

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DE LA
CONDUCTA PUNIBLE Y EL DEBIDO PROCESO**

GILMA BURBANO VALDÉS

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
AREA DERECHO PENAL
SAN JUAN DE PASTO
2004**

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DE LA
CONDUCTA PUNIBLE Y EL DEBIDO PROCESO**

GILMA BURBANO VALDÉS

Informe final de trabajo de grado para optar el título de Abogada

**Director
Emilio Ortega Delgado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
AREA DERECHO PENAL
SAN JUAN DE PASTO
2004**

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado, son responsabilidad exclusiva de los autores”.

Artículo 1 del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1.966, emanada del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Firma de asesor

San Juan de Pasto, 28 de junio de 2004

DEDICATORIA

A todas las personas que han creído en mí y me han colaborado.

GILMA

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	15
1. TITULO	17
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	18
3. JUSTIFICACIÓN	20
4. MARCO TEÓRICO	21
5. MARCO CONCEPTUAL	25
5.1 CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN	25
6. OBJETIVOS	26
6.1 OBJETIVO GENERAL	26
6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	26
7. METODOLOGÍA	27
7.1 FUENTES	27
7.2 TÉCNICAS	27
7.3 ESTRATEGIAS	27
8. EL JUZGAMIENTO	28
8.1 DIFERENTES PRUEBAS QUE SE PRESENTAN EN EL JUICIO Y EL CONTROL DE LEGALIDAD	28
8.2 LA LEGALIDAD EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN	28
8.2.1 Error en la denominación jurídica que afecta la competencia, constituye nulidad	29

8.2.2 Fijación de competencia y cambio de adecuación típica.	30
8.3 SISTEMA NATURALISTA Y NORMATIVO BASE DE LA CONGRUENCIA	32
9. ALGUNAS VARIANTES DEL ARTÍCULO 404 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	35
9.1 MODIFICACIÓN POR ERROR EN LA ACUSACIÓN POR PRUEBA SOBREVINIENTE	35
9.1.1 Cuando existe el error en la denominación jurídica de la conducta punible se presente nulidad de la resolución de acusación	35
9.1.2 La acusación puede ser modificada en la etapa de juzgamiento ya que la conducta punible se califica de forma provisional	36
9.1.3 Absolución por la conducta punible acusada	36
9.2 QUIENES SON COMPETENTES PARA MODIFICAR LA CALIFICACIÓN PROVISIONA	37
9.2.1 Para cambiar la adecuación típica se debe tener en cuenta: requisitos, trámite y oportunidad	37
9.3 CUANDO NO ES POSIBLE VARIAR LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS	38
9.4 LA PRESCRIPCIÓN Y ADECUACIÓN TÍPICA	39
10. ANTECEDENTE HISTÓRICO	40
10.1 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DECRETO 0050 DE ENERO 13 DE 1987	40
10.2 DECRETO 2700 DE 1991	41
11. EL DEBIDO PROCESO	43
11.1 LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL	43
11.2 EL DEBIDO PROCESO EN LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DE LA CONDUCTA PUNIBLE	44

CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	52

GLOSARIO

NULIDAD POR ERROR EN LA DENOMINACIÓN JURÍDICA QUE AFECTA LA COMPETENCIA: recibido el expediente por el juez el primer paso a seguir es realizar un control de legalidad del calificadorio en cuanto a la competencia, pero no en un sentido simplemente formal pues se trata de revisar que la calificación jurídica del hecho haya sido acertada. Si existe error en la calificación ello implica pérdida de la competencia.

AUDIENCIA PREPARATORIA: vencido el traslado se solicita que se decreten las nulidades y se pidan pruebas, es bueno aclarar que la audiencia preparatoria debe efectuarse después de que el juez realice el control de legalidad sobre la instrucción que fije la competencia

PRUEBAS EN EL JUICIO: en esta etapa se concentran las pruebas en la audiencia pública aunque excepcionalmente podrán realizarse antes de su cumplimiento; cuando se requiera dice el estatuto procesal de estudio previo o deban efectuarse fuera de la sede del juzgado, dice el Dr. Bernal Cuellar en la obra ya citada.

- a. Las pruebas que hayan sido solicitadas en el término de traslado para adelantar la audiencia preparatoria y pública (artículo 400 del C.P.P.).
- b. Las que surjan de las practicadas en el debate público, las cuales deben ser solicitadas antes de finalizar la audiencia (artículo 410 del C.P.P.).
- c. Las que se originen por razón de la modificación de la resolución de acusación (artículo 404 del C.P.P.).
- d. Las pruebas que por una u otra causa no se hubieren solicitado en la etapa de la investigación o período probatorio del juicio, podrán ser decretadas por el juez en la etapa del juicio (artículos 401, inc. 1 y 409 del C.P.P.)
- e. Las partes pueden solicitar pruebas en audiencia pública pero su práctica está sujeta a los poderes discrecionales del juez¹.

¹ BERNAL CUELLAR, Jaime. El Proceso Penal. 4 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 554.

ERRORES EN LA ACUSACIÓN Y MODIFICACIÓN POR PRUEBAS SOBREVIVIENTES: para solucionar esta prueba puede plantearse varias respuestas posibles a saber:

Nulidad de la acusación por error en la denominación jurídica.

- ✓ Absolución
- ✓ Modificación de la acusación en la etapa del juzgamiento.

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA PUNIBLE TIENE CARÁCTER PROVISIONAL: por consiguiente la denominación recibida en la acusación puede ser variada en la etapa del juzgamiento.

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA: para no violar el derecho a la defensa es indispensable proferir el auto que adiciona la acusación, con el fin de variar las siguientes instrucciones jurídicas:

- ✓ Cambio de la adecuación típica;
- ✓ Formas de intervención en la conducta punible, o grado de ejecución de este.

CASOS EN QUE PUEDE MODIFICARSE LA ACUSACIÓN SIN ACTO PREVIO: cuando no se quiere emplear mecanismos sino que se trata de beneficiar al imputado

INMUTABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN: si existe equivocación en la calificación genérica del hecho y el error no es subsanado en la etapa del juzgamiento el juez debe proferir sentencia absolutoria por el delito que motivó la acusación.

FUNCIONARIOS COMPETENTES PARA MODIFICAR LA CALIFICACIÓN PROVISIONAL DE LA ACUSACIÓN: el artículo 404 del C.P.P. Consagra dos hipótesis de variación de la calificación. El cambio se hacía por el fiscal por iniciativa propia o a petición del juez, situación esta que sufrió una variación a partir del fallo de Sentencia Julio del 2001 de La Corte Constitucional mediante sentencia C 760, que declara inexecutable por vicios de forma la expresión “Si persiste en la calificación jurídica el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación”.

OPORTUNIDAD PARA EL CAMBIO DE ADECUACIÓN TÍPICA

RESUMEN

Nuestro Estatuto Procesal Penal, en su artículo 404 establece la figura denominada: LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DE LA CONDUCTA PUNIBLE, norma que ha sido objeto de innumerables interpretaciones, razón por la cual he decidido adelantar un análisis detallado bajo la óptica del debido proceso.

La Constitución Política de Colombia, consagra en su artículo 29 el principio general de EL DEBIDO PROCESO, entendido éste como el principio matriz, como aquel que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad y aplicación del derecho material. Entre otros aspectos que abarca este principio, tenemos: El juez natural, el derecho a la defensa judicial, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia e imparcialidad del juez, que serán aplicados a todas las actuaciones administrativas y judiciales en nuestro país.

La Variación de la Calificación Jurídica Provisional de la Conducta Punible, solo se puede llevar a cabo durante la etapa del juzgamiento, una vez se encuentre ejecutoriada la resolución de acusación, mediante un auto que adiciona el pliego de cargos, además se hay aplicada el control de legalidad respecto de la etapa de la investigación cumplida, se practiquen todas las pruebas y se decreten las nulidades correspondientes, diligencias que se adelantaran dentro de la audiencia pública.

No hay que perder de vista, que lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es, la adecuación típica de la conducta punible; ya que la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica, teniendo bien claro, además que la conducta humana comprende dos fase, una subjetiva y una objetiva o externa.

Examinando nuestro ordenamiento procesal penal, encontramos que los funcionarios competentes para variar la calificación, son: el juez, y el fiscal, dentro de la diligencia de audiencia pública; bajo el postulado constitucional de la independencia del juez, determinándole funciones diferentes a las del fiscal, quien pierde la titularidad de la acción penal en la etapa del juzgamiento, porque el monopolio de la investigación está a cargo de la fiscalía.

El propósito del proceso penal es el descubrimiento de la verdad real e histórica que tiene como principal protagonista al reo que es un ser humano, que puede ser inocente, y de ser culpable es merecedor de un tratamiento humanista.

ABSTRACT

Our Penal Procedural Statute, in its article 404 establishes the denominated figure: THE VARIATION OF THE TEMPORARY JURIDICAL QUALIFICATION OF THE PUNISHABLE BEHAVIOR, norm that has been object of countless interpretations, reason for which I have decided to advance a detailed analysis under the optics of the due process.

The Political Constitution of Colombia, consecrates in its article 29 the general principle of "THE DUE PROCESS", expert this as the principle, as that that satisfies all the requirements, conditions and necessary demands to guarantee the effectiveness and application of the material right. Among other aspects that it embraces this principle, we have: The natural judge, the right to the judicial defense, the right to a public process, the right to the independence and the judge's impartiality that will be applied to all the administrative and judicial performances in our country.

