

Auto. Rad. 40093 15/08/13 MP. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

S.P.A. REITERA LA SALA QUE EL JUEZ PUEDE EMITIR DECISIÓN POR UN DELITO DIFERENTE AL DE LA ACUSACIÓN SIN QUE MEDIE PETICIÓN EXPRESA DE LA FISCALÍA SIEMPRE QUE SE TRATE DE OTRO DELITO DEL MISMO GÉNERO Y DE MENOR ENTIDAD

ANTECEDENTES.

ARS fue condenado por homicidio agravado en grado de tentativa. Acudió en sede de revisión alegando la causal séptima de la ley 906 de 2004 consistente en cambio jurisprudencial favorable. Cita la sentencia 38256 del 21 de marzo de 2012 la cual, afirma, “*superpone el nicho citacional de la sentencia que sirvió de base para la decisión de condena, esto es, la dictada el 8 de junio de 2011, radicado No. 34022 y de la sentencia de la Corte Constitucional C*

—
025 de 2010

”. Lo anterior, para decir que con dicha decisión y la sentencia 37596 del 7 de diciembre de 2011, se vuelve a un criterio jurisprudencial anterior en el que para la variación de la calificación en casos de ley 906 de 2004, se requiere la solicitud expresa de la Fiscalía.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Variación de la calificación jurídica / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Imputación fáctica y jurídica de los cargos: excepción

«El accionante arguye que la Sala de Casación Penal varió su postura en relación con los condicionamientos requeridos para que el juez pueda variar, en la sentencia, la calificación jurídica de la conducta por la cual la Fiscalía acusa y solicita condena.

(...)

El punto en discusión, según la demanda, estriba en el primer requisito, pues de acuerdo con el recorrido jurisprudencial que se trae en la misma, la Sala ha variado su criterio entre la exigencia y no exigencia de la petición expresa de la Fiscalía, aspecto que, dice el revisionista, finalmente definió en el auto del 21 de marzo de 2012, radicado No. 38.256, en la que se volvió al criterio recogido, que advierte la necesidad de que la Fiscalía solicite de manera expresa que el juez se aparte de la imputación jurídica formulada en la acusación, para viabilizar su cambio, siempre, claro está, se den los restantes condicionamientos.

(...)

El hecho de que en esta ocasión la Sala haya comentado un criterio que, como lo acepta el mismo demandante, expresamente recogió en la sentencia de casación del 16 de marzo de 2011, radicado No. 32.685, en la que retomando otros antecedentes, dijo: “Si bien en el precedente citado por el defensor de (...) (3), la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación

verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado....”(se ha destacado).

Oportunidad en la cual reiteró la Sala que en relación con la imputación fáctica, los jueces de instancia, bajo ningún pretexto, se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 de la Ley 906 de 2004; pero tratándose de la imputación jurídica, esa posibilidad se viabiliza siempre que “se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad”, degradación que opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación. En el precedente citado por el censor como base de su pretensión revisora, nunca se hizo una manifestación expresa sobre la voluntad de recoger el criterio que a partir de la sentencia casación del 16 de marzo de 2011 se viene ratificando pacíficamente, al punto que ni

siquiera se reflexionó con mayor profundidad sobre el requisito específico aquí alegado, por lo que puede afirmarse que dicho precedente apenas contiene un comentario aislado de un antecedente que, en punto de la exigencia de solicitud expresa de la Fiscalía para proceder al cambio de la calificación jurídica en la sentencia, ya no tenía vigencia alguna, como no lo tiene en la fecha.» **DECISIÓN.** Rechaza