

Proceso No 23871

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 061

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto del dos mil cinco (2005).

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados 7° Penal del Circuito y 4° Penal del Circuito Especializado de Medellín, para adelantar el juzgamiento en contra de Carlos Mario Triana Vásquez, a quien las Fiscalías 190 Seccional y 7ª Delegada ante el Tribunal de la misma ciudad acusaron como responsable de los delitos de conservación de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, porte ilegal de armas de fuego y municiones de defensa personal, porte de estupefacientes y falsedad personal.

ANTECEDENTES

1. El 20 de diciembre del 2000 un funcionario de la Policía Judicial de Medellín solicitó al fiscal de turno el allanamiento del inmueble de una casa de la calle 124, del barrio Popular de esa ciudad, con el fin de lograr la aprehensión de Carlos Mario Triana Vásquez, en contra de quien existía una orden de captura vigente. Agregó que “labores de inteligencia” señalaban que el mismo guardaba armas de fuego

ilegales.

La fiscalía accedió al pedido. En la madrugada del día siguiente se allanó el inmueble. En el lugar fueron encontrados Carlos Julio Agudelo Vásquez y quien dijo responder al nombre de Jesús Emilio Zapata Montoya y se identificó con la contraseña de la cédula 98.696.497 de Medellín, pero realmente se trataba de Triana Vásquez.

Esta persona, cuando ingresó la autoridad, arrojó por una ventana una pistola nueve milímetros con un proveedor para 20 cartuchos. Encima de un muro situado junto a una cama se halló una granada de fragmentación y, dentro de una mesa, dos paquetes que contenían 50 gramos de marihuana. En otra habitación, dividida por una pared, había una pistola calibre 22.

2. Adelantada la investigación, el 14 de mayo del 2001, Agudelo Vásquez se acogió a sentencia anticipada y aceptó los cargos formulados por la fiscalía.

3. El 6 de agosto del 2001 la fiscalía especializada acusó al señor Triana Vásquez como autor de un concurso de delitos de porte de armas de fuego de uso restringido de la fuerza pública, porte de armas de defensa personal y falsedad personal, previstos en los artículos 1° y 2° del decreto 3664 de 1986, que fuera adoptado como permanente por el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991, y en el artículo 296 del Código Penal del 2000, respectivamente.

4. El proceso correspondió al Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado. El 28 de septiembre del 2001 lo remitió al reparto de los juzgados del circuito, porque consideró que se estaba ante la conservación de las armas.

5. El Juzgado 28 Penal del Circuito adelantó el juzgamiento, pero el 2 de noviembre lo devolvió al especializado porque, dijo, la conservación competía a esa jurisdicción.

6. El Juzgado 4° Especializado reasumió el trámite. El 12 de septiembre del 2002, con fundamento en el artículo 1° del Decreto 2001 del 2002, devolvió las diligencias al penal del circuito.

7. El Juzgado 28 Penal del Circuito retomó el juicio y el 20 de enero del 2003 profirió sentencia condenatoria.

La decisión fue apelada por el defensor. El 11 de abril de ese año, el Tribunal Superior de Medellín declaró la nulidad desde la acusación y concedió la libertad provisional al sindicado. Afirmó que los cargos formulados fueron por el porte, no por la conservación, de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, conducta que coincidía con lo realmente sucedido, y cuya investigación correspondía al fiscal seccional, no al especializado.

8. El 17 de diciembre del 2004, la Fiscalía 190 Seccional calificó de nuevo el proceso. Acusó al sindicado como autor de los delitos de conservación de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (aunque indistintamente habló de conservación, tenencia, posesión y porte), porte de armas y municiones de defensa personal, porte de estupefacientes y falsedad personal, tipificados en los artículos 296, 365, 366 y 376 del Código Penal del 2000. La resolución fue confirmada por la Fiscalía 7ª Delegada ante el Tribunal el 11 de marzo del 2005.