The Variation of the Temporary Juridical Qualification of the Punishable Behavior, Only it can carry out during the stage of the judgment, once has been executed the accusation resolution, by mean of a ruling that adhere the sealed document of charges, also has been applied the control of legality with respect to the stage of the fulfilled investigation, are practiced all the tests and the corresponding nullities are decreed, that were ahead inside the public audience.

It is not necessary to lose of view that, which is allowed to change is the juridical imputation, this is, the typical adaptation of the punishable behavior; since the imputation made in the accusation resolution is attainable and it is juridical, having very clear, also that the human behavior cover two phase, a subjective one and an objective or external.

Examining our penal procedural classification, we find that the competent officials to vary the qualification, are: the judge, and the district attorney, inside the diligence of public audience; under the constitutional postulate of the judge's independence, determining works him different to those of the district attorney, who loses the ownership of the penal action in the stage of the judgment for that the monopoly of the investigation this in charge of the district attorney office.

The purpose of the penal process is the discovery of the real and historical truth that has as principal protagonist to the criminal that is a human being that can be innocent, and of being guilty it is worthy of a humanist treatment.

INTRODUCCIÓN

Nietzsche, citado por Londoño Jiménez Hernando decía "que nuestro delito contra los delincuentes es tratarlos como canallas"². Debemos entender que muchos de los delincuentes llegaron al delito por culpa de la misma sociedad o porque el Estado omnipotente y frío impasible e indiferente ante los apremios sociales siempre prefiere el arma de la represión penal; pero para no entrar en especulaciones, bien en pro o en contra de la controvertida tesis, recojamos el pensamiento de LACASAGNE sobre el delincuente como producto de la sociedad.

En Colombia se ha logrado, que la Constitución Nacional contenga el debido proceso, derecho éste fundamental consagrado, no solamente, en la derogada Constitución de 1886, sino en el Artículo 29 de nuestra actual Carta, esta norma que se refiere al debido proceso involucra varios de los hechos de carácter procesal: la competencia de la ley penal, la competencia de los tribunales, la observancia de las formas propias de cada juicio, la permisibilidad y favorabilidad de la ley penal, presunción de inocencia, el derecho de defensa, el proceso público, el principio del non bis in ídem, el derecho de la doble instancia, la reformato in pejus.

De allí que me pareció importante entrar a analizar el artículo 404 C.P.P., sin perder de vista el control de legalidad, puesto que las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser entendidas como dos fases autónomas e independientes ya que el juez, puede revisar formalmente la actuación realizada por la fiscalía y ésta última a su vez puede actuar como parte acusadora durante el juicio. Lo que nos da a entender que esta situación tiene como finalidad la transparencia de la investigación cumplida, esta etapa, se debe adelantar bajo las formas propias del juicio.

Al desarrollar el trabajo me he referido a la variación de la calificación jurídica, al cambio de adecuación típica, a los casos en que puede modificarse la acusación, a la competencia de los funcionarios para variar la calificación jurídica provisional de la acusación, al trámite y oportunidad para el cambio de la adecuación típica, efectos de éste con respecto de la prescripción, a los casos que no es posible variar la calificación de los hechos.

Todo lo anterior con el ánimo de que se observe la importancia del debido proceso en el desarrollo del artículo 404 C.P.P.

² LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Derecho Procesal Penal. Bogotá : Temis, 1982 . p. 23.

Es importante explicar que me anima escribir este trabajo por la noble enseñanza que recibí de un derecho penal espiritualista, con fines más que retributivos de prevención especial y resocializadores y, además, con un implícito mensaje de humanización como lo enseñara Beccaria, Carrara, Carnelutti, Concepción Arenal.

Enrique Bacigalupo, citado por Londoño decía que: "El Derecho penal, y en consecuencia la política criminal, solo comienza allí donde termina el terror penal y donde principia el tratamiento racional de fenómeno doloso del delito"³.

³ Ibid., p. 23.

1. TITULO

Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible, y el debido proceso.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Las implicaciones que presenta el artículo 404 dentro del ordenamiento procesal penal y las garantías del debido proceso.

En nuestro sistema procesal, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y jurídica. Según las características de la variación reglamentada en el artículo 404 C.P.P, lo que es procedente modificar es la jurídica, el artículo 404 se refiere “La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”⁴ es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como un acto humano, como el acontecer real, no puede ser trocado; la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva y externa.

Imputación subjetiva, son las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de este, vale decir que su adecuación típica puede ser variada, la segunda se refiere a los elementos.

Esenciales ya que pueden ser cambiados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto; lo que significa que lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica y conducta básica. Lo que implica que no puede ser cambiado ni extralimitado, ya que al alterarlos se estaría en presencia de otro comportamiento atribuyéndose otros hechos, otra conducta punible no incluida en el pliego de cargos.

La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro del código penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni por ende por la naturaleza del bien jurídico tutelado.

Es importante acotar que ni la variación hecha por el fiscal de la calificación provisional, ni la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, son providencias ni actos decisorios sino simplemente posiciones jurídicas en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal y de la infraestructura lógica del proceso.

La oportunidad procesal va a variar la calificación, se hace después de la intervención del fiscal cuando haya concluido con antelación la práctica de pruebas, pues aquí se encuentra con elementos de juicio suficientes para que se

⁴ COLOMBIA. Nuevo Código penal y nuevo código de procedimiento penal, Bogotá : Momo, 2004. p. 302.

produzca este cambio porque así lo dispone la ley. Esta se puede variar por una sola vez en, en este evento la imputación se convierte en definitiva e intangible.

Puede ocurrir que la variación de la calificación jurídica provisional no opera cuando cambia el nomen iuris por sucesión de leyes, por ello la corte previendo estos sucesos manifestó que frente al fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo, si la conducta sigue siendo delito en la nueva legislación, pero cambia el nomen iuris, no es necesario variar la calificación, puesto que solo puede hacerse cuando se incurrió en error al proferir pliego de cargos o pruebas sobrevinientes.

La variación de la calificación jurídica refiriéndose al anterior Código de Procedimiento Penal, como es obvio en la nueva normatividad se mantiene el principio de congruencia o consonancia que debe existir entre el pliego de cargos y la sentencia, que no sólo garantice el derecho de defensa y la lealtad procesal, sino la estructura jurídica y lógica del proceso ya que aparece evidente que un acusado solo puede ser condenado o absuelto por los cargos por los cuales fue llamado a responder.

Es importante anotar que tanto en la ley derogada como la actual la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre el juicio la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento.

En el principio de congruencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, al juez no se le permite agravar la responsabilidad con relación a los cargos imputados en la resolución de acusación, lo que implica que los sujetos procesales deben ser muy cuidadosos en presentar sus alegatos.

Eugenio Florian decía: “El código de Procedimiento Penal, es el código de los hombres de bien, porque le pone vallas a la arbitrariedad y proporciona armas adecuadas para luchar contra los delincuentes”⁵. Se ha escrito sobre el principio de la imparcialidad del juez y el monopolio de la acusación por parte de la fiscalía. Se ha analizado en la etapa del juzgamiento que el juez no puede acusar pero ordena y sugiere la modificación de la acusación cuando esta según su criterio se encuentra mal formulada por parte de la fiscalía, prácticamente ordena que se cumpla la modificación en los términos que el juez desea.

Sin duda alguna esta sería también una forma de acusar puesto que en últimas la variación de la calificación jurídica sería de acuerdo a los cargos sugeridos por el juez.

⁵ FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Bogotá : Temis, 1982. 415 p. 34.

3. JUSTIFICACIÓN

El actual estatuto procesal, acogió un sistema mixto porque en la acusación adquieren relevancia jurídica, tanto la determinación del hecho fáctico como la calificación que este reciba; puesto que concurre el sistema naturalista y normativo en lo atinente al hecho se delimita el objeto de la relación jurídica procesal que es inmutable en la etapa del juzgamiento. En cuanto a la calificación jurídica es provisional, y es definitiva cuando el fiscal no especifica plenamente el pliego de cargos, El Dr. Jaime Bernal Cuéllar, infiere que el sistema mixto se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. Se exige necesariamente la identidad del hecho, porque el imputado no puede ser condenado por comportamientos diferentes a los señalados en la resolución de acusación.
2. No basta para determinar la congruencia que exista identidad del hecho y entre la resolución de acusación y la sentencia.
3. La adecuación típica o la que se desprenda de la descripción inequívoca de los hechos tiene carácter provisional y puede ser modificada con base en el artículo 398 numeral 3 y 404 del C.P.P., sin que ello implique incongruencia con la resolución de acusación". Si nos regimos por las normas de procedimiento interpretadas adecuadamente dentro de su contexto, se respetaría el debido proceso⁶.

⁶ BERNAL CUELLAR, Jaime. Op.cit., p. 554.

4. MARCO TEÓRICO

Las diferentes interpretaciones dadas al artículo 404 de C.P.P. Me han llevado al análisis de esta norma bajo la óptica del debido proceso.

Las normas constitucionales de referencia prescriben: Artículo 29 Constitución Política de Colombia dice:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En material penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.⁷

Artículo 404 Código de Procedimiento Penal:

Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible. Concluida la práctica de pruebas, si se la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así:

NOTA: El título de este artículo “Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible” declarado EXEQUIBLE por la Corte

⁷ COLOMBIA. Nueva Constitución Política de Colombia, Bogotá : Unión, 2003. Art. 29 p. 18.

