

# Acerca del principio de congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la ley 906 de 2004

## About the matching principle: study for a semiotic analysis in the draft reform law 906 of 2004

*Manuel Fernando Moya Vargas\**

---

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2015

Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2015

---

### RESUMEN

A partir de un análisis semiótico sobre el principio de congruencia, se generan unas bases científicas generales de estudio, a partir de las cuales se escruta el principio de congruencia en la Ley 906 de 2004 y, en la jurisprudencia de la Sala Penal de Casación de la Corte Suprema. Sobre estos presupuestos se cuestiona la reforma en curso ante el Congreso, respecto de los cambios que introduce al principio de congruencia, y se anticipan los inconvenientes que traerá de convertirse en norma.

**Palabras claves:** Congruencia, Semiótica, Proceso Penal, Reforma, derecho penal, derecho procesal

### ABSTRACT

From a semiotic analysis of the matching principle, a general scientific basis of study are generated, from which the matching principle is screened in Law 906 of 2004 and in the jurisprudence of the Criminal Chamber of Cassation the Supreme Court. On these assumptions the current reform before Congress about changes it introduces the principle of consistency is questioned, and disadvantages that will bring anticipated become the norm.

**Key Words:** Congruence, Semiotics, Criminal Procedure, Reform, criminal law, procedural law

---

\* Abogado, Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Posdoctorante en semiótica de la justicia penal de la Universidad de Buenos Aires. Docente Universidad Católica de Colombia correo manuefermandomoyavargas@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

Para una debida comprensión epistemológica, debemos considerar que la construcción y el análisis del fenómeno jurídico, han sido dispuestos con base en tres métodos tradicionales: el hermenéutico, el dogmático y el semiótico.

El primero se ha caracterizado por la busca del sentido jurídico al interior de las instituciones jurídicas, de donde han surgido variables como la exégesis, el movimiento de los glosadores, la reconstrucción histórica, la interpretación sistemática, etc.

No es en sí cuestionable, pero tiene unas ciertas cualidades, en cuanto no es idóneo para abarcar en su inmensidad el vínculo de la sociedad con el derecho. Por eso mismo divorcia estos que entiende como extremos, uno de los cuales le es completamente ajeno.

El método dogmático ha preferido indagar por el sentido del derecho en el complejo deóntico que integra y otorga identidad al sistema normativo.

Sin duda se aproxima más a un cierto ideal de universalidad científica, pero tampoco es consulto del vínculo del derecho con las personas a las que paradójicamente, está dirigido, si bien la indagación por los valores de una u otra forma le fuerza a hacer estimativos sociales.

Mientras que el método semiótico busca el sentido del derecho en sus subten-siones con los restantes sistemas sociales [Lühmann, 1998. Nobles and Schiff, 2014, págs. 325-340], y por eso mismo nada le importa tanto cómo lo que una sociedad hace de una institución jurídica, y sobre todo, indaga acerca de cómo construye su sentido de justicia en uso de los signos jurídicos a través de las comunicaciones jurídicas.

Es por ello que a diferencia de los primeros, el método semiótico no excluye a los legos, sino que los incluye en un plano de igualdad con los expertos. No desconoce las diferencias, pero está bien lejos de desentenderse de lo que una sociedad dice y hace de sus instituciones jurídicas.

Es evidente que en la tradición jurídica se ha preferido el método hermenéutico y el dogmático. Pese a que siempre se ha echado de menos el vínculo de la sociedad lega o destinataria, con el derecho o sistema normativo. El lamento no dio más a que a una especie de interface entre dogmática y semiótica, llamada comúnmente sociología jurídica, que pretende considerar las interacciones sociales que se practican a propósito de las instituciones jurídicas, pero cuando piensa

en la sociedad ordinariamente lo hace en consideración a las comunidades de hablantes que con un cierto poder o privilegio, prescriben lo que es jurídico. Por suerte que la sociedad sigue siendo una mera destinataria, de las instituciones jurídicas, y tampoco le reconoce su creatividad respecto de ellas.

La semiótica por el contrario, no estima a la sociedad como una destinataria, sino como autora directa e imprescindible de las instituciones jurídicas, no es su víctima sino su progenitora.

Esta investigación se ha propuesto a partir de un análisis semiótico del principio de congruencia en el procedimiento penal, escrutar la reforma que en el mismo punto está actualmente cursando ante el Congreso de la República.

Esto con el fin de contribuir a su discusión desde la Academia, y sobre todo para poner de manifiesto los riesgos que trae su aprobación.

Se ha procedido de manera deductiva, y es por ello que se conduce al lector de la forma más sencilla y tranquila en términos epistemológicos, dado que no es muy común en Colombia la investigación basada en semiótica del derecho o, como lo preferimos, de la justicia.

En ocho pequeños apartes se irá demostrando paso a paso, cómo el método semiótico aplicado lleva a tener muchas precauciones con la que puede ser la nueva regulación del principio de congruencia.

El vincular la historia y contrastarla con fuentes diversas, permite una especie de deconstrucción [Foucault, 1970], que no se queda ahí, sino que a partir de los presupuestos semióticos, va al espíritu del derecho romano [Ihering, 1997], descifra las cribas sociales involucradas en los orígenes del principio de congruencia, y sobre dicho presupuesto descubre un horizonte de sentido jurídico, en el cual proyecta la realidad colombiana.

## 1. PRINCIPIOS Y DERECHO PENAL

Desde la época de Bodino y hasta la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el ejercicio del poder punitivo sigue siendo una de las principales expresiones del poder soberano [Paour, 2008, pág. 86]. De hecho, nunca ha sido imaginable un Estado que carezca de control sobre su población, particularmente en punto a la relativización de la libertad implicada en la ideología del contrato social, y es precisamente ello lo que justifica la intervención penal que, aunque absolutamente violenta, es legítima [Hegel, 1999, págs. 327-351].

Lo que no disputa la oposición histórica de la dogmática penal dispuesta a fundamentar la responsabilidad penal subjetivamente, en el principio de culpabilidad [Kant, 1989, págs.165-174], u objetivamente en la negatividad implicada o derivada del incumplimiento de una ley previamente conocida [Hegel, 1999].

Es violento –diríamos mejor: muy violento, porque se cierne como ningún otro tipo de control, sobre los derechos fundamentales de las personas comprometidas como actores o sujetos activos del reato, más allá incluso de su corporeidad, y les produce un daño –legal claro está, de gran consideración, al punto que puede llegar a eliminar al sujeto de derecho [García-Villegas, 2003].

En tanto daño como realidad irreductible, que se hace a los derechos de los ciudadanos, es no es muy distinto al que se realiza ilícitamente. De hecho la privación de la libertad derivada de un secuestro en tanto hecho bruto [Searle, 1997], no varía respecto de la implicada en la prisión: las limitaciones a los derechos son muy similares. No sin desatender desde luego que semióticamente hay una diferencia crucial basada en lo que cada acto representa, lo uno involucra lo socialmente reprochable y por ello negativo, condigno de castigo. Lo otro precisamente el efecto positivo mediante el cual algo negativo adquiere la denotación contraria [Hegel, 1999].

Esa identidad del hecho nudo: pérdida de la libertad –es el ejemplo, genera una sensación de sospecha, y la inestabilidad implicada ante el riesgo latente de abuso por parte de las autoridades legítimas. Es por ello que la historia del derecho penal es la historia del control social sobre el control penal.

De donde hayamos sostenido que el derecho penal adquirió entidad científica cuando se formularon sus bases dogmáticas, sugerida en los trabajos de Feuerbach y Beccaria, para ser construida con los de Kant y Hegel [(3) Moya, 2012].

Kant remite la legitimidad del control penal a la observancia de los imperativos categóricos que originan el derecho en general, y el penal en particular. En tanto Hegel los deriva del sistema jurídico [(3) Moya, 2012].

A partir de sus trabajos la historia del control penal y con ello, el derecho penal, ha sido la legitimidad del ejercicio del poder punitivo.

El Siglo XX fue el laboratorio histórico en que emergió la concepción de los principios como criterio político de legitimidad de ese poder. En ese sentido el poder soberano fue relativizado, por cuanto se es tanto más soberano cuanto más capacidad tenga un Estado nacional de cumplir sus obligaciones internacionales [Carrillo, 1976, págs. 78-79].

