pero condenar por el delito adecuado y así alcanzar la verdad material y el fin de justicia de nuestro preámbulo constitucional.

La nulidad, más allá de estar pensada para la incongruencia, es una nulidad genérica referida al debido proceso, que entra en vigor en este tema por su conexión estrecha con el principio procesal que nos ocupa. Por su parte, la readecuación típica se muestra como resultado del Principio de Congruencia entendido en su modalidad flexible; lo cual le otorga todo el bagaje dogmático constitucional expreso en el primer capítulo y así justificar este desequilibrio *interpartes*.

4. Conclusiones.

Como pudimos ver en este trabajo, el Principio de Congruencia ha contravenido ampliamente la esencia del proceso penal acusatorio al pretender que éste sea suspendido promoviendo que las facultades *iura novit curia* tengan aplicación para alcanzar fines como la justicia o la verdad material, más allá de este debate planteado hay que resaltar la protección progresiva del Principio de Congruencia.

Esta protección admite que conforme avance el proceso y el nivel de conocimiento, aumenten los requisitos para realizar variaciones en el elemento jurídico. Así en el caso de la imputación el Principio de Congruencia prácticamente existe para el elemento fáctico, pues en el elemento jurídico se tiene en cuenta los distintos niveles de conocimiento para darle cierta libertad a la fiscalía al momento de adecuar típicamente en esta fase procesal, pero en sede de acusación aumentan los requisitos, e inclusive, aparece un control material hacia esta en caso de que haya grave violación a las garantías fundamentales o la calificación jurídica sea protuberantemente improcedente.

Así que, si bien el Principio de Congruencia flexible desprotege al procesado en cuanto al debate jurídico, la protección progresiva es innegable, puesto que, aquí aparecen los límites

como I) que no se modifique el elemento fáctico, II) La nueva calificación debe ser un delito de menor entidad y III) No vulnerar derecho de las partes.

Lo cierto es que sería más importante abrirle camino al control material de la acusación, ya que uno de sus requisitos conforme a la tesis dominante es que la acusación no observe la legalidad de los delitos, permitiendo que el juez antes de siquiera adelantar las audiencias posteriores pueda analizar si el elemento fáctico propuesto encaja con el delito, lo cual más que ser un prejuizamiento, sería un análisis dogmático conforme a los elementos constitutivos de cada tipo penal. Esto ayudaría a que el delito no sea modificado al momento de decidir y el procesado pueda tener una defensa más satisfactoria y en igualdad de armas.

También es cierto que el Principio de Congruencia flexible ha permitido que el juez sea parte dentro del proceso, y que así tenga la última palabra respecto al destino del procesado: por un lado, el fiscal solo tiene facultad de postulación respecto al destino de la acción penal, o sea, es el juez quien decide si condena o no aun cuando el ente acusador solicite absolución. Por otro le ha permitido hacer su propia acusación.

Hay que tener en cuenta que, conforme a la sentencia *Fermín Ramírez vs Guatemala*, la Corte IDH al desarrollar el Principio de Congruencia dijo que uno de los requisitos para la modificación del elemento jurídico era la posibilidad de defensa del procesado y en Colombia esta oportunidad no se está dando bajo el argumento de que la variación jurídica es beneficiosa para él, es decir, casi que se asume que porque se otorga un beneficio el procesado estará de acuerdo, esto no es necesariamente así. Entonces el procesado en desacuerdo debe recurrir a un recurso, ya que dentro del proceso no pudo defenderse de la nueva calificación jurídica.

La jurisprudencia planteó límites al Principio de Congruencia que debe vigilar tanto el fiscal en su petición de condena como el juez en sede de sentencia para poder realizar la readecuación típica. Como vimos, el juez debe, antes de pensar en absolver, conforme a la tesis

vigente, revisar si los hechos no encajan en otra conducta del código penal; pues, la consecuencia de yerros en la adecuación típica conlleva a la readecuación y posterior análisis. La absolución se convirtió casi que en la última posibilidad a contemplarse ante las facultades *iura novit curia* concedidas al juez por medio del Principio de Congruencia flexible.