Constitucional mediante Sentencia C-199-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; “solamente respecto del cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 de la Constitución Política, e inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo respecto de los demás apartes normativos de la disposición”.

1. *Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública.* Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

NOTA: Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 199-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; “solamente respecto del cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 de la Constitución Política, e inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo respecto de los demás apartes normativos de la disposición.

Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes.

Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estime procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad El Fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

NOTA: Mediante Sentencia C-199-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional declaró este se a lo resuelto en la Sentencia C-1288-01; “en relación con los cargos de inconstitucionalidad por desconocimiento del derecho de defensa y del principio de imparcialidad judicial”.

NOTA: Se Declara EXEQUIBLE, por los cargos formulados, el inciso primero del numeral 2º del artículo 404 de Ley 600 de 2000 Mediante sentencia C-1288 de 2001.

NOTA: Mediante sentencia C-1193 de 2001 la Corte Constitucional se Declara INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la parte demandada del inciso primero al numeral 2º del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, por ineptitud de la demanda.

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

NOTA: La Corte Constitucional, mediante sentencia C-620/01 declaró exequible el inciso 2º del numeral 2 del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

NOTA: La expresión “Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación”.

Tachada y en letra cursiva fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-760 de 2001.

Cuando el proceso sea de competencia del Fiscal General de la Nación, podrá introducir la modificación por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-199-02 de 10 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; “solamente respecto del cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 de la Constitución Política”

Cuando el proceso sea de aquellos que conoce en su integridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se introducirá la modificación por decisión notificable de estrados.

NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-199-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; “solamente respecto del cargo de inconstitucionalidad por violación del Artículo 13 de la Constitución Política”.

La competencia en la etapa del juzgamiento la adquieren los jueces y el fiscal o su delegado en calidad de sujeto procesal, analizadas las

pruebas se hacen el control de legalidad en el cual puede variar la calificación provisional, siempre y cuando se respete el debido proceso⁸.

⁸ COLOMBIA. Nuevo Código penal y nuevo código de procedimiento penal, Op.cit., p. 302.

5. MARCO CONCEPTUAL

5.1 CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

El control tiene por objetivo dar transparencia a la actividad de la investigación cumplida para que la etapa de juzgamiento se adelante con observancia de las formas propias del juicio, por esta circunstancia el juez puede declarar la invalidez del proceso cuando se presentan las causales de nulidad.

6. OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer aspectos generales de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible si es violatoria o no del debido proceso.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar la etapa del juzgamiento a partir del artículo 400 del C.P.P.
- Determinar las posibles hipótesis sobre la variación de la calificación jurídica.
- Lo anterior desde la óptica del debido proceso, acudiendo a la doctrina jurisprudencia que exista respecto del artículo 404 de C.P.P.

7. METODOLOGÍA

La investigación se enfocará desde el punto de vista cualitativo porque básicamente se realizará un análisis de la normatividad vigente sobre: “Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”, desde el punto de vista del debido proceso de igual manera se intentará concluir sobre todos los aspectos y posibilidades que tenga la variación de la calificación jurídica.

7.1 FUENTES

Las fuentes para este estudio serán de carácter secundario pues se circunscribirá a normas, textos, conceptos, y demás escritos que traten sobre el tema.

7.2 TÉCNICAS

Para acceder a las fuentes de información se consultará la jurisprudencia de la materia y tratadistas del tema.

7.3 ESTRATEGIAS

Los resultados de este trabajo serán difundidos en la biblioteca de la Universidad de Nariño para que sirva de consulta a los estudiantes de derecho.

8. EL JUZGAMIENTO

Para desarrollar el tema propuesto, es importante puntualizar y tratar las situaciones jurídicas que se presentan en la etapa del juicio, en lo atinente, entre otros aspectos al control de legalidad, sobre las pruebas que deban practicarse en la audiencia, para llegar al tema propuesto, que es: "Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible" durante esta etapa del proceso.

8.1 DIFERENTES PRUEBAS QUE SE PRESENTAN EN EL JUICIO Y EL CONTROL DE LEGALIDAD.

Como el proceso, debe entenderse como un conjunto de pruebas que tienen por objeto reconstruir históricamente la presunta conducta punible, todo esto se da en la etapa de investigación, y esta es, la actuación preparatoria del juzgamiento en la cual se concentra el debate.

La etapa de juzgamiento se inicia con la Resolución de acusación debidamente ejecutoriada, en estas condiciones procesales el juez, deja el expediente a disposición de los sujetos procesales para que en el término de 15 días, estos puedan dentro de la oportunidad solicitar nulidades que se hubieren presentado en la instrucción; pedir la práctica de pruebas que no se hayan realizado o que se presenten en la resolución acusatoria, y por último preparar la audiencia preparatoria y el debate.

8.2 LA LEGALIDAD EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

La etapa de investigación se convierte en la etapa preparatoria de juzgamiento, es el vórtice de la esencia del debate preparatorio, de allí que el actual ordenamiento procesal no exige plena prueba sobre la tipicidad para proferir la resolución de acusación y así esta normado en el artículo 397 C.P.P.; es importante aclarar que tampoco obliga a que este agotada la práctica de pruebas, lo que impone es la obligación de cerrar la investigación cuando estuvieren fenecidos los términos de instrucción, o lo dice la norma cuando exista mandato para calificar, vale decir, prueba para precluir la investigación o formular resolución de acusación.

Las exigencias legales para proferir alguno de estos actos procesales enunciados, no exigen como presupuesto el agotamiento de todo el debate probatorio. Para formular resolución de acusación, el fiscal competente debe ordenar el cierre de la investigación, así sea parcial, y formular pliego de cargos para desencadenar un adecuado camino que conduzca al sistema acusatorio.

Como ya lo habíamos explicado, la etapa del juzgamiento se inicia con la ejecutoria de la resolución de acusación, ejecutoriada esta providencia, el juez les

da la oportunidad a los sujetos procesales de solicitar las nulidades que se hubieren presentado en la investigación, pueden pedir que se practiquen las pruebas que no se hayan realizado y que tengan origen en la resolución acusatoria, y ese lapso de 15 días lo pueden utilizar para la audiencia preparatoria y el debate público. Este control de legalidad a que me he referido, debe entenderse en lo atinente a las pruebas en el juicio.

También existe un control de legalidad que recae en la etapa de instrucción, pero aclarando que la etapa de investigación y de juzgamiento no pueden determinarse como fases autónomas e independientes puesto que el ordenamiento jurídico ha previsto controles recíprocos que se dan cuando el juez puede examinar formalmente la actuación realizada por la fiscalía y esta a su vez, al referirme a la fiscalía puede intervenir como parte acusadora durante el juicio, lo que implica que este control tiene por finalidad darle claridad a la actividad de investigación cumplida y solo así el juzgamiento se adelantará con las formas propias de cada juicio tal como lo establece el artículo 400 del C.P.P.; si se presentaren algunas causales de nulidad, el juez puede declarar la invalidez del proceso, si bien es cierto, que el artículo 308 C.P.P. consagra el término de preclusión para invocarlas las originadas en la investigación y en la resolución de acusación, esto no significa que vencido dicho término puede ser convalidadas las irregularidades sustanciales del proceso, ya que estas pueden ser invocadas posteriormente, en el recurso de casación o declaradas de oficio por el juez en cualquiera de las instancias, ahora bien, es cierto que la oportunidad para invocar las nulidades se refiere a los sujetos procesales, ello no significa que el juez no tenga el deber de examinarlas durante el control de legalidad de la actuación cumplida y si es del caso, declarar oficiosamente la invalidez del proceso.

8.2.1 Error en la denominación jurídica que afecta la competencia, constituye nulidad. El estatuto procesal establece la opción de la denominación jurídica de la resolución de acusación a través de la nulidad cuando exista un error que afecte la competencia. Vale decir, que una vez recibido el expediente por el juez, éste inicia un control de legalidad del calificadorio con relación a la competencia pero, no en un aspecto formal, este determina que la calificación jurídica del hecho haya sido acertada, el simple error en la calificación implica pérdida de la competencia pero deberá aplicar lo previsto en el artículo 402 C.P.P., vale decir, declarando su incompetencia y a la vez proponiendo colisión negativa al superior jerárquico, y en caso de aceptarla declarar la nulidad, o puede rechazarla, evento en el que debe remitir la actuación al superior funcional para que resuelva el conflicto así: radicando la competencia en quien propuso la colisión, en este caso la actuación es totalmente válida, o atribuyendo la competencia a un juez de mayor jerarquía el cual debe decretar la nulidad desde el cierre de investigación, en esta hipótesis regresa el proceso al fiscal que conocía de la investigación de acuerdo a la conducta punible señalada por el juez. El estatuto procesal nada dice cuando un juez del circuito recibe la acusación por una conducta punible que a su criterio debe ser del conocimiento de un juez

municipal, en este evento puede impetrarse dos soluciones: prorrogar la competencia como lo determina el artículo 405 C.P.P. o, plantear el conflicto de competencia con el juez municipal, aplicando el principio de la analogía, pues el C.P.P. establece la posibilidad de conflicto de competencia cuando el juez municipal considera que el juzgamiento le corresponde al juez del circuito. Aunque el código de procedimiento no señala a partir de que momento debe declararse la nulidad creo que lo lógico es que la actuación se reconstruya desde el cierre de la investigación por que sería indispensable ampliar la indagatoria para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 342, inc. 2. C.P.P. y lo más importante es el respeto al derecho de defensa que tiene el procesado, artículo 29 Constitución Política de Colombia, y permite que los demás sujetos procesales conozcan y se pronuncien con relación a la nueva imputación. Lo mismo ocurre si el fundamento de la nulidad es la incompetencia, el cierre de la investigación estaría afectada por la misma razón.