Así, estando el grueso de los principios del derecho penal internacionalmente consagrados, penalmente hablando un Estado nacional es tanto más soberano cuanto mejor garantice dichos principios en desarrollo de su poder punitivo.

## 2. NATURALEZA DE LA CONGRUENCIA

En la teoría general del proceso suele referirse la congruencia como un principio, de esos precisamente que regulan el ejercicio del poder punitivo, en tanto fundamento mismo del derecho penal.

Algunos le atribuyen directamente tal entidad, es decir, es un principio autónomo e independiente incluso, de la naturaleza del proceso [Maier, 2002]. Muy de cerca, otros autores asocian la congruencia como una condición de la legalidad de la actuación penal [Espitia, 2006, págs. 126-128].

Mientras que otros lo encuentran como parte esencial o expresión del principio acusatorio y debido a ello un fundamento constitucional del proceso [Schmidt, 2006].

También hay autorizados investigadores que lo asocian al objeto mismo del proceso [Roxin, 2000, págs. 163-164].

Lo cierto es que jurídicamente hablando funciona como un principio, y es por ello que su vulneración apareja la declaratoria de ineficacia del proceso, lo que es tanto como afirmar que la observación de la congruencia califica su legalidad. Para ser más precisos, si hay congruencia entre los actos procesales involucrados, el proceso es legal, de lo contrario no, y con ello las consecuencias son las consabidas de nulidad o inexistencia.

Característica esta propia de los principios que, por oposición a los valores – constitucionalmente hablando, su inobservancia faculta la impugnación aún incluso – como sucede en Colombia, mediante casación.

En efecto los valores constitucionales están dirigidos a generar horizontes político-jurídicos, y su misión es orientadora, mas no califican la legalidad de las actuaciones. Por ello en donde la justicia es un valor, puede haber sentencias injustas y legales.

Pero donde el debido proceso es un principio, no es posible violarlo para producir una sentencia justa.

De hecho, el juez que osare adecuar una sentencia a un estimativo de justicia que implica desatender los principios, implicaría no obstante la realización del propósito cimero, la ilegalidad del proceso. Debe reiterarse que este efecto es propio de los modelos constitucionales donde la justicia es un valor, porque allí donde tiene rango de principio hay lugar a su aplicación, incluso oficiosa, mediante recursos como la declaratoria de contra evidencia del veredicto.

### 3. EPISTEMOLOGÍA DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En consideración a los tres métodos del derecho, podemos evidenciar las principales consecuencias de su aplicación al principio de congruencia. Si bien somos quienes nos orientamos mediante el método semiótico, dejamos manifiesto el porqué de dicha preferencia y, en justicia a los dos métodos restantes, esto es el hermenéutico y el dogmático, mostraremos cómo proyectan el principio en cuestión.

La hermenéutica se caracteriza por prescribir el sentido de una institución en las normas a través de las cuales se hace manifiesto [Ost, 1993]. Por manera que desde esta perspectiva, se revela en sus tres manifestaciones normativas: fáctica, subjetiva y objetiva.

Se trata de una operación lógico formal del proceso, mediante la cual dos actos procesales respecto de los cuales invariablemente hay una relación de precedencia, se vinculan como condicionante el anterior del posterior.

Así, suele ocurrir que el primero, que es el condicionante, sea la acusación. Y el segundo, la sentencia, que es el condicionado.

El condicionamiento ocurre en los tres sentidos anotados, es decir, la sentencia sólo puede estar referida a las personas acusadas, por los hechos objeto de acusación, y la declaratoria de responsabilidad o de inocencia, sólo puede invocar los delitos por los cuales el acusador declaró los cargos.

El método dogmático indaga por el sentido de la institución al interior del sistema jurídico. De ello surge la persistencia en correlacionarlo con el sistema deóntico del derecho, es decir con el plexo de principios en que se apoya [Betanzos, 2012].

Así, la congruencia más que una operación lógico formal, es una garantía puesta al servicios de auténticos principios como el de defensa, el non bis in idem o la cosa juzgada. Ello por cuanto del vínculo de la acusación con la sentencia,

garantiza que la persona sólo puede ser condenada respecto de aquello por lo cual se defendió.

Al tiempo que surge la garantía consistente en que las personas acusadas por unos ciertos hechos manifiestos en ciertas formas jurídico-penales, no podrán sufrir consecuencias diversas a las contempladas por legalidad estricta, en dichas formas jurídico penales, y por la misma razón no podrán ser enjuiciadas por los mismos hechos y los mismos delitos.

Tales principios no son posibles sino a partir de una condición de legalidad que permita cerrar el objeto del proceso a unas ciertas personas, hechos y formas típicas. De lo contrario, es decir de facultarse una apertura, siempre existiría incertidumbre y con ello la posibilidad latente de volver a enjuiciarlos por los mismos hechos y delitos.

El carácter instrumental de la congruencia le confiere calidad de garantía, más que de derecho fundamental, pero igual sigue siendo un principio, pues su aplicación es una condición de licitud.

Semióticamente no se busca el sentido exclusivamente en la norma, ni meramente en el sistema jurídico. Se completa en el sistema social, o los restantes subsistemas estructurados por la sociedad.

Así considerada la congruencia es un signo procesal que contribuye a la identidad del proceso, dependiendo de su naturaleza, y que sirve a un cierto tipo de control social sobre la actividad del acusador. De donde tiene la capacidad de representar un cierto tipo de modelo político dentro del cual anidó el tipo de proceso penal que le es correspondiente.

Como puede apreciarse, la visión hermenéutica [Espitia, 2006] y la dogmática [Schmidt, 2006, págs. 24-40], son las más recurridas en los distintos tratamientos o, mejor, en los tradicionales tratamientos infligidos por la teoría general del proceso al principio de congruencia. Habiéndolos de muy altos niveles científicos, simplemente remitimos a ellos, y nos damos a tarea de revelar el tratamiento semiótico, que por novedoso y complejo nos permite ahondar mejor en lo que se nos revela como reforma a la legislación procesal penal colombiana en curso.

Debemos anticipar que no es el primer ejercicio semiótico que hemos aplicado en connotación al proceso penal,<sup>2</sup> ni por denotación al principio de congruencia [Moya, 2014, 2013, (1) 2012, (2)2012, 206].

2 Si bien no son de recibo las referencias a trabajos no publicados, el más completo ejercicio semiótico aplicado al procedimiento penal, constituye el objeto de la tesis post-doctoral depositada y defendida recientemente en el programa de postdoctorado en derecho de la Universidad de Buenos Aires, y que lleva por título

#### 4. SEMIÓTICA DE LA CONGRUENCIA (1): SU ENTIDAD SÍGNICA

A la ciencia que se ocupa del estudio de los signos Saussure la llamó semiología, mientras que con la expresión semiótica aludía a sus aplicaciones concretas conforme al área del saber involucrado, por ejemplo, habría semiótica de la medicina, de la psicología, de la psiquiatría, del derecho, de la historia, de la antropología, etc. Fue Peirce quien designó semiótica a lo que los europeos llamaron semiología, pero en el Congreso de 1967 se adoptó semiótica como la ciencia de los signos [Klinkenberg, 2006, págs. 33-43].

Así que hacemos uso de la expresión semiótica de conformidad, entendiendo por tal la ciencia que estudia los procesos de construcción del sentido mediante las operaciones comunicativas basadas en el uso de los sistemas sígnicos.

Por manera que semiótica del derecho, de la ley o, como preferimos designarla, de la justicia, es la ciencia que estudia los procesos de construcción del sentido jurídico, mediante el uso de los sistemas sígnicos del derecho, aplicados en los distintos escenarios de comunicación jurídica.

Ha sido recurrente entender que el estatuto científico de la semiótica es el signo, y si bien no lo disputamos, creemos que es así en función del sentido; pues un signo que no sirve a la transmisión y/o construcción del sentido, sería como en medicina pensar los medicamentos sin consideración al estándar de salud que se busca.

Pero sin dudarlo el signo es el elemento de la semiótica, y por tal se entiende una construcción social concretada en un representamen, que remite a un referente, entre los cuales se subtiende un significado –Peirce añadiría el interpretante.

Lo cierto es que un signo es un constructo que invariablemente remite a otra cosa que representa, y al cual se vincula mediante el significado. Así, el signo sirve para significar algo diferente de sí mismo.