9. El Juzgado 7° Penal del Circuito de Medellín asumió el trámite de la causa, pero el 31 de mayo siguiente se declaró incompetente y, con la propuesta de conflicto negativo, envió el expediente al reparto de los juzgados especializados, por considerar que la conservación de armas de uso de las fuerzas armadas estaba asignada a estos servidores judiciales.

10. El 16 de junio del 2005, el Juez 4° Especializado aceptó la colisión y rechazó la competencia. Afirmó que la decisión anulatoria del Tribunal era de obligatorio acatamiento

tanto para el juez del circuito como para el especializado, toda vez que cumplía como superior funcional de ambos. Así, concluyó, la tipificación respecto de las armas de uso restringido de la fuerza pública, debía darse por el porte (de competencia de los jueces del circuito) y no por la conservación (de los especializados).

11. El expediente se envió a la Corte para que se resuelva el asunto.

## CONSIDERACIONES

1. La pugna se presenta entre el Juzgado 7° Penal del Circuito y el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Medellín.

De conformidad con el inciso 2° del artículo 18 transitorio de la Ley 600 del 2000, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia corresponde resolver

los conflictos de competencia que se presenten en asuntos de la jurisdicción penal entre los jueces penales del circuito especializados y un juez penal del circuito.

2. La Corte observa que una serie de equivocaciones de los servidores judiciales a cargo de la investigación ha llevado a que un caso en principio sencillo, se haya complicado en extremo, al punto tal que a pesar de que ha transcurrido casi un lustro desde que se cometió la conducta (con captura en flagrancia), no ha sido resuelto de manera definitiva, ha estado al borde de la prescripción de la acción penal y fue menester decretar una excarcelación provisional por vencimiento de los términos legales.

Todo ello desdice de la administración de justicia y lesiona garantías fundamentales como una pronta y cumplida justicia y el derecho del procesado a que su situación sea resuelta sin dilaciones injustificadas.

A guisa de ejemplo, obsérvese:

a) El Tribunal declaró la nulidad de la acusación, pues consideró que la conducta que recogía lo relacionado con el arma de uso privativo de la fuerza pública era el porte, no la conservación, y que, por tanto, la calificación solo la podía proferir el fiscal seccional (competente para conocer del porte) y no el especializado (a quien la ley le asignó la conservación).

Pero olvidó que el acto de clausura exige plena competencia, porque si bien cualquier delegado de la fiscalía puede instruir, solo en quien recaigan todos los factores de competencia está habilitado para ordenar el cierre.

En el supuesto de asistírle la razón, la Corporación pasó por alto que tratándose del instituto de la nulidad, ésta puede ser declarada parcialmente, en aplicación del principio de que solo se debe invalidar lo estrictamente necesario para reparar la irregularidad, y en relación con la mayoría de los delitos no habría existido incompetencia.

b) El fiscal especializado, en la primera calificación, concluyó que se estructuraba el porte. En la segunda, el seccional se pronunció por la conservación del elemento bélico de uso de la fuerza pública. En cada caso, la inferencia les impedía calificar el sumario por ese delito, adjudicado al funcionario opuesto.

Además, el segundo delegado de la fiscalía (también el juez del circuito) tipificó la conducta en la conservación. Así, desconoció, sin el obligatorio argumento probatorio y jurídico que justificara el disenso, que el juez de segunda instancia anuló la actuación previa precisamente por considerar que la adecuación acertada no era esa, sino el porte.

c) Los jueces aprehendieron el conocimiento del juzgamiento, y solo avanzado el mismo, se percataron de su incompetencia, trabando el conflicto.

3. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, además de resolver los casos que por mandato constitucional y legal le competen, debe cumplir una labor pedagógica. Bajo tal supuesto, estima necesario deslindar cuáles deben ser las acepciones que se deben adoptar sobre las múltiples conductas alternativas previstas en los artículos 365 y 366 de la Ley 599 del 2000.