Cuando el juez realiza el control de legalidad y no advierte que es incompetente por error en la denominación jurídica de los hechos, esta nulidad la pueden presentar los sujetos procesales para que sea resuelta en la audiencia preparatoria, es importante aclarar que esta nulidad solo es procedente cuando afecta la competencia del funcionario del conocimiento ya que si es un error en la denominación jurídica, sin efectos en la competencia, el planteamiento debe definirse en la audiencia pública a fin de que se agote la práctica de pruebas y aportados los elementos de juicio se procede al cambio de adecuación, las restantes nulidades pueden plantearse durante el traslado común, artículo 400 C.P.P. para que sean resueltas en la audiencia preparatoria.

8.2.2 Fijación de competencia y cambio de adecuación típica. El artículo 404 del C. P.P. determina el procedimiento para variar la calificación jurídica, una vez terminada la practica de pruebas en la etapa del juicio.

Debemos entender que la variación por error durante la audiencia pública, solo puede presentarse en los casos que no afecte la competencia. En las circunstancias en que el error implica pérdida de competencia, la oportunidad para realizar la variación es el momento en que el juez avoca conocimiento del proceso y realiza oficiosamente el control de legalidad, también puede ocurrir a petición de las partes en la audiencia preparatoria.

No hay que perder de vista que el artículo 402 C.P.P. Reglamenta “fijada la competencia solo se podrá discutir 302.por pruebas sobrevinientes”⁹.

⁹ Ibid., p.32.

Lo que implica que si la prueba sobreviniente logra variar la calificación y además la competencia, esta se prorroga si la conducta punible resultante esta atribuida a funcionario de menor jerarquía.

Hay que tener en cuenta que si la competencia queda radicada por prueba sobreviniente en un juez de mayor jerarquía, en este caso, no se puede decretar la nulidad ya que la actuación realizada hasta ese momento se practicó partiendo de la supuesta ocurrencia de todos los factores determinantes de la competencia encontrándonos en esta situación creo, que basta con enviar el expediente al juez competente para que continúe con el trámite del proceso, y si así no se procediere puede entablarse conflicto de competencia.

Vencido el traslado para solicitar nulidades y pedir pruebas, se inicia lo que conocemos como audiencia preparatoria que se realiza dentro de los 15 días siguientes a partir del vencimiento del traslado, en la cual se entran a resolver dos aspectos:

- ✓ Acerca de la eficacia de la relación jurídica.
- ✓ Acerca de las pruebas solicitadas por las partes, o aquellas que deban practicarse de oficio, determinándose cuales se realizan antes de la audiencia y cuales en ellas; estas peticiones deben realizarse en la audiencia y las decisiones de estas son susceptibles de los recursos ordinarios.

No hay que olvidar que la audiencia preparatoria debe efectuarse después de que el juez realice el control de legalidad sobre la instrucción que incluye la fijación de la competencia.

Si nos remitimos al artículo 401 C.P.P. "...una vez que se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia"¹⁰.

Como he venido comentando el código de procedimiento penal trae como principio general que el juicio, es una concentración de pruebas que se da en la audiencia pública aunque excepcionalmente podrán practicarse antes de la realización de este, solo en el caso que se requieran estudios previos o deban realizarse fuera del juzgado, artículos 84, 401 inc. 2. ejusden

Para una mejor determinación de las pruebas que se practican en la audiencia pública, son las que a continuación relaciono, establecidas en el estatuto procesal y ellas son: las que hayan sido solicitadas en el término de traslado para preparar las audiencias preparatoria y pública y que estén determinadas en el artículo 400

¹⁰ Ibid., p. 301.

del C.P.P.; las que aparezcan determinadas en el debate público, las cuales tienen que ser solicitadas antes de que finalice la audiencia como lo define los artículos 410 y 404 inc. 1. Refiere a las que se originan por razón de la modificación de la resolución de acusación; las que decreta el juez en audiencia pública; las que por una u otra razón se hubieren solicitado en la etapa de investigación o en el periodo probatorio del juicio tal como lo permiten los artículos 401 inc. 1. Y 409 C.P.P.; las partes pueden solicitar pruebas en la audiencia pública, no pedidas en los periodos anteriormente señalados, pero su práctica esta sujeta al poder discrecional del juez y por lo tanto es él quién debe decidir sobre su competencia; lo que significa que no existe restricción para la práctica de pruebas en audiencia pública y por lo tanto el funcionario puede ordenar cualquier diligencia que no haya sido solicitada previamente, es decir, respetando el artículo 17 del C.P.P. el cual predica el principio de lealtad de las partes en el proceso. El estatuto procesal mantiene la importancia del periodo probatorio en el juicio, bajo el principio general de la inmediación de la prueba en la audiencia, ya que esta etapa determina en gran parte la congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia.

Este principio de congruencia, entre la acusación y la sentencia se entiende de la estructura del proceso penal colombiano; la carta política señala que el proceso penal esta conformado por dos etapas: Acusación y Juzgamiento. Las cuales no pueden ser suprimidas ni modificadas bajo ninguna circunstancia, el postulado básico se encuentra en el artículo 29 de la carta política.

Una de las constantes del proceso es la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso que ha sido concretado en la acusación. En otras palabras, la acusación cumple la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica puesto que la sentencia es el acto que concluye el proceso, la cual debe proferirse en correspondencia con los hechos que modifican la acusación y los imputados a quienes se les formula pliego de cargos

8.3 SISTEMA NATURALISTA Y NORMATIVO BASE DE LA CONGRUENCIA

Cuando entramos a hablar de la congruencia, encontramos dos tendencias: la primera se la denominaría como un sistema naturalista, cuyas características se fundamentan en el hecho histórico investigado independientemente de cualquier denominación jurídica que se le dé; el otro sistema es el normativo, que parte del naturalista en cuanto a la identidad del hecho, pero adicionando en sentido de calificar jurídicamente el comportamiento dentro de algún tipo de la parte especial, la característica del sistema normativo, es la inmutabilidad del hecho y la denominación jurídica que reciba, lo que implica, que la adecuación típica contenida en la resolución de acusación es inmodificable y solo puede ser controvertida a través de la nulidad.

El actual C.P.P. acoge un sistema mixto ya que en la resolución de acusación adquiere importancia jurídica tanto la determinación del hecho fáctico como la calificación que este reciba; podemos hablar de un sistema mixto por que conjuntamente concurren características propias de los sistemas naturalista y normativo, en lo que se refiere al hecho delimita definitivamente el objeto de la relación jurídico procesal, ya que es inmutable en la etapa del juzgamiento. Ocurre todo lo contrario en la calificación jurídica, ya que esta es provisional y se torna definitiva cuando el ente acusador no modifica expresamente el pliego de cargos.

La Corte Constitucional ha expresado que la variación de la calificación jurídica en la etapa del juzgamiento se ajusta al precepto de la Constitución, lo que hace indispensable para darle prevalencia al derecho material, pues, el imputado podrá ser investigado y juzgado por una conducta punible que no realizó.

.El sistema mixto en Colombia se caracteriza por varios aspectos de los cuales me permito hacer una referencia sucinta de la siguiente manera. Se exige necesariamente la identidad del hecho, ya que el imputado no puede ser condenado por comportamientos diferentes de los señalados en la resolución de acusación. Se entiende que hay un hecho distinto cuando se modifica la conducta y el objeto material. No basta para determinar la congruencia, que exista identidad del hecho entre la resolución de acusación y la sentencia, es necesario además que los hechos estén claramente individualizados en la resolución de acusación y así se desprende del artículo 207 numeral 2. del C.P.P. que establece las causales de casación, como la falta de consonancia en la sentencia referente a los cargos formulados en la resolución de acusación, de allí que no se trata de la simple identidad de hechos sino de los cargos que es muy diferente, la identidad del hecho, es un concepto estrictamente naturalista, el cargo es un concepto jurídico, que individualiza el número de hechos punibles por los cuales se formula la resolución de acusación, que cumple una misión de garantía, que delimita el objeto de la relación jurídico procesal, de allí que el artículo 398 del C.P.P. consagre, como requisito la obligación de especificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que ocurrieron los hechos, la adecuación típica, o que la que se desprende de la descripción inequívoca de los hechos tiene carácter provisional y puede ser modificada, como así lo permite el artículo 398, inc. 3, y 404 de nuestro estatuto procesal penal, sin que ello implique incongruencias con la resolución de acusación.