La semiótica del derecho en consecuencia indaga por los sistemas sígnicos del derecho, de cuyo uso aplicado a las comunicaciones de contenido jurídico, permiten rastrear los procesos de construcción y/o transmisión del sentido jurídico.

*Presupuestos para una semiótica aplicada de la justicia penal.* Dicha investigación ha tenido por objetivo crear los presupuestos teóricos del método de la semiótica del derecho, y aplicarlos en concreto a la justicia penal. Esta investigación, la que se está presentando acerca del principio de congruencia, es una derivación de aquélla, y amplía su objeto de conocimiento, a la reforma que en la actualidad cursa ante el Congreso de la República, dispuesta a modificar sustancialmente el modelo procesal de la Ley 906 de 2004.



Teniendo tal telón epistémico de fondo, concluimos que la congruencia es semióticamente un signo. Precisamente porque se integra en tres elementos que coinciden con los típicos de cualquier signo: (a) representa una relación, (b) se manifiesta en tanto estímulo como una regla u operación de principio, (c) significa una condición de legalidad. Y parcialmente diríamos vincula a unos interpretantes que actancialmente pueden erigirse como acusador, juez y defensor.

La taxonomía del signo revela unos llamados tradicionalmente índices, caracterizados por señalar un cierto objeto y eventualmente otorgarle estatus de signo [Klinkenberg, 2006, págs. 201-202]. Y tenemos razones para concluir que semióticamente la congruencia es de este tipo de signos.

Pensamos que es así porque la congruencia remite hacia un acto procesal –normalmente es la acusación, y esta a su turno significa icónicamente: la persona señalada de haber cometido un cierto acto que satisface la descripción de un cierto delito.

La acusación presta el servicio de ícono no visual, empeñado en la semejanza con la persona que realizó la acción, con la acción y la versión jurídica de dicha acción [Klinkenberg, 2006, pág. 187].

La congruencia aplicada es un índice en cuanto señala la acusación –que es un ícono insistimos, para decirle al juez: /sólo a las personas indicadas allí de responsables, por las acciones allí precisadas como hechos, que representan el delito allí mismo señalado, podrá condenar o absolver/.

Pero al tiempo le dice al acusador: /sólo respecto a las personas indicadas allí de responsables, por las acciones allí precisadas como hechos, que representan el delito allí mismo señalado, podrá procurar la condena y excepcionalmente la absolución/.

Y por último a la defensa le señala: /sólo respecto a las personas indicadas allí de responsables, por las acciones allí precisadas como hechos, que representan el delito allí mismo señalado, podrá pretender la decisión más favorable conforme las operaciones procesales se lo permitan/.

La función sígnica de la congruencia en tanto índice se concreta en que señala a la acusación para decir: esto es lo único que en este proceso podrá volverse sentencia, idéntica o contraria en cuanto a su orientación, pero siempre por respecto de la misma persona, por los mismos hechos y por iguales delitos.

Es pluricódiga en tanto fuera del anterior señalamiento, agrega otro, en el sentido de que una vez producida la sentencia, es el único indicador que permite concluir su legalidad, en el entendido que si la sentencia es fiel a los términos de la acusación será legal y en consecuencia vinculante, o si lo contrario, ilegal y revocable.

Y por otra parte, contribuye trascendentalmente a catalogar la tipología procesal aplicada. Pues el tratamiento implicado al principio de congruencia permite identificar si se trata de procesos de tendencia acusatorio adversarial o, de estirpe inquisitorial [(1)Moya, 2012, págs. 73-91].

Mas la función signica de la congruencia no concluye en esta significación, pues si bien contribuye de forma determinante a la producción del sentido de la justicia procesal en tanto fuerza a hablar de ella a los intervinientes dentro del proceso, esto no es más que la función dispuesta al interior del proceso que, es una institución en donde se cumple la función punitiva del Estado.

Entonces para la completitud del análisis de base semiótica debemos asumir la siguiente inquietud, ¿qué pasa si se considera la congruencia hacia las exterioridades del proceso, es decir hacia la sociedad o, si se quiere, hacia la realidad social que transcurre fuera de la máquina procesal?

Pues bien, la historia del proceso civil romano nos sirve para comprender mejor este aspecto [Santalucía, 1989]. En efecto, dividido como estaba en las etapas in iure y otra apud iudicem, se consideraba la existencia de un momento crítico que marcaba el paso de una a otra, un tanto incierto pero real y necesario, llamado litis contestatio [Cannata, 1982, págs. 163-193].

Este momento procesal implicaba dos efectos sustanciales: el extintivo y el creador. Según el primero, todo lo pasado en términos de “lo ocurrido entre las partes procesales”, desaparecía en virtud de la creación de la fórmula diseñada por el pretor en la etapa in iure.

Según el efecto creador, a partir de la fórmula el pasado quedaba sustituido por lo escrito en la fórmula, de tal suerte que una realidad del tipo hecho bruto, era sustituida por otra del tipo, hecho institucional [Searle, 1997, págs. 49-74].

Con ello quiere decirse que unos hechos sin significación procesal llevados por las partes ante el pretor, eran sometidos a una operación que los transformaba en hechos procesalmente significativos. Debemos aclarar que posiblemente ex ante tenían significación jurídica, pero no era compartida por las partes, o al menos no era esa su declaración. En tanto que a partir de la intervención del

pretor, adquirirían condición procesal, esto es significado compartido, en términos de pretensiones y excepciones [(1)Moya, 2012, págs. 46-52].

Más aún al término del proceso y con ocasión de la sentencia, adquieren – deliberadamente el verbo es en presente pues igual sucede la actualidad, un significado completo, en cuanto pasan a significar lo que el juez les atribuya en la sentencia [(1)Moya, 2012].

Tanto fue así que en materia de obligaciones, se estimaba que en virtud de la fórmula sucedía una novación [Álvarez, 1979. Arangio, 1952].

Ahora bien, con la acusación pasa algo similar. No es difícil apreciar que el acto de formalización del proceso, no es apenas desatar el ejercicio del derecho a defenderse, sino que se inician las operaciones de asignación de sentido, una de cuyas primeras acontece mediante la fórmula de responsabilidad probable, manifiesta en la acusación, y que tendrá carácter definitivo cuando la sentencia de mérito haga tránsito a cosa juzgada material.

Con ocasión de la acusación alguien adquiere la denotación de acusado, unas cosas las de evidencia, unos sucesos el de objeto del proceso, entre otros. Sin el acto de acusación debidamente formulado, tales significaciones no son adquiridas por esas personas, esas cosas y esos hechos.

Y esa operación no fue otra cosa que una asignación de sentido, que como todo hecho institucional –los signos son hechos institucionales, enervan otro tipo de transformaciones, pues con ocasión de la sentencia se producirá otro tipo de re significación y de adquisición de sentido.

Con respecto a la acusación el pasado: personas, acciones y cosas, no son sino hechos brutos, es decir, carentes de sentido socialmente compartido. La acusación les impartirá una cierta significación de la cual no se desprenderán, o no se transformarán, sino cuando ocurra otro acto procesal capaz de crear otra realidad.

Importa destacar que no es apenas una realidad procesal creada por y para el proceso. La realidad es que la representación es no menos social, pues además está observar que no es igual un hombre X con los roles sociales tradicionales de padre, hijo, esposo, abogado, médico, arquitecto, maestro, o el que sea, que ese mismo más acusado, pues esta condición le confiere un cierto significado como persona que probablemente hizo..., persona que tiene un cierto problema, persona que necesita defenderse, persona que posiblemente irá a la cárcel, etc.; y con ello, alteraciones en la vida social de dicha persona consecuencia de haber adquirido tal estatus y la significación correspondiente.

## 5. SEMIÓTICA DE LA CONGRUENCIA (2): COMO OPERACIÓN DE CONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO

Ahora bien, cuanto hemos afirmado al considerar el proceso civil romano, es y no es predicable del proceso penal romano. Lo es porque los delicta tenían tratamiento procesal civil, y los delitos en la actualidad se tramitan por la vía del proceso penal [Pugliese, 1985].