De esta manera, si bien la Congruencia flexible no limita el proceso penal acusatorio tanto como debería en un esquema adversarial, sí tiene un núcleo duro prácticamente infranqueable como el elemento fáctico, que es transversal a todo el proceso, y límites a la readecuación típica judicial para evitar que se agrave su situación. Esto está pensado con el fin de evitar que sujetos responsables de un hecho delictivo mal calificado no terminen librados por un yerro, sino que se le da oportunidad al sistema de replantear la imputación conforme se revelan los elementos materiales probatorios.

Así, listados para su fácil reconocimiento, los límites que impone el Principio de Congruencia flexible para la modificación del elemento jurídico son:

- Entre la imputación y la acusación: el fiscal debe sostener el mismo elemento fáctico de su imputación, pero se le otorga libertad respecto al elemento jurídico al momento de acusar. Si se quiere adicionar nuevos elementos, se debe dar una nueva imputación.
- En el marco de la acusación: Existe control material en caso de que la imputación sea improcedente o se violen derechos fundamentales del procesado. Bajo estos dos supuestos puede modificarse la calificación jurídica posteriormente a la acusación.
- En la petición de condena: El fiscal puede modificar la calificación jurídica si ella 1) no vulnerar derechos de las partes, 2) la nueva calificación debe ser de menor entidad y 3) no vulnerar los derechos de las partes.
- En el marco de la sentencia: el juez, si detecta un yerro en la calificación jurídica, debe readecuar conforme a los límites establecidos tales como no vulnerar derechos de las

partes, 2) la nueva calificación debe ser de menor entidad y 3) no vulnerar los derechos de las partes.

El Principio de Congruencia, entendido en su versión flexible, permite al juez hacerse parte y que se varíe la calificación jurídica pudiendo vulnerar el derecho de defensa del procesado. Esta versión moderada ha sido moldeada por limitantes al Principio de Congruencia en sentido estricto de desarrollo jurisprudencial como: la búsqueda de la verdad material, la eventual existencia de yerros por parte del acusador que deben ser corregidos, el principio de progresividad de conocimiento, facultades iura novit curia, fines como el alcanzar un orden social justo, los derechos de las víctimas a la verdad.

El principio acusatorio es suspendido cada vez que el juez deja de ser exclusivamente el director del proceso y pasa a ser parte al dar su propia calificación jurídica. Constitucionalmente esto se permite, como fue visto, para alcanzar fines superiores; pero se desnaturaliza el esquema procesal implementado, lo cual puede entorpecer su funcionamiento al realizar injertos o adendas que confunden el papel del fiscal, de los intervinientes especiales y los derechos del mismo procesado.

Conclusiones finales.

El Principio de Congruencia y el esquema procesal penal de corte acusatorio han sido seriamente modificados, casi que desapareciendo su esencia inicial.

El primero, como vimos, estaba pensado para ser un límite férreo que determina un esquema adversarial en el cual cada parte debe persuadir al juez con su versión; pero terminó desnaturalizado en una suerte de límite limitado para así poder rellenar las fallas del acusador. Aunque algunos otros sustentos para su desnaturalización como la búsqueda de la verdad material o la búsqueda del orden social justo, la progresividad en el conocimiento son realmente interesantes y los yerros de la fiscalía.

Primeramente, respecto a la verdad, vimos que lo más relevante fue cómo, sabiendo que el esquema procesal está diseñado para resolver casos a partir de la verdad procesal; la Corte Constitucional prefirió perfilar la búsqueda de una verdad material, de esta manera hizo responsables tanto al juez como a la fiscalía de otorgar esa “verdad verdadera” a la víctima; bajo esta jugada posteriormente se pudo justificar que el juez pueda modificar la calificación jurídica con sus facultades *iura novit curia* para que ésta sea acorde con los hechos o que, en sede de petición de condena, termine él siendo quien disponga de la acción penal cuando el delegatario de la misma es la fiscalía.

El juez, pensado como un mero director del proceso, cada vez gana más protagonismo, como con el control material de la acusación. El simple hecho de que se piense en esa posibilidad demuestra que nuestras Altas Cortes están pensando en clave inquisitorial más que en clave acusatoria, el juez pudiendo controlar un acto de parte para darle trámite, se puede terminar erigiendo en juez y parte. Lo más irónico es que el control material moderado se convierte en una buena alternativa para proteger el derecho de defensa del procesado, al menos así no se le cambia la calificación jurídica al final del juicio, ya que es posible que el juez, aún sin escuchar

la postura del procesado, proceda a cambiar la calificación jurídica desconociendo la *ratio decidendi* de una sentencia que desarrolla el derecho humano al debido proceso, la Sentencia Fermín Ramírez vs Guatemala.