La Corte Suprema de Justicia trae los siguientes lineamientos fundamentales en materia de congruencia así: Para ella el núcleo central de los hechos es intangible, y no es posible que se introduzcan en la etapa de juzgamiento elementos que no se tuvieron en cuenta en la acusación como conductas constitutivas de delitos conexos; para los magistrados de la Corte la calificación jurídica puede ser variada sin interesar que la modificación se produzca de un título a otro del código penal, o que se alteren las formas de imputación objetiva o

subjetiva de intervención o el grado de realización de la conducta, no importa que se agrave la situación del imputado. La Corte sobre esta materia dice: Que para que se produzca el cambio de adecuación típica no es necesario que previamente se realice la ampliación de la indagatoria por que éste requisito solo opera en la etapa de instrucción; por otro lado, sostiene que adecuación típica puede ser sustituida en la sentencia, en estos casos deben distinguirse varias hipótesis: sostiene que si es para agravar la situación del imputado se requiere como presupuesto indispensable, que el fiscal o el juez exprese en la audiencia la posibilidad de una adecuación típica diferente, si ello sucede, no puede el juez agravar la situación del procesado en la sentencia, ya sea cambiando la adecuación típica, agregando circunstancias de agravación punitiva o desconociendo las atenuantes que aparezcan en la acusación. Sobre estos aspectos refiere que si es de atenuar, en todo caso el juez puede variar la adecuación aunque la modificación no hubiere sido planteada en la audiencia. Con esta interpretación observamos un avance en el sistema procesal. El Dr. Jaime Bernal Cuellar no acepta esta interpretación de la Corte por las siguientes razones: el C.P.P. exige un acto preclusivo, ya sea de una decisión del fiscal o del juez en la cual se cambie la adecuación típica, para este tratadista este acto tiene la característica de delimitar en forma definitiva la congruencia y obliga al juez a dictar sentencia sobre un solo punto de referencia; la acusación o la modificación.

Continúa el autor refiriéndose sobre la estructura actual del proceso penal, dialécticamente dice él, puede tenerse en cuenta una sola adecuación típica para efectos de cumplir el mandato legal que establece la congruencia o de lo contrario sobrarían las normas del nuevo código penal que establecen la posibilidad de cambio de adecuación típica. Progresivamente se sigue un procedimiento inverso al planteado por la Corte por que a medida que se avanza en el desarrollo de la actuación se va cerrando, y no abriendo, el marco jurídico que servirá de referencia al momento de dictarse la sentencia.

El autor concluye que la interpretación de la Corte para ser aceptada requiere un cambio de normatividad, pues representa un paso importante hacia una verdadera congruencia naturalística como se propuso en la ponencia que presento al congreso el mismo Bernal Cuellar hace muchos años.

9. ALGUNAS VARIANTES DEL ARTÍCULO 404 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

9.1 MODIFICACIÓN POR ERROR EN LA ACUSACIÓN POR PRUEBA SOBREVINIENTE.

Cuando la prueba practicada en la etapa del sumario apuntaba a conducta punible diferente a la señalada en un pliego de cargos, o cuando, a pesar de no haberse incurrido en error alguno, es necesario puntualizar la acusación a la prueba que surja en la etapa del juzgamiento. Para resolver este problema se puede acudir a varias soluciones, entre ellas, se puede decretar la nulidad de la acusación por error en la denominación jurídica; o decretar la absolución del procesado, o también modificación de la acusación en la etapa del juzgamiento.

9.1.1 Cuando existe el error en la denominación jurídica de la conducta punible se presente nulidad de la resolución de acusación. Según el artículo 402 del C.P.P. este determina que si se “evidenciare que ha existido un error en la calificación jurídica provisional”, el juez declarara su incompetencia en auto de sustentación motivado y enviará el expediente al juez del circuito proponiéndole colisión de competencias.

El Dr. Jaime Bernal Cuellar en su obra El Proceso Penal dice:

Consideramos que; salvo los casos en que el error en la denominación jurídica del delito afecta la competencia (art 402 C.P.P.), no es posible decretar la nulidad de la acusación por las siguientes razones:

1.La causal de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción se justificó en el sistema existente antes de 1987 (Dcto. 409 de 1971) por que en esa época imperaba un sistema inquisitivo, estructurado sobre principios diametralmente opuestos al sistema acusatorio que rige en la actualidad, por vía de Ej: basta mencionar dos aspectos que diferencian sustancialmente:

a.-. El esquema de congruencia entre la acusación y la sentencia.

b.- La hipertrofia de la etapa de instrucción.¹¹

En mi concepto, las normas de procedimiento deben tomarse en su universo, vale decir, buscando la concordancia con otros artículos, para este caso, el 360 C.P.P.

¹¹ BERNAL CUELLAR, Jaime, Op.cit., p. 559.

que consagro el principio de la taxatividad de las nulidades, aceptando la procedencia de la nulidad de la acusación en la cual se corrige el error integrando la prueba practicada en el juzgamiento que altera la calificación, lo que hace indispensable ubicar las tres causales a saber: incompetencia del funcionario, la comprobada violación de las formas propias de cada juicio, la violación del derecho de defensa, esto para no entrar en controversias con lo que sostiene la doctrina y la jurisprudencia ya que por ser estas normas de orden público y de imperativa observancia.

9.1.2 La acusación puede ser modificada en la etapa de juzgamiento ya que la conducta punible se califica de forma provisional. El objeto de la relación jurídica provisional de la resolución de acusación, en lo que se refiere al hecho que se ha investigado y determina que la acusación es intangible, sabemos que el núcleo central es inmodificable y para ello acudimos nuevamente al estatuto procesal art. 398 numeral 1° C.P.P. Esta situación no ocurre en lo atinente a la denominación jurídica porque como ya expliqué la calificación tiene que ser provisional, regresamos a la norma art. 398 numeral 3° C.P.P.

La variación de la calificación jurídica que pretende corregir errores en la resolución de acusación se puede observar cuando la prueba practicada en el sumario determina una conducta punible distinta a la señalada en el pliego de cargos, Ejemplo: en lugar de hurto, abuso de confianza, también puede ocurrir el no haberse incurrido en error alguno, es necesario ajustar la resolución de acusación a la prueba que haya surgido en la etapa del juzgamiento.

En cuanto al cambio de adecuación típica, es una facultad que tiene el juez que parte del supuesto según el cual no se modifica el núcleo central de la acusación, vale decir, debe conservarse la conducta y el objeto material del tipo penal. Al conservarse la conducta y el objeto materia, el cambio de adecuación típica no tiene limitación alguna.

9.1.3 Absolución por la conducta punible acusada. Siguiendo el orden que me he propuesto es importante referirme al artículo 398 C.P.P. en lo atinente a la calificación jurídica que se realiza en la resolución que es de carácter provisional, es importante determinar que siendo esta el núcleo central del juzgamiento solo puede modificarse la adecuación típica o los elementos estructurantes de la conducta punible y siempre y cuando no se formulen nuevos cargos que la modifiquen sustancialmente.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta los análisis que he realizado a lo largo de este compendio, puedo afirmar, que, si existe equivocación en la calificación genérica del hecho, y el error no es subsanado en la etapa del juzgamiento, no le queda otro camino al juez que proferir sentencia absolutoria. Por la conducta punible que le dio origen a la acusación

9.2 QUIENES SON COMPETENTES PARA MODIFICAR LA CALIFICACIÓN PROVISIONA

Según el artículo 404 C.P.P., este proyecta dos hipótesis en que puede ocurrir la variación de la calificación, el cambio se hacía por el fiscal, por iniciativa de éste o por sugerencia del juez, sin embargo, La Corte Suprema de Justicia en fallo del 18 de julio del 2002 declaró inexecutable por vicios de forma la expresión “si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación”, aquí podemos plantear lo siguiente: El fiscal debe hacer el cambio de la denominación jurídica, por que así se desprende de la interpretación gramatical pero sí él fiscal tiene la iniciativa para realizar la variación, antes de efectuar esta modificación, debe dirigirse al juez para que amplíe la indagatoria al procesado a fin de anunciar la nueva imputación; una vez realizada esta diligencia el fiscal procede a la variación, si él juez niega la ampliación de la indagatoria por obvias razones le esta negando al fiscal la iniciativa.

Así las, cosas el juez también puede cambiar la denominación jurídica ante la inactividad o negativa del fiscal por virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre las normas instrumentales, para ello cuenta con fundamentos constitucionales, La Corte Constitucional sugiere, que el juez puede cambiar la denominación de la calificación jurídica durante la etapa del juicio y por ello resultare innecesario lo planteado por la Corte Suprema de Justicia para evitar fallos absolutorios.

9.2.1 Para cambiar la adecuación típica se debe tener en cuenta: requisitos, trámite y oportunidad. Examinando nuestro ordenamiento procesal encontramos que los funcionarios competentes que pueden adicionar el pliego de cargos son el fiscal y el juez; el acto en que se produce la adición como es obvio suponer es parte integrante de la acusación y delimita definitivamente el objeto de la relación procesal.

Como consecuencia de lo anterior, para mantener la congruencia debe tomarse como base de este conjunto, dos actos jurídicos, vale decir, la acusación y el acto adicional; esta adición la puede hacer el fiscal mediante escrito especial, en cambio el juez mediante acto o durante la diligencia de audiencia pública.

El acto procesal al que me he venido refiriendo tiene un requisito que es de forma, consistente en la claridad y determinación exacta de las modificaciones que se han adicionado al pliego de cargos, por que, hay que tener en cuenta que este no se debe entender como parte integrante del mismo, puesto que las nulidades a las que nos hemos venido refiriendo son aplicables al acto que introduce los cambios en la resolución de acusación.