Podríamos agregar que el comportamiento del pretor en el proceso civil podía derivar en importantes consecuencias penales [Pugliese, 1985, págs. 633-643]

Pero también porque las tendencias procesales en términos de modelos acusatorios e inquisitoriales, o si se prefiere, paritarios y jerárquicos [Damaška, 2002], adquirieron su identidad y eidos, desde entonces. Es decir, las características fundamentales de los distintos modelos procesales, provienen de los orígenes de su propia concepción. Y que hayan servido a fines distintos, no desmiente que en tanto modelo o esquema procesal –hay quien refiere sistema, parecen determinados por esos orígenes.

Y no lo es, porque el proceso penal tenía su propia identidad, y a él eran sometidos los crímenes [Mommsen, 1999].

Por consiguiente, no son escasas las razones que tenemos para auscultar en las fuentes antiguas la singularidad significativa del principio de congruencia. Del cual si bien no asignamos necesariamente su surgimiento en el derecho penal romano, tampoco tenemos suficientes fuentes para arraigarlo en el derecho penal helénico [Biscardi, 1982, págs. 275-310].

Pues bien, la historia del procedimiento penal romano revela la existencia de las dos tendencias procesales. La acusatorio-adversarial se manifestó claramente en la llamada provocatio ad populum y en las quaestiones perpetuae. Mientras que la inquisitorial es perceptible en la cognitio extraordinem.

En torno a la provocatio se han aproximado análisis sobre su verdadera proyección actual [Pugliese, 1985, pág. 576]. E incluso se ha disputado acerca de su identidad [Mommsen, 1999, págs. 223-233]. Lo cierto es que si lo acusatorio depende esencialmente de que la formalización del proceso ocurra mediante la acusación dispuesta por una institución paralela a la que oficia el enjuiciamiento concretado en la producción de la sentencia [Bernal y Montealegre, 2004], la provocatio era acentuadamente acusatoria.

Y si la cualidad adversarial implica que la formulación de propuestas de juicio se concentran en un acto público de debate, en donde el juez es quien escoge

la mejor opción procesal, pero en manera alguna puede formular una tercera opción, se trata indudablemente de un modelo procesal advesarial [(1)Moya, 2012, págs. 82-89. (2) Moya, 2012, págs, 70-78].

Con respecto a las cuestiones perpetuae, las cosas no son muy distintas [(1) Moya, 2012, pág. 47].

Lo que sí debe precisarse es que el signo de la acusación en el procesamiento penal romano, adquiriría significados alternativos.

En cambio la *cognitio extraordinem* tuvo características típicamente inquisitoriales [Scialoja, 1954, págs. 112-113]. Ello en cuanto fusionó las funciones antes separadas de acusar y juzgar, incorporó la reserva, la práctica de pruebas a instancia del juez, su carácter de técnico del derecho destacado por sus facultades [Brasiello, 1973, págs. 194-196].

Sin duda este modelo procesal, o mejor la mutación hacia este modelo tuvo causas históricamente analizadas y que responden a razones extra penales y extra jurídicas [De Francisci, 1954. 1983. Espitia, 2006.].

El Digesto se ocupa del tema penal en los libros 47 a 49. En concreto lo procesal está relacionado en los libros 48 y 49, muy destacadamente del primero, los títulos II y XVI.

Allí se señala una distinción entre denuncia y acusación, pero del texto surge que la acusación no era privativa del pretor o quien hiciera sus veces. Por manera que una persona privada podía acusar. En todo caso la acusación implicaba la atribución de un crimen a alguien.

Quien dispusiere formular la denuncia debía dirigirse al magistrado competente, quien con base en la información redactaba un escrito [Justiniano, 1988, D: 48,2,3. Paulo]. Para que el escrito adquiriese la condición de acusación, el magistrado debía caucionar con su propio patrimonio y, el acusador debía sostenerla hasta tanto se dictara sentencia [Justiniano, 1988, D: 48,2,7. Ulpiano], de tal suerte que con ello garantizaba no sólo la seriedad o solidez de su decisión (acusar), sino que en caso de fracasar la perdería.

La acusación era en sí fuente de una obligación en el sentido del derecho civil, donde el acusador era el deudor, y se extinguía de dos únicas formas, probando la acusación o con la muerte del acusador [Justiniano, 1988, D: 48,2,3. Paulo]. De hecho, la demostración de la acusación funcionaba como condición perentoria que extinguía definitivamente la obligación y con ello su exigibilidad.

Del texto derivamos igualmente que el peso de la acusación estaba totalmente soportado en la persona del acusador, en todos los sentidos, incluso en cuanto implicare costos, pues dice Hermógenes que la pobreza del acusador le impedía proceder [Justiniano, 1988, D: 48,2,9. Hermógenes].

Varias son las razones adicionales para deducir un efectivo y estricto principio de congruencia entre la acusación y la sentencia:

A decir de Modestino una vez se producía el escrito de acusación, al acusador le era vedada cualquier tentativa de cambio del texto, aun cuando se justificase en el hecho de un error involuntario [Justiniano, 1988, D: 48,5,36 (35). Modestino].

*(...) Evidentemente el texto de Modestino permite concluir que si había error en el escrito de acusación, podían presentarse dos situaciones probables e irreconciliables; en primer lugar, que el término procesal hiciese imposible la modificación. En segundo lugar que el error pudiese enmendarse antes de la producción de la sentencia precisamente porque no se había producido y había el tiempo para proceder. Siendo estas dos las únicas opciones, no puede menos que concluirse en que la acusación vinculaba en sus propios términos al sentenciador, lo cual no podría tener sentido sino a condición que se entendiera que el juez estaba muy limitado siéndole imposible modificarla, es decir cuánto podía era acogerla o rechazarla sobre el presupuesto de la demostración de su imputación (...) [(1)Moya, 2012, págs. 48-49].*

Las consecuencias de no probar la acusación estaban previstas bajo tres hipótesis, conforme con las cuales el acusador habría actuado impulsado a cometer calumnia, a incurrir en prevaricación o, a tergiversar la realidad.

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

De este texto surge que el juez no podía hacer otra cosa que declarar si la acusación se probó, o todo lo contrario. Y ello implica que en el primer evento debía condenar. Pero sobre todo cabe destacar que de la rigidez del texto, aunado a las consecuencias estimadas en los textos anteriores y en los que se apreciarán, el juez no podía alterar la acusación para decidir “condenar por otra cosa”. Esto significa que sólo podía condenar al acusado conforme lo había requerido el acusador, y en los términos de la acusación. Por suerte que el fracaso del magistrado en la demostración implicaba la absolución. Y no podemos desechar la opción de nos demostrar la acusación, pero sí otra cosa, como por ejemplo otro

crimen, o una modalidad de participación distinta. En cuanto los textos no formulan excepciones indiferencias o tratamientos diferenciales, no podemos sino concluir que era forzoso absolver.

(...) Del texto se colige que las opciones iniciales en que el juez podía pronunciarse son: 'has probado el hecho', caso en el cual debía sobrevenir la condena del acusado. La otra opción, 'no has probado el hecho', caso en el cual sobrevenía la absolución del acusado. Pero se previó una tercera opción, 'has calumniado', caso en el cual el acusador sería castigado, y obviamente era menester el haber absuelto a la persona acusada.

Inquieta sin embargo el por qué se dijo que quedaba al arbitrio del juez establecer si el denunciante había actuado intencionalmente. Al parecer se trata de un traslape del procedimiento civil, conforme al cual se admitían las llamadas cláusulas arbitrales, que conferían al juez una cierta discrecionalidad en su análisis.

En efecto, deslindar una objetiva imposibilidad de demostrar la acusación de una temeridad a instancia del acusador, no parece tarea fácil, al menos en el entendido que la ley previera las circunstancias en que ello podía deducirse. Pero es trascendental siempre que se considere que el juez se hallaría en una situación de tal estrechez que pese a la evidencia, no podría ajustar la sentencia a términos que no estuviesen contenidos en la acusación. La escisión entre dificultad probatoria e imposibilidad por no haber sucedido el hecho conforme a la acusación, tuvo que ser confiada al buen juicio del juez, quien como ninguno podía apreciar qué tanto se aventuró inescrupulosamente el acusador frente a qué tanto resultó favorable la causa al acusado, nada más que por impotencia del primero o por estulticia del segundo. Curiosamente, la justicia no se predica tanto de la sentencia, que está sujeta a los yerros y extravíos de la acusación, como de ésta última (...) [(1)Moya, 2012, págs. 49-50].