Debe partirse de la premisa de que las palabras de la ley han de ser entendidas en su sentido natural y obvio, esto es, el gramatical, “pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”, según reza el artículo 28 del Código Civil. De ahí surge que:

- . El Porte debe ser comprendido en los términos previstos por el artículo 17 del Decreto 2535 de 1993, según el cual, “Se entiende por porte de armas y municiones la acción de llevarlas consigo, o a su alcance para defensa personal”.
- . Importar es la acción de introducir en el país los objetos que necesariamente vienen del extranjero.
- . Traficar comporta comerciar, negociar con la mercancía, esto es, que debe existir un “negocio” que implique cualquier actividad que tenga como objeto el lucro o el interés.
- . Por fabricar se tiene la producción, construcción, elaboración, hechura del objeto, esto es, producirlo en su integridad, pero también significa transformación de una cosa por medio del trabajo adecuado.
- . Transportar es llevar o conducir las cosas de un lugar a otro.
- . Por almacenar se entiende reunir o guardar muchas cosas.

. Distribuir consiste en entregar las mercancías a los vendedores o consumidores, esto es, que al objeto se le da su oportuna colocación o el destino conveniente.

. Vender implica, por una parte, un convenio por el cual el vendedor entrega la cosa convenida al comprador, recibiendo a cambio el precio acordado; y, por otra, la simple exposición u oferta al público de la mercancía con el fin de que alguien la compre, sin que sea necesario concretar el negocio para que se estructure la acción de “vender”.

. Suministrar es proveer, facilitar lo necesario o conveniente para un fin.

. Reparar quiere decir arreglar, componer una cosa que está rota, descompuesta o estropeada.

. Conservar es mantener una cosa con ánimo de permanencia, esto es, guardarla con cuidado, con perseverancia, estabilidad o inmutabilidad, o, lo que es lo mismo, con la intención de no despojarse de ella, al menos en el corto tiempo.

. Y adquirir es ganar, lograr, obtener o conseguir el objeto que se pretende o desea, hacerlo propio.

Los límites que se observan entre un concepto y otros, en veces se muestran sutiles, pero es necesario considerarlos, en especial en aquellos eventos en que uno u otro comportamiento signifiquen cambio de competencia. Esa delimitación se debe hacer en cada caso específico dilucidando con base en las pruebas recaudadas el propósito que animaba al sujeto pasivo de la acción penal, ocurrido lo cual, deberá escogerse la conducta típica que con mayor riqueza descriptiva recoja en su integridad el comportamiento investigado.

Así, por vía de ejemplo, si la persona llevaba consigo varias armas, su conducta puede

ubicarse como “porte” o “transporte”, pero si se demuestra que unido a ese hecho los objetos fueron utilizados para sustraer dinero del banco para repeler la acción de los vigilantes, la adecuación precisa es la de “porte”, porque a la acción “llevar” se une el ánimo de “defensa”, en tanto que si los objetos son acarreados exclusivamente para ser entregados en un sitio determinado deberá pregonarse el “transporte”.

Si alguien entrega un cargamento de armas a un grupo al margen de la ley, será necesario determinar si ello se hizo como un “regalo” para apoyar la causa con la que se simpatiza, evento en el cual “suministrar” recoge con precisión el acto. Pero si es producto de un “canje” por estupefacientes ha de concluirse que lo que se presenta es un “tráfico”, en tanto que si se pacta y recibe un precio a cambio, es claro que se está ante una “venta”.

4. La calificación jurídica del proceso se realizó en vigencia de la Ley 600 del 2000. Sobre la posibilidad de enmendar los errores cometidos en ella, ya sea por vía de la nulidad o de la variación de esa calificación, la Sala, en providencia del 14 de febrero del 2002 (radicado 18.457), expuso los siguientes argumentos que desde entonces han sido reiterados:

1. 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 garantiza el derecho de defensa y la lealtad procesal, sino la estructura jurídica y lógica del proceso, ya que aparece evidente que un acusado sólo puede ser condenado o absuelto por los cargos por los cuales fue llamado a responder.

Como en nuestro sistema penal la imputación que se hace en la resolución de acusación no sólo debe ser fáctica sino jurídica (art. 398.1.3 del C. de P. P.), sus variaciones se relacionan íntimamente con el fenómeno de la congruencia.