La progresividad del proceso penal, por su parte, limita al Principio de Congruencia, pero también le da vigor conforme avanza el proceso. Así, el fiscal no está atado a ninguna calificación jurídica y puede variar en forma mínima los hechos al momento de la imputación, pero conforme avanza el proceso y aumenta el nivel de conocimiento también se asienta el núcleo duro del Principio de Congruencia y su parte relativa adquiere mayores requisitos para modificarse.

Los yerros de la fiscalía al momento de acusar, por sí solos, podrían ser la piedra angular de la flexibilidad del Principio de Congruencia. El juez, al fin y al cabo, ha sido nombrado como garante de la búsqueda de la verdad material y de los derechos del procesado, evidentemente habría una violación de los derechos del procesado si se le juzga por un delito que no es procedente por los hechos; la confianza de los asociados ante esa situación disminuiría abismalmente, por eso el juez termina, con sus facultades *iura novit curia* teniendo que corregir la actuación de la fiscalía.

Qué decir del sistema procesal acusatorio en general, analizando un pequeño principio hemos visto cómo, a través de la constitucionalización del proceso penal, éste ha perdido progresivamente su carácter adversarial para abrirle paso a un juez más protagonista, lo que conlleva la suspensión del principio acusatorio por momentos específicos del proceso, el juez conforme a este esquema procesal debe juzgar, en ningún momento tomar facultades de acusador, ¿qué diferencia habría entonces con un sistema inquisitivo?.

El Principio de Congruencia flexible, en general, limita la modificación del elemento fáctico y del elemento personal y otorga una progresiva protección en cuanto a la modificación

del elemento jurídico para el procesado. Es una garantía procesal que se está sosteniendo por diversos pesos y contrapesos sustentados en la argumentación, que pone en tensión fines del Estado, los derechos de la víctima y los derechos del procesado.

Hasta ahora, entre el derecho de defensa, la verdad material, el orden social justo, el principio de progresividad del conocimiento, la posibilidad de yerros por parte del acusador, los derechos de las víctimas, las facultades *iura novit curia* las Altas Cortes han logrado confeccionar un equilibrio que, si bien hace agua por partes y pone al límite la fuerza de las cuerdas que sostienen los pesos y contrapesos, logra sostenerse.

Los abogados, al fin y al cabo, al plantear su plan A, B y hasta la Z deben preparar las posibles variaciones en la calificación jurídica; pero esto no implica que vayan en seri desventaja frente al ente acusador, vulnerando el principio de igualdad de armas.

La flexibilidad del Principio de Congruencia no debe implicar su apertura para hacer que quepa cualquier eventualidad de modificación de la calificación jurídica. Si éste se ha entendido flexible es para buscar dar con la verdad material y así lograr un orden social justo, no para que el juez sea el obrero que cubra los fallos de la fiscalía; así lo primero pueda implicar lo segundo eventualmente.

No es recomendable que la Corte Suprema de Justicia siga ampliando más y más la flexibilidad del Principio de Congruencia, el sofisticado entramado que ha diseñado puede desbordarse en cualquier momento y puede degenerar en un desconocimiento de los derechos de alguna de las partes, sea víctima, procesado o fiscalía.

El Principio de Congruencia flexible es una garantía procesal relativa, que se compone de un núcleo duro comprendido por el elemento fáctico y el elemento personal; su parte relativa es la calificación jurídica. Su fin es delimitar al procesado, al juez, al fiscal y al público los

elementos constitutivos del objeto del proceso, esto es el delito imputado, los hechos jurídicamente relevantes y quién es el procesado.

Según la jurisprudencia impone al juez y al fiscal que, para realizar una modificación en la calificación jurídica, deba observar los siguientes requisitos: I) que no se modifique el elemento fáctico, II) La nueva calificación debe ser un delito de menor entidad y III) No vulnerar derecho de las partes.