Incluso si la acción se había extinguido como consecuencia de fenómenos como la prescripción, el magistrado podía persistir en demostrar la acusación y de lograrlo evitaba los efectos anotados [Justiniano, 1988, D: 48,16,11. Papiniano].

Estos y otros textos [Justiniano, 1988, D: 48,16,15. Macrino. Justiniano, 1988, D: 48,16,18. Papir.] permiten concluir que demostrar la acusación en sus propios términos, era completamente obligatorio, y fallar en tal propósito traía consecuencias de cierta consideración que, si se agrega que el jurado era el propio pueblo, revierte en un efectivo control social sobre la actividad del acusador.

Pero además, encontramos que las fuentes no revelan la opción *iura novit curia* conforme con la cual el juez pudiese sobrevenir en auxilio del acusador y

“salvarlo”, es decir, introducir modificaciones que le permitieran modificar los términos de la acusación para poder condenar con base en la acusación alterada.

Quizás la principal razón radique en que era inconcebible un cambio de tal entidad, teniendo en cuenta que el magistrado obra *in iure*, es decir en derecho, en tanto el juez no podía hacerlo puesto que era un juez en conciencia. Y para que un juez pudiese *iura novit curia* cambiar los términos de la acusación, tendría que al menos poseer conocimientos equivalentes.

Incluso, en el procedimiento tampoco existía tal opción. Y hay que tener presente que el juez en la etapa *apud iudicem* era concededor del derecho, y ello en principio lo autorizaría para corregir los yerros del pretor, pero ni siquiera bajo este supuesto le era permitido.

Si en el proceso privado el magistrado se equivocaba, los resultados del juicio eran adversos respecto de quien había equivocado. Tan to más en causas criminales por su carácter público, de donde claramente puede deducirse que no era posible modificar los términos de la acusación [Moya, 2013].

(...) En primer lugar, es sintomático el que no existan textos que previeran esa situación, es decir que autorizasen al juez para modificar la acusación al proferir la sentencia. Característica esta compartida puesto que la ley procesal civil tampoco lo previó, lo que permite deducir que dicha facultad no existía.

Y si bien no hemos hallado textos de las fuentes que prohibiesen al juez modificar la acusación, sí nos aventuramos a concluir que ello no era probable porque sería un despropósito -por asistémico y nada funcional, que el acusador tuviese que demostrar una acusación que en todo o en parte no hubiese sido producida por él, puesto que se habría encontrado en la absurda situación de ser sancionado por no disponer de pruebas que acreditasen un aspecto de la acusación que no fue siquiera considerado al redactar el texto.

Adicionalmente, el acusador por regla general es insustituible, precisamente porque su vínculo con la acusación era personal; y ello no tiene sentido sino a condición de ser inmodificable, hasta por el mismo acusador, con la excepción contemplada.

Por otra parte, el no poder demostrar la acusación traía consecuencias importantes, como pudo apreciarse, y ello sería banal si en todo caso el juez pudiese salir en salvaguardia del acusador para evitarle la sanción. Más aún si era por arbitrio del juez que se establecía la temeridad del acusador, no tendría mayor sentido que coexistiese dicha función pudiendo en cambio apropiarse la acusación en favor de una cierta sentencia, dispuesta a enmendar los errores del acusador.



En consecuencia, no tenemos razones para deducir la atribución de facultades iura novit curia a los jueces penales en términos de congruencia. Esto evidentemente es manifiesto en los procesos con una profunda orientación acusatorio-adversarial, pues aquellos en que predomina el principio de cognición a instancia de un juez único jerárquicamente instituido por sobre el acusador, per se implica que es el juez quien orienta jurídicamente las decisiones procesales con voz y voto de cierre, de suerte que puede incluso cambiar las decisiones del acusador (...) [(1)Moya, 2012, págs. 51-52].

## 6. CONGRUENCIA Y MODELOS PROCESALES

Lo que acabamos de describir desde las fuentes [Moya, 2013], es el principio de congruencia en un modelo de tendencia claramente acusatoria y adversarial, quizás la primera conocida.

Y si nos atenemos al contenido de esos dos principios, acusatorio y adversarial, no es difícil concluir que le impiden al juez intervenir en el contenido de la sentencia, por suerte que una vez producida la acusación cuanto le es permitido al juzgador, es declarar si se ha probado o no la acusación. En el primer caso deberá condenar y en el segundo, con independencia del valor justicia, deberá absolver. Por suerte que el valor justicia depende en grado sumo, no sólo de la justeza de la acusación, sino de la capacidad probatoria y persuasiva del acusador.

Una acusación justa no garantiza una sentencia igualmente justa. De donde la destreza del acusador resulte tan trascendental como la justicia de su causa.

En cambio, los procesos de tendencia inquisitorial, entre los cuales incluimos los llamados mixtos o napoleónicos, han generado en virtud el principio de justicia, el que pueda el juez entrar a corregir los yerros de las partes, no sólo del acusador aunque principalmente de él, sino también de la defensa.

En efecto, estos códigos prevén facultades iura novit curia, expresamente atribuidas a los jueces, en el sentido de poder transformar la acusación. Claro ejemplo de lo cual es el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal Colombiano, cuya vigencia fue relativizada mediante el a Ley 906 de 2004.

Según dicha disposición, cuando el juez no está de acuerdo con la calificación jurídica del fiscal, una vez concluido el debate probatorio dirigido y ejecutado por el juez, puede requerir del fiscal modificar la acusación en los términos por él propuestos. Si el fiscal accede, se corre traslado a la defensa para que se suspenda la audiencia y al adecue a la nueva tipificación, o se siga adelante.

Si el Fiscal no está de acuerdo, el juez procede a anular la acusación para que sea nuevamente formulada. O en el evento de que la tipificación forzada por el juez implique una alteración de la competencia de suerte que se enerve la de un superior jerárquico, deberá enviar al proceso a su despacho para que adopte la respectiva decisión.

Como siempre sucede en estos casos, el gran sacrificio lo sufre la defensa. Pues pese a concederse la opción de suspender la audiencia, o de retomar todo el juicio, el grueso de las pruebas suele obtenerse durante la etapa de investigación y, esa nunca volverá a tenerse.

Más aun, el empeño de la doctrina por justificar la opción de alterar la acusación por parte del juez, con el mínimo sacrificio del derecho de defensa, ha sido un desafío que ha llevado a generar toda suerte de alternativas [Maier, 2002, pág. 574].

Entre ellas están condenar por una modalidad típica menos grave, por ejemplo por lesiones personales, cuando la acusación fue por tentativa de homicidio. O condenar por una responsabilidad degradada, como cuando la acusación fue por delito doloso, y se condena por el mismo delito pero en la modalidad culposa. Como también el poder condenar por un delito distinto siempre que el bien jurídicamente tutelado sea mismo. Incluso, se reconoce como en el código de procedimiento penal de Colombia (Ley 600 de 2000), que el juez anule la acusación.

Y no sin cierta perplejidad, encontramos la institución de las acusaciones alternativas, en que el acusador puede acusar principalmente por un cierto delito, y subsidiariamente por otros.

Importa ante todo relieves que las funciones cumplidas por el principio de congruenciam, en tanto factor significativo, es distinto de un modelo procesal a otro. Mientras que en los modelos acusatorio-adversariales sirve más a la función y al significado de control social, operado por el juez, el jurado o por los dos, en los modelos de tendencia inquisitorial se acentúa la función y el significado de operación lógico-procesal y de instrumentalidad [Scialoja, 1954].

## 7. LA CONGRUENCIA EN LA LEY 906 DE 2004

Ateniéndonos a lo dispuesto en el Acto Legislativo 03 del año 2002, el código de procedimiento penal colombiano debe ser de tendencia marcadamente acusatorio-adversarial. Lo cual nos permitía anticipar que el tratamiento del

principio de congruencia implicaría la total ausencia de facultades iura novit curia al juez respecto de ella.

Y el texto de la ley así lo confirma. Pues efectivamente el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, señala que el acusado no podrá ser condenado sino por los hechos por cuales fue acusado, y por los delitos por los que se requirió la condena [Moya, 2006, pág. 24].