Sin embargo, es necesario anotar que tanto en la ley derogada como en la actual, la

congruencia no puede entenderse “como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de 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 de desenvolvimiento y no como atadura irreductible”<sup>1</sup>, por lo que en la sentencia, al fallar sobre los cargos imputados, el juez puede, dentro de ciertos límites, degradar la responsabilidad, sin desconocer la consonancia...

2. En orden a prevenir la inconsecuencia que resultaba de que no se pudiera enmendar el error cometido en la calificación jurídica del comportamiento, al proferirse la resolución de acusación, o de que no se pudiera variar, no obstante que en la etapa probatoria del juicio se allegaran elementos de convicción que demostraban que era incorrecta, el nuevo estatuto procesal penal permite que se cambie...

3. En cuanto a las características de la variación, reglamentada en el artículo 404 del nuevo Código de Procedimiento Penal, tenemos las siguientes:

3.1. Lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es, la adecuación típica de la conducta punible.

Como se señaló, en nuestro sistema, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a “La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”, es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.

Pero como la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa, es necesario que la Sala haga algunas precisiones al respecto:

La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y

la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.

En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados.

3.2. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado ni extralimitado.

Si se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos.

Así, por ejemplo, si a un alcalde se le acusa de haberse apropiado de los dineros del municipio, no se le puede variar la calificación para imputarle también haber falsificado documentos para lograr esa finalidad. Lo procedente será expedir copias para que tal hecho se investigue por separado, al tenor de lo preceptuado por el artículo 92.6 del C. de P. P.

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

En la ley procesal actual, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para

efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron.

3.4. Puede hacerse no sólo como consecuencia de prueba sobreviniente sino antecedente.

La primera está expresamente mencionada en el artículo 404, citado. En cuanto a la antecedente, una atenta lectura de dicho precepto permite inferir que a ella se refiere, al utilizar la expresión “error en la calificación”.

Este último desatino puede provenir de la apreciación de los elementos de convicción que obraban en el diligenciamiento al proferirse el pliego de cargos (por ejemplo, no se percató el fiscal que entre el homicida y la víctima había una relación de parentesco), o de la selección de la norma, o de su interpretación.

3.5. Sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor).

La anterior característica emana no sólo del texto de la norma que se refiere al “reconocimiento de una agravante”, “desconocimiento de una circunstancia atenuante”, y no a la inversa, sino del hecho de que el juez, al resolver los cargos imputados en la resolución de acusación, puede, como se analiza adelante, degradar la responsabilidad.

De manera que si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar y no proceder a modificar la calificación a su favor.

3.6. La variación puede ser respecto de un elemento básico estructural del tipo (por

ejemplo, de estafa o de abuso de confianza calificado, en cuantía que exceda los 50 salarios mínimos legales vigentes, a peculado por apropiación)<sup>2</sup>, forma de coparticipación (por ejemplo, de cómplice a coautor), imputación subjetiva (culpa, preterintención, dolo), desconocimiento de una atenuante específica (como la ira en las condiciones previstas en el artículo 57 del Código Penal), o reconocimiento de una agravante específica, es decir, circunstancias que modifican el marco punitivo.

3.7. La hace el fiscal por propia iniciativa o a petición del juez, pues aquél, en la etapa de juzgamiento, continúa con la función acusadora.

Si el juez advierte la necesidad de cambiar la calificación, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

3.7.1. Debe manifestarlo en el momento de la intervención del fiscal en la audiencia, ya que la mutación sólo se puede hacer en esta precisa oportunidad procesal y por una vez, como se verá adelante.

3.7.2. Debe expresar los motivos por los que estima que debe ser modificada.

3.7.3. No implica valoración alguna de la responsabilidad.

3.7.4. Si el fiscal admite que hay necesidad de reformarla, procederá a hacerlo. Si no, deberá expresar las razones para oponerse. Pero, de todos modos, expuesto el criterio del juez, éste será considerado como materia del debate y de la sentencia, para efectos de la consonancia entre ésta y la acusación, debiendo el juez instruir a los sujetos procesales al respecto.