Bibliografía:

- “Principios fundamentales del derecho procesal”. Hernando Devis Echandía (1985)
- “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”. Rodrigo Uprimmy (2005)
- “Derecho penal- parte general” Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. (2010)
- “El Principio de Congruencia”. Vanegas Villa, Piedad Lucía (2013)
- “Cómo se construyó el Principio de Congruencia en el Código de Procedimiento Penal Colombiano” Moya Vargas, Manuel Fernando (2014)
- “El Principio de Congruencia en el proceso penal” de “La transformación del concepto de víctima en el marco de la Justicia Transicional”. Iván Darío Valderrama Romero. 2016. En revista “Via Inveniendi et Iudicandi” pp-159-180
- “Procedimiento penal acusatorio” Saray Botero, Nelson (2017)
- “Violación al derecho de defensa por la flexibilización del Principio de Congruencia en el proceso penal”. Jorge Armando Herrera Salazar. (2018)

- “El Principio de Congruencia dentro del enfoque adversarial en el contexto colombiano” Solórzano Garavito, Carlos (2019)
- “El Principio de Congruencia en Colombia: análisis jurisprudencial y exigencia de coherencia sistémica con el debido proceso penal”. Paula Andrea Echeverry Bolívar. (2020).
- “Principio de Congruencia, el pilar de defensa del acusado y la recta administración de justicia”. Carlos Felipe Guzmán. (2020)

CONVENCIONALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Fermín Ramírez vs. Guatemala, 5 de junio de 2005.

CONSTITUCIONALES

- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. C-025 de 2010. Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia.T-1038/2012. Magistrado Ponente. Mauricio Gonzáles Cuervo.
- República de Colombia, Corte constitucional. Sentencia. T – 455/2016. Magistrado Ponente. Alejandro Linares Cantillo.

JURISPRUDENCIALES ORDINARIAS

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 19590 julio 9 de 2002. Magistrado ponente. Nilson Elías Pinilla Pinilla.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 15843 Julio 13 de 2007. Magistrado Ponente. Alfredo Gómez Quintero.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 26468 julio 27 de 2007. Magistrado ponente. Alfredo Gómez Quintero.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad 27518 noviembre 28 de 2007. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 27413 marzo 13 de 2008. Magistrado Ponente. Augusto José Ibáñez.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 29872 octubre 30 de 2008. Magistrada Ponente. María del Rosario Gonzáles de Lemos.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 30043 febrero 4 de 2009. Magistrada ponente. María del Rosario de Lemos.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 31280 julio 8 de 2009. Magistrado ponente. Julio Enrique Socha Salamanca.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad 34370 diciembre 13 de 2010. Magistrado ponente. Alfredo Gómez Quintero.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 32792 mayo 25 de 2011.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 38256 marzo 21 de 2012. Magistrado ponente. José Luis Barceló.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 41290 septiembre 25 de 2013. Magistrado ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 33602 agosto 21 de 2013. Magistrada ponente. María del Rosario Gonzáles Muñoz.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad.39886 octubre 16 de 2013. Magistrado ponente. José Leonidas Bustos Martínez.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia AP819-2014 febrero 26 de 2014. Magistrado ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia rad. 41253, octubre 15 de 2014. Magistrado Ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 46153 septiembre 30 de 2015. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 42510 noviembre 11 de 2015. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP6808-2016 mayo 25 de 2016. Magistrado ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia AP5142-2016 agosto 10 de 2016. Magistrado ponente. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP14191-2016 octubre 5 de 2016. Magistrado ponente. José Francisco Acuña Vizcaya.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP17352-2016 noviembre 30 de 2016. Magistrado ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2390-2017 febrero 22 de 2017. Magistrado ponente. Eyder Patiño Cabrera.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP384-2019 febrero 12 de 2017. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP3168-2017 marzo 8 de 2017. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 44599 marzo 8 de 2017. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP073-2018 enero 31 de 2018. Magistrada Ponente. Patricia Salazar Cuéllar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP3580-2018 agosto 22 de 2018. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
-
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 52311 diciembre de 2018. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2042-2019, junio 5 de 2019. Magistrada Ponente. Patricia Salazar Cuéllar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP3988-2020 octubre 14 de 2020. Magistrada ponente. Patricia Salazar Cuellar.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP401-2021, febrero 17 de 2021. Magistrado Ponente. Eugenio Fernández Carlier.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP403-2021 febrero 17 de 2021. Magistrado ponente. Eyder Patiño Cabrera.