Es decir, la congruencia subjetiva y la fáctica se establecieron entre la acusación y la sentencia; mientras que la congruencia objetiva se estableció entre la declaración final del fiscal en el juicio oral, y la sentencia. Esto último por cuanto el único instante en que el fiscal debe tipificar los hechos, es en dicha declaración de conformidad con el artículo 443 de la Ley 906 de 2004 [Moya, 2006, pág. 24]. Es muy importante acentuar que a dicha conclusión no se ha arribado nada más que mediante la lectura literal de las disposiciones señaladas [Moya, 2014, págs. 86-118].

Si bien hermenéuticamente donde la letra de la norma es clara, no hay lugar a interpretaciones so pretexto de desentrañar el sentido de la norma, es decir su significado es su sentido, hemos tenido ocasión de confrontarlo con la historia fidedigna de la misma ley, y las conclusiones se refuerzan.

Es decir, la Comisión Redactora Constitucional cuya integración fue ordenada en y por el Acto Legislativo 03 de 2002, dispuso otorgar al principio de congruencia un tratamiento tal que no fuera otro que el debidamente regulado en las disposiciones señaladas [Moya, 2006, págs. 13-24].

## **8. LA CONGRUENCIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA**

La producción jurisprudencial de la Corte Suprema en materia de congruencia desde que se implementó la Ley 906 de 2004, ha sido marcadamente contradictoria y ambivalente. Esto por cuanto en ocasiones ha concluido que el juez no puede modificar en absoluto la acusación (como por ejemplo en el proceso radicado 28961 el 29 de julio de 2008, con ponencia de Sigifredo Espinoza Pérez, y, en otras ocasiones concluye todo lo contrario, (proceso radicado No. 29335, del 31 de marzo de 2008, con ponencia de María del Rosario González de Lemos).

Sin embargo el 16-09-2009 en el proceso radicado 31780 con ponencia de Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, se vertebra la jurisprudencia arquimédica en la materia.

En efecto al abarcar el máximo de problemas jurídicos involucrados respecto del principio de congruencia, tomó el cuerpo del artículo 448 de la Ley 906 de 2004 y en contraste con el Acto Legislativo 03 de 2002, fijó su posición acogiendo las características propias de los modelos acusatorio y adversariales.

Ya habían sido ingresados unos “correctores” a la Ley 906 de 2004, tales como que el acusador tenía que fijar el tipo penal desde la audiencia de imputación, lo cual la involucró dentro de los extremos procesales del principio, y no corresponde con la el cuerpo original de la ley.

Y en efecto si bien se siguió hasta 2012 con dicha tendencia de manera predominante, surgieron sentencias hito que pueden consolidarse en lo dicho el 3-12-2014, con ponencia de Eyder Patiño, radicado 41315, favorable al predominio del principio iura novit curia, y con ello a un tratamiento propio de los procesos inquisitoriales.

De hecho las decisiones de la Corte favorables a esta última tendencia facultan a los jueces para modificar el contenido de las acusaciones, siempre que su modificación favorezca las condiciones en que quedaría el acusado de ser condenados en los precisos términos de la acusación.

Y sin embargo, han acogido que si de los hechos jurídicamente relevantes surgen circunstancias no consideradas en la acusación como agravantes o que califican, bien puede el juez condenar por ellas sin violar, a su juicio, el principio de congruencia.

La Corte se ha justificado en las mismas consideraciones que han servido de base en los procesos inquisitoriales a las facultades iura novit curia de los jueces. Es decir, en favor de la justicia, como si fuera un principio y no un valor, el juez puede sacrificar los derechos y garantías fundamentales del acusado, condenándolo por los delitos formas de responsabilidad, respecto de las cuales no hubo defensa.

(...)La Comisión Redactora Constitucional, como en muchos otros aspectos, no abordó el principio de congruencia a partir de sus verdaderos fundamentos, es decir, no estimó lo que implicaba este principio en el modelo procesal que estaban definiendo y, si bien a partir de las disposiciones concretadas no podría afirmarse que involucraron el principio iura novit curia, pareció que estaban pensando que las cosas no cambiaban mayormente y que lo predicado respecto del proceso inquisitorial de la Ley 600 de 2000, resultaba válido para el nuevo esquema procesal.

Lo cierto es exactamente lo contrario, pues esa operación que es la congruencia a partir del principio acusatorio y adversarial se desenvuelve de forma muy par-

ticular, precisamente opuesta a lo que se había venido practicando en nuestro medio acostumbrado a los modelos procesales de tendencia inquisitorial.

La ambigüedad o falta de certeza por parte de la Comisión Redactora puede superarse mediante la prosémica judicial, que es donde suceden las auténticas manifestaciones de apropiación de la institución procesal, aquello que hemos denominado individuación. Como decíamos el noema y la noesis de los hechos institucionales implican que hay algo de la institución que por más individuación es insustituible, y otros aspectos que hacen de la institución algo propio. Así como un automóvil puede ser usado de múltiples formas y además puede tener significaciones diversas, las mismas que quiera darle su dueño o poseedor, no podrá utilizarlo como si fuera un avión, con el proceso de tendencia acusatoria y adversarial se pueden hacer usos pero no hasta hacer de él un proceso inquisitorial, puesto que se tendría precisamente un proceso inquisitorial.

Las operaciones que no pueden sustituirse sin alterar la naturaleza misma del proceso, son la construcción de la verdad y el manejo operado al principio de congruencia.

En materia de congruencia la Sala de Casación Penal ha oscilado entre la tendencia acusatorio y adversarial y la tendencia iura novit curia, es decir, entre la posibilidad de impedir al juez intervenir en la construcción de las propuestas de juicio y las concesiones en ese sentido. Como es de esperarse si el proceso es por orden constitucional de un cierto tipo o tendencia, la Corte debía atenerse a dicha definición, pues como ella misma se lo recuerda a los demás jueces, están sujetos nada más que al imperio de la ley. Es decir, al menos en lo que al principio de congruencia respecta, no debían existir ambivalencias.

Pero las hay porque lo que hemos demostrado es que la Sala Penal ha oscilado entre ambos extremos, y cuando arquimédicamente pareció adoptar la definición que por ley corresponde, no tardó en volver hacia el otro extremo reconociendo facultades iura novit curia a los jueces, consistentes en poder cambiar a su leal saber y entender la propuesta de juicio del fiscal para condenar por un delito distinto de aquel por el cual se solicitó la sentencia.

Probablemente se quiera pensar que al haber condicionado a la conservación del núcleo fáctico, al género del delito y al beneficio del procesado, se haya matizado debidamente la facultad. Pero en el intento de guarecer la garantía de defensa logró exactamente lo contrario, porque si el fiscal no demuestra lo que afirmó en su propuesta de juicio lo que corresponde es absolver. Pero si el juez puede acomodar la calificación de conformidad con las pruebas traídas al proceso, lo que hará es condenar de conformidad con lo que estimó.

Por otra parte, no parece muy probable un auténtico control sobre esta facultad, puesto que las condiciones que contempló la Corte son tan amplias que soportarían muchas justificaciones en razón de la indeterminación de lo que es un núcleo fáctico, un beneficio para el procesado y el “género” del delito.

Pero hay algo demasiado visible y es que la Corte sólo hizo un estudio juicioso del principio de congruencia en al que señalamos como sentencia arquimédica, con posterioridad no se ha ocupado de verificar las implicaciones del principio de congruencia en el modelo procesal, ni mucho menos ha explicado sus variaciones, sus contradicciones y en fin, su posición que evidencia arbitrariedad, particularmente cuando afirma exactamente lo contrario a lo dispuesto en las normas, como ocurre con la obligación que inventó de tipificar aún incluso en la audiencia de formulación de imputación.

Que se trate de una posición en que el juez se dispone oponerse a lo ordenado por el legislador constitucional no parece ser la explicación, más bien se sugiere un problema de ignorancia acerca de los verdaderos fundamentos del modelo procesal.

Por otra parte, se encuentra que la Corte asume una serie de conclusiones como algo cierto y natural, dado sin solución de continuidad y sin polémica, precisamente al afirmar que la congruencia opera igual en la ley precedente que en la actual, es asumir que en verdad no existen cambios en función del modelo procesal. Esta es una forma de violencia simbólica, como lo dijera Bourdieu, al dar por sentadas significaciones que de verificarse con sensatez y sabiduría, la habría llevado a conclusiones diversas o a explicaciones apropiadas.