3.8. Ni la variación hecha por el fiscal de la calificación provisional, ni la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, son providencias o actos decisorios, sino simples posiciones jurídicas que en guarda del derecho de defensa, de la lealtad

procesal y de la estructura lógica del proceso, se les ponen de presente a los sujetos procesales, para que conocidas puedan debatirlas, por lo que no son recurribles.

3.9. La oportunidad procesal para trocar la calificación, es la intervención del fiscal en la audiencia, porque al haber concluido con antelación a ella la práctica de pruebas, ya se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar si la dada es la adecuada o si se debe cambiar. Además, porque así lo dispone la ley.

3.10. Sólo una vez se puede variar la calificación, pues debe llegar un momento en que la imputación devenga en definitiva e intangible, en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal, del orden del proceso y del principio de preclusión.

Así mismo, como se dijo, únicamente en esta oportunidad procesal puede exponer el juez su criterio sobre la necesidad de modificarla.

3.11. La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas.

Así, por ejemplo, si en el pliego acusatorio se imputa peculado culposo y se cambia a peculado por apropiación, se puede condenar por cualquiera de esas especies.

Desde luego que, en el ejemplo, también se podría condenar por otra figura atenuada, como por abuso de confianza, pues, como se verá adelante, el juez, al condenar, puede degradar la responsabilidad, siempre y cuando respete el núcleo central de la imputación fáctica.

4. Es necesario puntualizar que los errores en la calificación jurídica provisional efectuada en la resolución de acusación, pueden corregirse, en la etapa de juzgamiento, a través de dos mecanismos:

Variando la calificación, en la forma antes expuesta; o a través del incidente de colisión de competencias, como se analiza a continuación.

Si el juez, antes de celebrar la audiencia preparatoria, al constatar su competencia, encuentra que ha habido error en la calificación jurídica de la conducta y ello afecta su competencia, la que corresponde a un funcionario judicial de igual jerarquía (por ejemplo, juez penal del circuito común frente al juez penal del circuito especializado) o de mayor jerarquía (por ejemplo, juez penal municipal frente al juez penal del circuito) no es procedente modificar la calificación, sino que se debe plantear colisión de competencia, en la forma prevista en los artículos 401 y 402 del C. de P. Penal.

Por ejemplo, el hecho se imputa como estafa en cuantía que no pasa de 50 salarios mínimos legales mensuales que, al tenor del artículo 78.1 del C. de P. P., corresponderá al juez penal municipal, pero que, en la etapa de juzgamiento, se considera que debe imputarse como peculado por apropiación de competencia del circuito.

Si como consecuencia de la alteración de la adecuación típica de la conducta, el conocimiento corresponde a un juez de menor jerarquía, se prorroga la competencia (art. 405 ibidem), por lo que no es necesario acudir al incidente de colisión.

En lo atinente a este aspecto se debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que acontecía en el estatuto derogado, sí puede haber colisión entre el juez penal municipal y el penal del circuito, la que será resuelta por el respectivo tribunal, al tenor de lo estatuido en el numeral 5° del artículo 76 ibidem, siendo ésta una de las excepciones legales a las que se refiere el artículo 94.

Además, que fijada la competencia, solo se podrá discutir por prueba sobreviniente.

Si el error en la adecuación típica del comportamiento no afecta la competencia, sólo podrá enmendarse en la audiencia de juzgamiento, en la forma ya expuesta.

Por lo tanto, si en la fase del juicio, antes de la audiencia de juzgamiento, el juez o el fiscal advierten que se ha incurrido en error en cuanto a la calificación dada a la conducta punible y ello no altera la competencia, el fiscal no puede variarla, ni aun el juez le puede hacer saber a él y a los demás sujetos procesales la necesidad de hacerlo, sino que tienen que esperarse a la intervención oral de aquél en la audiencia.