Como ya lo explicamos en puntos anteriores, solo a partir de la resolución de acusación, una vez ejecutoriada, el fiscal continúa como acusador y como lo

determina la norma, en calidad de sujeto procesal. En este orden de ideas la decisión del juez tampoco es susceptible de recursos, puesto que el control sobre la nueva calificación se hará únicamente en la sentencia.

La oportunidad para el cambio de adecuación, vale decir, la variación de la calificación jurídica provisional puede adoptarse durante la etapa del juzgamiento siempre y cuando se haga antes de que concluya la diligencia de audiencia pública, es importante tener en cuenta que si el error proviene del calificadorio, la adecuación típica puede realizarse cuando se advierta el error, allí no importaría el estado en que se encuentre el juicio, aclarando que esto puede hacerse antes de que termine la audiencia. Subsanaando el error que proviene de la acusación, solo es posible un nuevo cambio de adecuación como lo había tratado en puntos anteriores cuando existan pruebas sobrevivientes; no le es permitido ni al juez ni al fiscal cuando estos ya hubieran realizado la variación que hagan nuevos cambios sin soporte de nuevas pruebas que aparezcan en el juicio; por que en primer lugar se afectaría el debido proceso, y se estaría afectando claramente dos principios rectores del estatuto procesal como son: el de la lealtad (art. 17 C.P.P.) y el principio de la preclusión de las etapas procesales por eso, teniendo en cuenta el artículo 404 C.P.P. este no se refiere a la hipótesis en que el error de la denominación jurídica surge del calificadorio, sino al que se produce por prueba sobreviviente; por lo cual cuando existe error en la valoración producida en la resolución de acusación no hay que esperar que finalice la práctica de pruebas en la audiencia.

Si el calificadorio es correcto, el cambio solo puede producirse cuando se han practicado todas las pruebas, aquí la finalidad del acto procesal que adiciona la acusación, es la de ajustar el pliego de cargos, ya que no tendría sentido modificar la acusación cuando el debate no ha concluido.

El artículo 342 inc.2° C.P.P. determina que en el evento que existan fundamentos para variar la calificación jurídica provisional, ineludiblemente debe ampliarse la indagatoria; esta la debe realizar el juez como titular de la acción penal tal como lo prescribe el artículo 26 C.P.P.

Puede ocurrir que cuando se decreta la nulidad de lo actuado por incompetencia originada en error en la denominación jurídica, creo que es necesario decretar la nulidad desde el cierre de la investigación y en ese caso de contera, la indagatoria queda en manos del fiscal instructor.

9.3 CUANDO NO ES POSIBLE VARIAR LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS

El acto procesal con el cual se adiciona la acusación no sirve como medio para cuestionar la responsabilidad, puesto que, como ya se anoto no constituye instrumento para calificar nuevamente el mérito del sumario. Lo que significa que no es posible incluir hechos que desborden el núcleo central de la acusación con

la finalidad de suplir omisiones del pliego de cargos, en lo que se refiere a los términos de la relación procesal.

Por otra parte si el acervo probatorio aportado en la etapa del juzgamiento demuestra la existencia de otra conducta punible, no controvertida, no debatida en la etapa del sumario no puede someterse a juzgamiento; pero si esta en la obligación de compulsar copias para que el nuevo comportamiento ilícito se investigue por separado.

9.4 LA PRESCRIPCIÓN Y ADECUACIÓN TÍPICA

Cuando se profiere resolución de acusación y ésta se encuentra debidamente ejecutoriada nos encontramos que esta interrumpe formalmente la prescripción siempre y cuando en la etapa de juzgamiento

No se produzca un cambio de adecuación típica o de un elemento estructurante del hecho punible.

Sobre el cómputo del término de prescripción La Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

El nuevo ordenamiento penal (ley 599 de 2000), introdujo un cambio sustancial en cuanto a la manera de calcular el lapso de prescripción de la acción penal en la etapa del juzgamiento, cuando se trata de delitos cometidos dentro del país, por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, según lo ha considerado mayoritariamente la sala. El nuevo código penal (ley 599 de 2000) al tenor de los incisos 1° y 5° del artículo 83 al máximo de pena privativa de la libertad prevista en la ley, primero se suma la tercera parte y luego se divide por dos. En el ejemplo, partiendo de un máximo de 8 años (96 meses), se aumentará una tercera parte lo que nos dará 128 meses que, al dividirse por 2, dará un guarismo de 64 meses, esto es de 5 años 4 meses.¹²

¹² SALA PENAL. Sentencia 7 de diciembre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jorge Córdoba Pineda.

10. ANTECEDENTE HISTÓRICO

10.1 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DECRETO 0050 DE ENERO 13 DE 1987

Me voy a referir a ésta norma en lo atinente al tema que vengo exponiendo por sugerencia del profesional que conceptúo sobre el proyecto Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta el debido proceso.

En el Decreto 0050 de 1987, surge la figura de la: Variación de la Calificación que fue motivo de controversia y por lo tanto el decreto 1861 de 1989, a través del artículo 32 C.P.P. introdujo reformas al artículo 501 del C.P.P. de la época que me estoy refiriendo, en vista que desapareció de la normatividad el artículo 533 ibidem (concordancia entre la acusación y la sentencia) que le había generado dificultades para interpretar el artículo 501 (variación de la calificación provisional). Con la nueva redacción de esta norma se pretendió facilitar al juez competente, la posibilidad de variar la calificación provisional que hizo el juez de instrucción criminal en la resolución de acusación.

Se autorizó al juez competente, para que a través del auto interlocutorio, pueda variar la calificación provisional que hizo el juez de instrucción criminal, no solo cuando aparecieron nuevas pruebas en la etapa de la causa, sino cuando considere que las pruebas arrimadas a la etapa sumarial permitían la calificación, de otra manera. Esta determinación debía tomarse en un auto interlocutorio, que debía en la parte motiva, indicar claramente cuales eran las circunstancias que originaban el cambio de calificación. Dicha providencia debía notificarse, de igual manera que todo auto interlocutorio, y por lo tanto, admitía los recursos de reposición y de apelación.

El auto podía dictarse desde que se recibía el proceso por el competente, obviamente, con la resolución de acusación ejecutoriada, hasta antes de terminar la audiencia pública, inclusive dentro de ella; dicho auto era apelable en el sistema suspensivo, lo que significaba que paralizaba el trámite del proceso hasta que no sea calificado por el superior.

Por último es conveniente resaltar que con la estructura del nuevo estatuto procesal penal que tratamos, desaparecen del ordenamiento jurídico colombiano algunas nulidades que se aceptan en la actualidad; v.gr., desaparece la nulidad por error en la denominación jurídica del delito porque la resolución de acusación contendrá una adecuación típica provisional y, en consecuencia los errores en que incurrió el juez al calificar el mérito del sumario, pueden ser subsanados al momento de proferir la sentencia correspondiente.

10.2 DECRETO 2700 DE 1991

La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible como la trae determinada el nuevo código penal, no la encontramos determinada así en el Dcto. 2700 de 1991, sino en el artículo 442 numeral 3° que dice: “La calificación jurídica provisional” dicho artículo determina los requisitos formales de la resolución de acusación. En la resolución de acusación el objeto de la relación jurídico procesal en lo que atañe al hecho investigado por el fiscal, que se acusa es intangible, pues el núcleo central es inmodificable, (art. 442 numeral 1° C.P.P.). No ocurre lo mismo en lo referente a la denominación jurídica, por que repito nuevamente, la calificación tiene que ser provisional, como garantía del derecho de defensa y en virtud del principio de preclusión de las etapas procesales. Es importante aclarar que en lo atinente a la función acusadora que tiene el fiscal no se agota con la formulación de los cargos contenidos en la resolución que califica la investigación, pues la etapa de la investigación es una fase preparatoria del juzgamiento. Lo único que pierde el fiscal es la dirección de la investigación (artículo 444 C.P.P.) más no la función de acusación, puesto que conserva la calidad de sujeto procesal (artículo 249, inc. 2° ibidem.) y como tal soporta la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado, por lo tanto, es quién tiene la obligación de dar cumplimiento a los principios rectores de prevalencia del derecho material, artículos 228 Constitución Nacional y 9 del C.P.P. y de corrección de los actos irregulares como lo determina el artículo 13 ibidem.

- En la revisión del Decreto 2700 de 1991 respecto de la variación jurídica provisional y miraba, que se mantenía El principio de la congruencia o consonancia que debe existir entre el pliego de cargos y la sentencia, que no solo garantiza el derecho de defensa, sino la estructura jurídica y lógica del proceso.

Es necesario anotar que en la ley derogada como en la actual la congruencia no puede entenderse como un requisito de perfecta armonía e identidad en los juicios de acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso se desarrolla alrededor de eje conceptual fáctico-jurídico.

El límite del código anterior era el correspondiente al capítulo del código penal, vale decir si se acusaba por homicidio agravado, se podía condenar por homicidio simple, culposo o preterintencional; si el hecho se había imputado al procesado a título de coautor se podía condenar como cómplice, es decir, que en ninguno de estos casos se tendría rota la congruencia.