Lo cierto es que la Corte reinstaló el modelo inquisitorial en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004. Así que más que una individuación fue un no dar el paso que se propuso el legislador, y mantener la esencia del modelo inquisitorial dentro de un proceso que de acusatorio y adversarial no tiene más que la apariencia (...) [(1)Moya, 2012, págs. 261-262].

## 9. LA REFORMA EN CURSO

El artículo 148 de la reforma a la Ley 906 de 2004 que cursa en el Congreso, mediante su artículo original 148, modifica el 448 del Código de Procedimiento Penal, conforme al siguiente texto:

*“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que afecten o modifiquen el núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena”.*

Respecto de esta disposición no es difícil intuir el propósito de hacer ley algunas de las posiciones de la Corte Suprema, en el sentido de que el juez puede modificar la acusación, sólo que mientras la Corte ha sido persistente en dichas posiciones, respecto de poder el juez modificar los términos de la acusación predominantemente en cuanto a la tipificación y grado de responsabilidad, la propuesta señala la potestad en relación con los hechos.

Sin embargo la redacción es sumamente confusa. Obsérvese que si apreciamos la primera parte del enunciado, surge claramente el propósito de facultar al juez para emitir la condena por hechos diferentes a los que constituyen la imputación fáctica:

El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que afecten o modifiquen el núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena.

Teniendo en cuenta que en la propuesta integral desaparece la audiencia de imputación, la única imputación fáctica considerable es la que aparece en la acusación.

Sugiere claramente el aparte resaltado de la que sería la nueva disposición, que el juez puede hacer cuantas alteraciones estime procedentes, con el único límite de conservar el núcleo básico o esencial de la imputación fáctica.

Es posible que nada más se haya querido hacer eco de la jurisprudencia que faculta a condenar por circunstancias agravantes o atenuantes específicas que habiendo sido mencionadas, no fueron tipificadas. Pero tampoco podemos afirmar que sólo se dijo eso.

Luego tenemos la obligación de analizar la norma, y para ello nos valemos de la ruta semiótica.

Semánticamente las palabras en tanto signos no se ofrecen a mayores discusiones, sin desatender las inquietudes implicadas en los límites extensionales, es decir, todo aquello que pudiendo ser significado, es sin embargo excluido de la significación [Searle, 1997, págs. 38-47]. Por básico o esencial ha entendido el Diccionario de la Real Academia, todo aquello que resulta fundamental. Y por esencial, cuanto hace parte de la esencia.

Con respecto a los hechos debemos observar que previo a la acusación, son hechos brutos, es decir sin significado compartido y, una vez acogidos o mejor, en la versión acogida mediante la acusación, empieza la operación de adquisición de hechos institucionales, es decir con significado socialmente compartido [Searle, 1997, págs. 49-74].

Si se trata de un proceso de asignación de sentido, lo esencial no está dado por ellos mismos, sino por la asignación que pretende el fiscal que el juez definitivamente le otorgue.

Luego es el fiscal el que determina lo básico y/o esencial de su propia narrativa vertida en su acusación.

Ahora bien, desde que apareció la Ley 906 de 2004, muy poco se ha indagado científicamente acerca del significado de la expresión hechos jurídicamente relevantes. Basados en la técnica de la reconstrucción fidedigna e histórica, podemos establecer que por ello se entendió, todos aquellos que permitan identificarlos con un tipo penal. Al respecto y en respaldo puede verse el Acta 023 del 27 de junio de 2003 de la Comisión Redactora Constitucional, creada por el Acto legislativo 03 de 2002.

La teoría general del delito señala que los elementos de imputación al tipo objetivo se anteponen a las consideraciones de imputación al tipo subjetivo, pues sin lo primero ningún sentido jurídico adquiere lo segundo. De donde, los hechos irreductibles a un tipo penal son los que configuran la imputación al tipo objetivo [Roxin, 1997, págs. 342-411].

Lo que permite concluir que semióticamente debe entenderse por hechos básicos y/o esenciales, todos aquellos con que el fiscal configuró la imputación al tipo objetivo distinguido en la acusación.

Esto significa que las personas, su acción manifiesta en una forma verbal típicamente identificable, el objeto jurídico, los constitutivos de elementos normativos y, los elementos del delito, no pueden ser objeto de alteración por parte del juez.

Pero siendo así, el juez adquiere no obstante unas facultades *iura novit curia*, alarmantes frente a la indemnidad del derecho de defensa. Puesto que no puede cambiar:

A las personas involucradas, pero sí su intervención;

Las características de la acción, pero sí el sentido jurídico de la acción

El objeto jurídico, pero sí la tipificación;

Los hechos constitutivos de elementos normativos, pero sí su interpretación y ubicación en otro tipo penal;

Los instrumentos del delito pero sí su ubicación dentro de otro tipo penal.



Y poco o nada importaría que el cambio incremente o disminuya la responsabilidad, es decir que sea favorable o desfavorable al acusado.

Lo cual implicaría que la reforma le está otorgando facultades *iura novit curia* al juez, en términos jamás estimados en su alcance por la jurisprudencia nacional. Seguramente si esta proposición llega a ser norma, la misma jurisprudencia se encargará de matizarla y retornarla al sentido de la línea jurisprudencial.

Ahora bien, si consideramos la siguiente parte del enunciado, hallamos lo siguiente:

El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que afecten o modifiquen el núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena.

Esta parte no parece tener otro cometido que establecer la congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia. Pues ya ha sido autorizado el juez para implementar importantes alteraciones a la versión fáctica del fiscal, y dicha narrativa no puede estar más que en la acusación.

El último jirón de norma señala:

El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que afecten o modifiquen el núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena.

Esta parte reproduce *ad pedem litterae* lo que hoy revela el artículo 448 concluyendo el inciso. Es decir, la congruencia objetiva queda en los mismos términos de la versión original de la Ley 906 de 2004, significando que se establece entre la sentencia y el alegato final del fiscal. Entendiendo que el juez sólo puede condenar o absolver por los delitos respecto de los cuales el fiscal finalmente requirió la condena.

Respecto de la congruencia objetiva es que la jurisprudencia ha generado por vía de interpretación –totalmente errada e ilícita a nuestro juicio, todos los cambios hasta ahora anunciados dentro de su línea jurisprudencial, es decir, que se establece desde la imputación y, que el juez puede siempre degradar la responsabilidad.

Y teniendo en consideración que lo verdaderamente problemático de la congruencia es su versión objetiva, si lo que se busca mediante la reforma es solucionar los aparentes inconvenientes, cuanto se produce es que no sólo se

deja igual, sino que se generan otros al permitirle al juez hacer cambios que ni siquiera la Corte consideró viables.

Pero, sobre todo, lo que se intentó alterar en la parte que modifica el artículo 448, se frustraría, pues si el juez puede hacer cambios, pero en todo no puede condenar o absolver sino por los delitos respecto de los cuales el fiscal pidió la condena, evidentemente quedó atado a lo que éste último requiera.

Por conclusión, sólo se incrementa la ambigüedad y la inestabilidad que la interpretación suscita frente a una norma completamente desarraigada y funestamente concebida.

## CONCLUSIONES

La historia de la principalística penal autoriza reconocer en la congruencia un principio. Sin embargo su semiosis revela la existencia de unas funciones significativas, que permiten y deben diferenciarla en razón de la tipología de modelos procesales que, a su turno, corresponden con modelos de organización política, conforme a disímiles representaciones sociales sobre justicia penal [Moya, 2007].

Las visiones sobre el principio de congruencia, en tanto operación lógico-procesal, instrumental, o de control social, corresponden precisamente con el método hermenéutico, dogmático y semiótico, respectivamente.

Pues efectivamente se la puede considerar como una relación procesal entre la acusación y la sentencia, como un instrumento procesal de realización de principios de origen internacional o, como un modelo de control social sobre la actividad de los acusadores, con serias consecuencias ante su ineficacia o su intrepidez.

Lo cierto es que la congruencia tiene un efecto que se comunica en cuanto a las condiciones de las operaciones procesales, limitando o mejor, orientando el sentido de construcción de la justicia penal al juez, al acusador y al defensor.