5. Si se cambia la calificación, bien en la audiencia de juzgamiento o a través del incidente de colisión de competencia, no hay necesidad de ampliar la indagatoria, en los términos del inciso 2° del artículo 342, ibidem, pues esta norma y el 338, inciso 3°, sólo se explican por la necesidad de crear un mecanismo para darle a conocer al procesado la imputación jurídica provisional y, por ende, garantizarle el derecho de defensa, cuando se trata de delitos que no dan lugar a la definición de la situación jurídica, esto es, cuando no hay un acto que contenga esa imputación. Pero cuando ese acto procesal existe y a través de él se da a conocer la imputación al procesado, como ocurre con la resolución que define la situación jurídica o la que repone la resolución de acusación anulada o la manifestación oral del fiscal o del juez en la audiencia de juzgamiento, ninguna necesidad hay de ampliar la indagatoria para darle a conocer la nueva imputación jurídica de la que se va a enterar por estos medios.

Además, porque en la etapa de juzgamiento ya no es procedente recibir ni ampliar la indagatoria, pues las finalidades que, en este momento procesal, podría tener, pueden cumplirse mediante el interrogatorio que se debe llevar a cabo, en la forma prevista en el artículo 403 del C. de P. P.

6. Al tenor de lo expuesto, en la estructura del nuevo estatuto procesal, sólo habrá nulidad por error en la calificación, cuando la variación en la adecuación típica del comportamiento implique cambio de competencia.

7. Concluida la función acusatoria, con la mutación de la calificación o con la

oposición del fiscal a la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, hay que darle a los sujetos procesales, particularmente a la defensa, la oportunidad para controvertirla, por lo cual, finalizada la intervención del fiscal, se les corre traslado de la modificación o de la propuesta por el juez, según el caso, pudiendo aquéllos solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias, siguiendo el trámite previsto en el numeral 1° del artículo 404.

8. Terminada la audiencia pública, el juez debe fallar sobre la imputación fáctica y jurídica contenida en la resolución de acusación, en la variación efectuada por el fiscal y en la propuesta por el juez como objeto de controversia, respetando el principio de congruencia.

Por ende, le está vedado agregar hechos nuevos, suprimir las atenuantes que se le hayan reconocido al acusado, adicionar agravantes y, en general, hacer más gravosa su situación.

Es decir, lo más desventajoso que le puede ocurrir al procesado es que se le condena conforme a los cargos que le fueron definitivamente imputados en el debate.

Pero como consonancia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el de fallo, sino señalamiento de un eje conceptual fáctico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, no se desconoce la congruencia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena atenuadamente, por la elemental razón de que si puede absolver, puede atenuar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

En consecuencia, habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, o en la variación, o por la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por el fiscal, o por una

figura atenuada con relación a ellas.

Así, si la resolución de acusación lo fue por homicidio simple y se modificó a agravado, no se romperá la congruencia si se condena por homicidio agravado o simple o culposos o preterintencional, etc.

Si se acusa de peculado culposos y el juez, en la oportunidad procesal prevista en la ley, advierte la necesidad de que se cambie a peculado por apropiación, pero el fiscal no acepta la alteración, se podrá condenar por peculado por apropiación, o por culposos, o por abuso de confianza, por ejemplo.

Si se acusa de tentativa de homicidio se podrá condenar por lesiones personales.

La Sala insiste, lo que no puede hacer el juez, sin romper la congruencia, es agravar la responsabilidad con relación a los cargos imputados en la resolución de acusación y sus modificaciones. Así, si se acusó por homicidio culposos y se varió a homicidio simple, no se podrá condenar por homicidio agravado; y si se acusó por lesiones personales, no se podrá condenar por tentativa de homicidio...

9. Lo que se está regulando en las normas comentadas es la manera de enmendar los errores cometidos en la calificación jurídica de la conducta punible, sin acudir al remedio extremo de la nulidad, pero ello no quiere decir que el juez, como garante supremo de la legalidad del proceso, no pueda decretar la nulidad, en el curso del juicio y, particularmente, en la audiencia preparatoria, cuando se haya incurrido en irregularidades que, por otros motivos, hayan socavado la estructura del proceso o afectado las garantías de los sujetos procesales...