Como consecuencia de lo anterior lo más grave que le podía ocurrir a un acusado es que fuera condenado por los cargos que le fueron imputados en la resolución de acusación; los cuales se podían cambiar por delitos de menor identidad, y esto no viola la consonancia, no ocurría lo mismo cuando el juez al condenar lo hacía por fuera del capítulo correspondiente, esto es, cambiando la denominación

jurídica, así fuera a favor del procesado, vale decir si se acusaba por tentativa de homicidio se podía condenar por lesiones personales.

11. EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es aquel que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material y circunscribiéndonos al tema que estamos tratando determinemos varios aspectos que abarca el debido proceso, entre ellos: el derecho al juez natural, identificado éste con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer la jurisdicción en determinado proceso de acuerdo a la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecido por el legislador entre los miembros de la judicatura.

Los derechos a que me estoy refiriendo están esbozados en la sentencia de la Corte Constitucional, de enero 12 de 1993, magistrado ponente, Jaime Sanín. El derecho a la defensa judicial, entendida como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para hacer oír y obtener una decisión favorable. De éste derecho hacen parte, el derecho al tiempo, a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las personas que intervienen en el proceso.

El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso no se vea sometido a dilaciones injustificadas, inexplicables. El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellos atribuidos al ejecutivo y al legislativo.

También tiene el derecho a la imparcialidad del juez, funcionario que siempre deberá decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

11.1 LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL

La Constitución Política de Colombia determina un esquema procesal fundamentado en la independencia del juez, se determina etapas y funciones diferentes a las del fiscal y a cada uno de los momentos procesales, sin que le sea permitido al juez intervenir en la investigación o acusación, de igual manera el fiscal pierde la titularidad de la acción penal a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, como ya lo explicado, en este momento se inicia la etapa del juzgamiento.

El monopolio de la investigación señalado en la Constitución y desarrollado en el código de procedimiento penal lo tiene la fiscalía, puesto que el juez no puede tener ninguna intervención en la etapa de instrucción y acusación. Pero no hay que perder de vista que el juez puede ejercer controles dentro o fuera del proceso, y para ello me estoy refiriendo al habeas corpus, al control de legalidad de las medidas de aseguramiento y de los beneficios otorgados por la fiscalía; tampoco podemos olvidar, la acción de tutela aunque no tenga ninguna injerencia en las etapas investigativa y acusatoria.

El control de legalidad de las medidas de aseguramiento, no implica una intromisión en la acusación ni en el resquebrajamiento del esquema determinado en la Constitución Nacional ya que dicho control jamás puede convertirse en una tercera instancia, dado que a través del mismo juez no puede dictar medidas de aseguramiento por que esta misión esta reservada exclusivamente al fiscal. El juez tampoco puede revocarla, pues su función es constatar si se han violado los derechos fundamentales, respetando el debido proceso al que me he venido refiriendo, con el fin de invalidar la medida de aseguramiento en el caso de comprobar tales violaciones. No puede el juez evaluar la prueba a fin de anteponer su criterio al fiscal, lo que significa que el juez no puede determinar si se dan o no los presupuestos materiales para decretar la libertad del procesado.

11.2 EL DEBIDO PROCESO EN LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DE LA CONDUCTA PUNIBLE.

Este tema de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible contenida en el artículo 404 C.P.P. esta indisolublemente ligado con el concepto del juez imparcial en Colombia por que existe una discusión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, si la calificación dada por el fiscal es intangible, o si por el contrario puede ser modificada por el mismo fiscal o por el juez, aspectos estos que ya he tratado a profundidad en el capítulo anterior; esto es importante para preservar el principio de congruencia entre la calificación provisional y la sentencia; si se respeta el principio de la imparcialidad del juez y el monopolio de la fiscalía, habría que concluir que solo el fiscal puede acusar lo que implicaría, que le quedaba vedado al juez en esa materia y en cualquier etapa del proceso acusar.

En este orden de ideas el concepto del juez imparcial se resumiría en una doble consecuencia:

- ✓ que el juez no puede acusar;
- ✓ que el juez no puede ordenar o sugerir la modificación de la acusación, porque disponer que la acusación estuvo mal formulada por parte de la fiscalía para ordenar que la misma se cumpla en los términos que el juez ha expuesto, lo que significaría por obvias razones que el juez podría acusar; puesto que si el fiscal

acepta la insinuación del juez y hace las variaciones o el ajuste a la acusación se traduce entonces simple y llanamente que los cargos los ha formulado el juez.

En nuestro país en el cual no existe en mi criterio una certeza jurídica son plurales los criterios que se debaten al respecto, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la resolución de acusación es intangible, como ya lo explique solamente de esta manera se puede cumplir con la regla de congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia; otros sectores se inclinan por la hipótesis de que si es posible la modificación de la acusación otorgándole unas facultades al juez, y otras repito, radican la facultad únicamente en el fiscal.

Desde luego, si lo tomamos exclusivamente por la parte formal de la acusación, estarían acertados quienes sostienen que la acusación definitivamente formulada en la resolución, es la que dicta el fiscal al calificar la instrucción, siempre y cuando esta se encuentre ejecutoriada, lo que significa que el debate público gira de acuerdo a los cargos formulados en aquel acto procesal.

De acuerdo al estudio que he realizado a lo largo de este compendio, que en ningún momento pretende ser completo en todas sus partes por lo complicado del tema, sobre el anterior planteamiento observo un gran inconveniente, pues se tornaría inútil la etapa probatoria del juicio por que si dentro de esta nueva etapa probatoria, se demuestran hechos que ameriten otra calificación jurídica, la calificación provisional no podría modificarse, y el juez se encontraría en dos posibilidades que serían un dilema jurídica, tendría que decretar la nulidad de la actuación o de absolver al procesado a pesar de que existe prueba sobre su responsabilidad respecto de un hecho diferente al que motivo la acusación.

El artículo 404 del C-P: P. Es claro al respecto y todas estas discusiones se dan por la inestabilidad de la ley procesal en Colombia que se adecua a las circunstancias del momento histórico.

Sobre el debido proceso discurre el Doctor Fernando Velásquez V. citado por Forero José dice:

En sentido amplio el debido proceso es el conjunto no solo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse por que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiere a la libertad individual sea fundamentalmente válida; si no también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia, de la seguridad en cuanto no se lesione de manera indebida la seguridad propuesta como intangible para el ciudadano en el Estado democrático.

En sentido restringido, la doctrina define el debido proceso como todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y

cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de la resolución de las resoluciones judiciales con forma a derecho. Desde ese punto de vista, entonces, el debido proceso es el principio madre o generatriz de la cual dimanar todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado.¹³

Es importante recordar que la serie de interpretaciones dadas al artículo 404, han ocasionado muchas libertades, que se han fundamentado en errores jurídicos; y muy respetuosamente me permito recordarles a los juristas que no debemos olvidar que las garantías procesales también deben predicarse con relación a las víctimas. Para ello puedo basarme en un principio constitucional contenido en el artículo 13 que refiere que todas las personas son iguales frente a la Ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

La segunda solución que expuse tampoco satisface puesto que tiene un doble inconveniente que me permito explicar;

- Por que estaría afirmando que es nula la calificación, siendo que cuando se dicta dicha resolución, el debido proceso se había dado en todas sus fases puesto que la resolución de acusación la dicto el funcionario competente por los hechos demostrados ese momento y calificados acertadamente por el fiscal.

De otra parte se estaría atentando contra el principio del juez imparcial, por que el juez le ordenaría al fiscal la forma de acusar y éste perdería el monopolio de la acusación, puesto que tendría que aceptar la intromisión del juez.

Este nuevo código, o sea, la Ley 600 de julio 24 de 2000, le da a la etapa del juicio una gran importancia por que busca que el mayor debate probatorio se haga en la audiencia pública. De allí que el fiscal deba cerrar la investigación una vez que escoja prueba suficiente para calificar y sin agotar toda la prueba.

En estas condiciones procesales adquiere una gran importancia el principio de inmediación de la prueba y el código de procedimiento penal nos da las herramientas, a pesar de que la prueba se la haya practicado en la fiscalía, el legislador ha querido que en la audiencia, el debate probatorio se ventile en toda la etapa procesal que se denomina juzgamiento y no en el sumario a diferencia del juez de instrucción de ayer, él fiscal de hoy puede cerrar la investigación cuando concurra al proceso prueba que le permita hacer la calificación.

¹³ FORERO B., José M. Los Derechos Fundamentales y su Desarrollo Jurisprudencial. Bogotá : EDITEXTOS J.U., 1993. p. 169.

También se concreta el derecho de contradicción en la facultad que todos los sujetos procesales pueden valorar de manera particular los hechos reconstruidos dentro del proceso mediante diferentes medios probatorios exponiendo cada uno de ellos sus propias tesis.

De allí que el postulado del debido proceso es equivalente a otro principio de la ley sustancial que consagra a la legalidad referido a la conducta punible y a la pena. Que son dogmas legales puesto que su inobservancia hace irrelevante la condena o enervar el juzgamiento.