Tenemos que la congruencia cumple una función signica en el proceso penal. Es un signo procesal. Se trata de un índice porque formula unos lineamientos por referencia, es decir, indica a los actores procesales de qué pueden hablar, y todo lo demás les queda excluido. Esta es su semiosis en el sentido peirceano [Pearson, 2008, págs. 247-296], pues además sirve de indicador para verificar la tendencia procesal. Así, en la medida que el juez puede alterar *iura novit curia*

la acusación, es tanto más inquisitorial que si le está vedada dicha opción, caso en el cual está indicando el peso de los principios acusatorio y adversarial.

Pero además es indicativa del control social que pesa sobre la función acusadora, pues si el acusador puede ser socialmente cuestionado a consecuencia de su precipitación o irresponsabilidad, incluso ignorancia, en su proceder, es tanto más auténticamente acusatorio y adversarial, es decir, democrático el modelo de ejercicio de justicia penal.

Que es así, que ha sido así y que debe ser así, lo demuestra la creación misma del principio de congruencia, que revela los graves efectos prescritos por el derecho romano clásico al acusador temerario. Siempre inspirado en la participación social [Iglesias, 1993].

Y fue con el criterio, por cierto, tomado del Estatuto de Roma, como se concibió el principio de congruencia en la Ley 906 de 2004. Pues establecida la congruencia fáctica y subjetiva entre la acusación y la sentencia, mientras que la objetiva entre la sentencia y la declaración final del fiscal en el juicio oral, traía por consecuencia y castigo al fiscal temerario, la absolución, entendiendo que el juez no podía más que declarar demostrada o no la acusación.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema trastocó el tema de forma sorprendente, pues cambió las normas y con ello las reglas de juego. Entendiendo que un juez no legisla, es insostenible en un Estado democrático, social y de derecho que este tipo de invasión suceda y, lo que es más lamentable, que sea tolerado, lo cual ha hecho parte del juego antidemocrático de los poderes constitucionales en nuestro país [Moya, 2007].

Lo cierto es que totalmente paralelo a lo dicho por la ley, la jurisprudencia dispuso un régimen conforme con el cual la congruencia fáctica y subjetiva surge desde la imputación hasta la sentencia, al igual que la objetiva. El juez puede, siempre degradar la responsabilidad, y puede reconocer agravantes y atenuantes no estimadas por el acusador, siempre que de su versión fáctica puedan desentrañarse. Poco o nada le importa a la Corte el principio de defensa.

La reforma, en el aparente intento de volver ley la doctrina jurisprudencial, dispuso que el juez puede hacer alteraciones a los hechos, siempre que no afecte su núcleo básico o esencial, y conste en la acusación.

Lo cual otorga poderes iura novit curia a los jueces, mucho más allá de los que reconoció la Corte Suprema.

Lo extraño es que deja incólume la regulación existente en cuanto a la congruencia objetiva, es decir, el juez sólo puede condenar o absolver respecto de los delitos por los cuales se requiera la condena, y ello sólo sucede al concluir el juicio oral cuando el fiscal alega de conclusión.

En otros términos, el juez puede modificar los hechos, pero sólo puede condenar por aquellos respecto de los cuales se pidió la condena.

Parece un juego necio y desordenado, semióticamente la metonimia de un cambio, y en el entretanto sigue en cuestión lo que bajo ninguna circunstancia puede cuestionar esta y ninguna otra institución: la dignidad de las personas, así lo ordena la Constitución, y así aspira que sea la sociedad [Neal, 2012, págs. 107-122].

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, E., 1979. *Curso de Derecho Romano*. Bogotá: Pluma Universitaria.
- Arangio, V., 1952. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Bernal, C., y Montealegre, E., 2004. *El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Betanzos, E., 2012. *Deontología Jurídica*. México: Editorial Porrúa.
- Biscardi, A., 1982. *Diritto greco antico*. Milano: Giuffrè.
- Brasiello, U., 1973. *La repressione penale in diritto romano*. Napoli: Jovene.
- Burdese, A., 1975. *Manuale de diritto privato romano*. Torino: Utet.
- Cannata, C.A., 1982. *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*. Torino: Giappichelli.
- Carrillo, J.A., 1976. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Damaška, M., 2002. *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- De Francisci, P., 1954. *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- De Francisci, P., 1983. *Storia del diritto romano. Volumen II*, edizione aggiornata. Milano: Giuffrè.
- Espitia, F., 2006. *Historia del derecho romano*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Espitia, F., 2006. *Instituciones de derecho procesal penal. Sexta Edición*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Augusto Ibáñez
- Foucault, M., 1970. *The Order of Things: an Archaeology of the Human Sciences*. New York: Vintage.

- García-Villegas, M., 2003. *Symbolic Power Without Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies. International Journal for the Semiotics of Law*. Edit. Springer. 16 (4): 363-393.
- Hegel, F. 1999. *Principios de una Filosofía del Derecho*. Barcelona: Edhasa.
- Ihering, R. Von, 1997. *El Espíritu del Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons.
- Justiniano. 1988. *Cuerpo del derecho Civil Romano*. Traducción Ildefonso García del Corral. Valladolid. Editorial lex Nova.
- Iglesias, J., 1993. *Derecho romano. Historia e instituciones*. Barcelona: Edit. Ariel.
- Kant, I., 1989. *La Metafísica de las Costumbres*. Bogotá, Colombia: Tecnos.
- Klinkenberg, J.M., 2006. *Manual de Semiótica General*. Bogotá, Colombia: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Lüthmann, N., 1998. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos.
- Maier, J., 2002. *Derecho Procesal Penal, Tomo II Fundamentos*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto s.r.l..
- Mommsen, Th., 1999. *Derecho penal romano. Segunda Edición*. Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Moya, M.F., 2014. *Cómo se Construyó el Principio de Congruencia en el Código de Procedimiento Penal Colombiano*. 46: 81-118. Bogotá, Colombia: Legis.
- Moya, M.F., 2013. *Ontica, episteme e le origini del principio de congruencia nel processo penale [Imputazione - Principio di congruenza - Controllo penale - Processo penale - Sentenza. Sociologia del Diritto*. Italia: Franco Angeli Edizione. 10.3280/SD2013-002002: 37-64.
- Moya, M.F., 2012. *El Principio de Congruencia en el Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004*. Bogotá, Colombia: Universidad La Gran Colombia.
- Moya, M.F., 2012a. *La Verdad y el Espacio Procesal Penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Moya, M.F., 2012b. *El Sistema Penal en Hegel. Revista de Derecho Penal Contemporáneo*. Bogotá: Legis. 40: 85-104

- Moya, M.F., 2010. *Una Manifestación de Política Penal Aplicada: El procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.
- Moya, M.F., 2007. *Los fallos penales por inasistencia alimentaria: Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Moya, M.F., 2006. *Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.
- Neal, M., 2012. *Dignity, Law and Language-Games. International Journal for the Semiotics of Law*. Edit. Springer. 25 (1): 107-122.
- Nobles, R. and Schiff, D., 2014. *Lühhmann: Law, Justice, and Time. International Journal for the Semiotics of Law*. Edit. Springer. 27 (2): 325-340.
- Ost, F., 1993. *L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit. International Journal for the Semiotics of Law*. Edit. Springer. 6 (2): 227-247.
- Paour, R. 2008. *Vers Une 'Déconstruction' De L'idée De Souveraine Chez Bodin. International Journal for the Semiotics of Law*. Edit. Springer. 21(1): 85-91.
- Pearson Ch., 2008. *Beyond Peirce: The New Science of Semiotics and the Semiotics of Law. International Journal for the Semiotics of Law*. Edit. Springer. 21 (3): 247-296
- Pugliese, G., 1985. *Scritti giuridici scelti. II. Diritto Romano*. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino. Ristampe. Napoli: Jovene.
- Roxin, C., 2000. *Derecho Procesal Penal*. Ed. 25. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, Argentina.
- Roxin, C., 1997. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas S.A. Madrid.
- Santalucía, B., 1989 *Diritto e processo penale nell'Antica Roma*. Milano: Giuffrè.
- Schmidt, E., 2006. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Traducción José Manuel Núñez. Edit. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. Deutschland.

Scialoja, V., 1954. *Procedimiento civil romano. Ejercicio de defensa de los derechos*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.

Searle, J. 1997. *La Construcción Social de la Realidad*. Barcelona: Paidós.