5. En el caso particular y concreto, el Tribunal, en su condición de juez de segunda instancia, concluyó que sobre el arma de uso restringido de las fuerzas armadas (motivo de la discordia) se tipificaba el porte. Por eso declaró la nulidad y ordenó reponer la

acusación en ese sentido.

El fiscal seccional no acató el mandato: no adecuó el comportamiento en el porte, según lo dispuso el juez Ad quem. Lo hizo en la conservación, para lo cual carecía de competencia, pues ha sido asignada a fiscales y jueces especializados.

El respeto irrestricto a las formas llevaría a asignar el proceso al juez del circuito, decisión que podría generar, como ya sucedió, la nulidad de lo actuado, con la consiguiente dilación injustificada del procedimiento y la prescripción de la acción penal.

6. La solución, entonces, se debe buscar con apego al principio superior de la prevalencia de lo sustancial, lo material, sobre las simples formas, siempre que no se lesionen garantías fundamentales.

En principio, para efectos de la competencia por el factor objetivo los jueces han se supeditarse a la adecuación realizada en la resolución acusatoria, que en este caso se pronunció por la conservación de armas de uso restringido de la fuerza pública.

Como esa conducta específica ha sido asignada a los jueces especializados, se adjudicará la competencia al 4° de esa categoría.

Obsérvese cómo esta determinación no afecta derechos de las partes:

a) El juez especializado y el Tribunal Superior, en su condición de juez de segunda instancia, se han pronunciado en relación con que la tipicidad precisa es la de porte del elemento bélico.

En el evento de insistir en esa adecuación, bien puede el primero optar por uno de los mecanismos tratados en esta providencia y previstos en la Ley 600 del 2000. Y en guarda

de las garantías de los intervinientes, la postura que finalmente sea adoptada debe ser puesta en conocimiento de las partes para permitir su controversia.

b) El servidor judicial no puede pasar por alto que de conformidad con el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal y los lineamientos de la jurisprudencia transcrita, hay lugar a la variación de la calificación cuando quiera que la propuesta agrave de alguna manera la situación jurídica del acusado.

En el caso analizado, una u otra de las dos conductas debatidas –porte o conservación– nada agregan en disfavor del sujeto pasivo de la acción penal, porque ambas están contenidas en la misma disposición penal, esto es, tienen igual tratamiento punitivo.

c) De conformidad con el artículo 405 del mismo Estatuto, “Si como consecuencia de la modificación de la adecuación típica de la conducta, el juzgamiento correspondiere a un juez de menor jerarquía, se considerará prorrogada la competencia”. Si esto sucede en ese evento, no se encuentra razón válida para no aplicar la misma extensión de competencia cuando el traslado obedece a la mutación de un verbo rector dentro del mismo tipo penal.

d) A mas de lo expresado por los artículos 91 y 7º transitorio de la ley 600 del 2000, no existe diferencia sustancial, de fondo, entre el juez del circuito y el especializado. Ambos son “jueces penales del circuito” y el agregado de “especializado” al último, obedece exclusivamente a la circunstancia de que, como medida temporal, de los delitos que por regla general siempre conoce aquél, algunos fueron adjudicados a éste.

Los dos funcionarios deben cumplir los mismos requisitos para acceder al cargo; tienen los mismos derechos y obligaciones; están compelidos a respetar el debido proceso, el derecho a la defensa y demás garantías fundamentales; y tienen el mismo superior funcional, el Tribunal Superior.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. Asignar la competencia para adelantar el juzgamiento seguido en contra de Carlos Mario Triana Vásquez al Juez 4° Penal del Circuito Especializado de Medellín.
2. Comunicar esta decisión, anexándole copia de la misma, al Juez 7° Penal del Circuito de Medellín.

Cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Casación 10827, julio 29 de 1998, M :P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

2 Si la cuantía, en cualquiera de los casos, es inferior, o si el abuso de confianza es simple, la competencia será del juez municipal y, por tanto, la manera de subsanar el error en la calificación, al generar cambio de competencia, sería a través del incidente de colisión, como se analiza adelante.