CONCLUSIONES

- Este trabajo, tiene como objetivo fundamental recolectar las diversas teorías que han surgido del análisis jurídico del artículo 404 del C.P.P. referente a la “Variación de la calificación jurídica provisional” vista por mi parte desde la óptica del debido proceso, que es equivalente a otro principio como es el de la ley sustancial que consagra la legalidad referida a la conducta punible.
- El objetivo fundamental del proceso penal es el descubrimiento de la verdad real e histórica, y que su principal protagonista, el reo, es también un ser humano que puede ser inocente, o de ser culpable, es merecedor de un trato humanista.
- Lo que he visto y he analizado respecto de la variación de la calificación jurídica provisional, se traduce en lo siguiente: Que lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es la adecuación típica de la conducta punible; a lo largo del proceso he analizado a través de esta monografía, que en nuestro sistema procesal, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica, lo que significa que solo se puede modificar la segunda, puesto que el artículo 404 del C.P.P. a la letra dice: que el comportamiento, naturalísticamente considerado como acto humano y como acontecer real no puede ser tocado.
- Aprendí también, a lo largo de este estudio que la conducta humana comprende una fase subjetiva y una fase objetiva o externa; sobre este aspecto me permití tomar la explicación que al respecto ha dado la Corte Suprema de Justicia: “La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”, es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como un acto humano, como el acontecer real, no puede ser trocado; la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa.

La imputación subjetiva, son las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de este, vale decir que su adecuación es típica y puede ser variada; y la objetiva o externa, se refiere a los elementos esenciales ya que pueden ser cambiados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto; lo que significa que lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica y conducta básica. Lo implica que no puede ser cambiado ni extralimitado, ya que al alterarlos se estaría en presencia de otro comportamiento atribuyéndose otros hechos, otra conducta punible no incluida en el pliego de cargos.

- También toque el tema que la variación de la calificación jurídica provisional no opera cuando solo se cambia el nomen juris por sucesión de leyes; esto significa que frente a este fenómeno jurídico de sucesión de leyes en el tiempo, ocurre que, si la conducta sigue siendo delito en la nueva legislación, pero cambia el nomen

juris no es necesario variar la calificación, sino que basta simplemente la adecuación típica del comportamiento que se modificó en la nueva ley, así de esta manera no se afectaría el principio de congruencia ni se violaría el derecho de defensa.

El decreto 0050 de 1987 fue un pilar fundamental que abrió las puertas a las nuevas concepciones procesales, respecto de la variación de la calificación, esta novedad jurídica fue objeto de muchas controversias, que llevó al gobierno a dictar el decreto 1861 de 1989, el cual a través de su artículo 32 introdujo reformas al artículo 501 ibidem, para evitar las dificultades que existían para interpretar el artículo citado, la norma pretendió facilitar la posibilidad de variar la calificación provisional que realizaba el juez de instrucción criminal en la resolución de acusación. Y autorizó al juez competente para que a través de un auto pudiera variar la calificación provisional que hizo el juez de instrucción criminal, no solo cuando aparezcan nuevas pruebas, sino cuando considere que las pruebas aportadas en la etapa sumaria permiten la calificación de otra manera, decisión que debe tomarse mediante auto interlocutorio, sujeto a recursos.

- También revise el Dcto. 2700 de 1991 respecto de la variación jurídica provisional y miraba, que se mantenía el principio de la congruencia o consonancia que debe existir entre el pliego de cargos y la sentencia, que no solo garantiza el derecho de defensa, sino la estructura jurídica y lógica del proceso.

Es necesario anotar que en la ley derogada como en la actual la congruencia no puede entenderse como un requisito de perfecta armonía e identidad en los juicios de acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso se desarrolla alrededor de eje conceptual fáctico-jurídico.

El límite del código anterior era el correspondiente al capítulo del código penal, vale decir si se acusaba por homicidio agravado, se podía condenar por homicidio simple, culposo o preterintencional; si el hecho se había imputado al procesado a título de coautor se podía condenar como cómplice, es decir, que en ninguno de estos casos se tendría rota la congruencia.

Como consecuencia de lo anterior lo más grave que le podía ocurrir a un acusado es que fuera condenado por los cargos que le fueron imputados en la resolución de acusación; los cuales se podían cambiar por delitos de menor identidad, y esto no viola la consonancia, no ocurría lo mismo cuando el juez al condenar lo hacía por fuera del capítulo correspondiente, esto es, cambiando la denominación jurídica, así fuera a favor del procesado, vale decir si se acusaba por tentativa de homicidio se podía condenar por lesiones personales.

Por otra parte en la ley procesal anterior se determinaba que la resolución de acusación era intangible, vale decir que en el curso del juicio no se podía variar la calificación y ese desatino, cuando se afectaba la calificación, la estructura del

proceso la única manera de remediar era decretando la nulidad, pero ello ocurría en dos casos: a.) cuando en la denominación jurídica se presentaba un vicio sobre un genero del delito, lo que implicaba cambio de capítulo, Ejemplo: si se profería resolución de acusación por estafa y posteriormente aparecía que se trataba de peculado, y b.) cuando el error en la calificación afectaba la competencia, por Ejemplo: se acusaba por homicidio común y se encontraba que era terrorista. En el primer caso la nulidad se decretaba a partir de la resolución de acusación y en el segundo caso se debía plantear conflicto de competencias.

- Hoy en día contamos que a partir de enero de 2005 entrará a regir el sistema acusatorio penal donde el juicio es oral, aunque no me referí en los capítulos anteriores sobre este tema, hago referencia por la importancia que él tiene, en el cual la actuación procesal se surtirá en audiencias públicas destacándose la oralidad como principio rector, las decisiones judiciales se adoptarán verbalmente en la misma audiencia, se notificarán por estrados; este esquema consagra dos etapas: 1. Pre-procesal, de indagación e investigación, el fiscal será el guardián de la legalidad de la actuación de la policía judicial y el juez de garantía de la actividad de los dos que controla los plazos perentorios, y la 2. Principal que la constituye el juicio oral y público.

El debido proceso al cual me he referido a lo largo del trabajo, es aquel que satisface todos los requerimientos y exigencias necesaria para garantizar la eficacia del derecho material; la Constitución Nacional determina un esquema procesal fundamentado en la independencia del juez, determina etapas y funciones diferentes a las del fiscal, y no se permite al juez intervenir en la investigación, de igual manera el fiscal pierde la titularidad de la acción penal a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación. Como se puede observar el debido proceso es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, y que le asegura, que se le respeten sus derechos fundamentales y que las diferentes interpretaciones dadas al artículo 404, ya citado, ha ocasionado muchas libertades de procesados fundamentados en errores jurídicos, y no debemos olvidar que las garantías procesales también deben predicarse en relación con las víctimas.

A Colombia la conocemos entre nosotros como un país de leyes, demasiadas leyes diría yo, donde se producen cascadas legislativas a cada instante y para cada conflicto económico o social, legisla el congreso, legislan las altas cortes, legisla el presidente, legisla el consejo superior de la judicatura, sin perder de vista, que la fiscalía general de la nación legisla paralelamente.

El aplicar las normas en concreto, él adecuarlas al mundo real se ha convertido para nuestros jueces y fiscales en una labor de titanes en el caso sub-judice del artículo 404 todos quedan sometidos a todas las interpretaciones ya explicadas.

- Definitivamente el derecho penal y el procesal penal en nuestro país constituyen una inseguridad jurídica, sin coherencia, sin sistematización, sin estudios previos de política criminal definidos. Todo se soluciona desde hace años al vaivén de los acontecimientos, se utiliza la amenaza penal y los rigorismos procesales para tender una cortina de humo para los acontecimientos específicos y bajo estas circunstancias esta naciendo el nuevo sistema penal acusatorio.
- Es necesario que regresemos al mundo de los sabios juristas, de los filósofos del derecho, de los hombres de la academia, y de los funcionarios judiciales que tienen como principal misión servir a la justicia y a la sociedad que constituyen un bloque de búsqueda de la dignidad nacional. No entreguemos innecesariamente la academia judicial a ideologías ajenas a nuestra tradición.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL CUELLAR, Jaime. El Proceso Penal. 4 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2002. 575 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 760 del 2001 M.P. Dr. Gerardo Monroy Cabra.

_____. Nuevo Código penal y nuevo código de procedimiento penal, Bogotá : Momo, 2004. 352 p.

_____. Nueva Constitución Política de Colombia, Bogotá : Unión, 2003. 208 p.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Programa Justicia USAID – MSD, Memorias Plan Nacional de entrenamiento Defensores Públicos. Santa fe de Bogotá : Gente Nueva, 1999. v.2, 391 p.

ESPITIA GARZÓN, Fabio, Instituciones del Derecho Procesal penal, 4 ed. Bogotá : Legis, 2003. 453 p.

FORERO B., José M. Los Derechos Fundamentales y su Desarrollo Jurisprudencial. Bogotá : EDITEXTOS J.U., 1993. 263 p.

FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Bogotá : Temis, 1982. 415 p.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Derecho Procesal. Bogotá : Temis, 1982. 420 p.

MOSQUERA MORENO, Luis A. Introducción al Sistema Penal Acusatorio. Medellín : Litografía Glacial, 2004. 235 p.

ROJAS, Miguel Enrique, Teoría del Proceso, Departamento de Publicaciones. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2002. 461 p.

SAN PEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, La humanización del Derecho Procesal Penal, Bogotá : Legis, 2003. 336 p.

VARGAS VARGAS, Pedro P. y LONDOÑO HERRERA. Procedimiento Penal de Colombia, Bogotá : Ediciones Doctrina y Ley, 2002. 854 p.

WHANDA FERNÁNDEZ, León. Procedimiento Penal Constitucional. 2 ed. Bogotá : Librería Ediciones del Profesional, 2003. 263 p.