



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 020

(Sesión del 13 de febrero de 2023)

Radicado: 050016000206202007374
Procesado: Jesús Asdrúbal Yepes Yepes
Delito: Violencia intrafamiliar Agravada
Asunto: Representante de víctima recurre concesión de subrogado penal
Decisión: Anula
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 15 de febrero de 2023

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Sería del caso que la Sala resolviera el recurso de apelación interpuesto por la Representante de la víctima, en contra de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juez Segundo Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Caldas-Antioquia que, tras la aprobación de un preacuerdo presentado entre la Fiscalía y el ciudadano Jesús Asdrúbal Yepes Yepes, condenó a este último a la pena de 25 meses de prisión como autor de Lesiones Personales Dolosas, y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena; no obstante, se advierte necesario variar el trámite, por las razones que pasarán a exponerse.

2. HECHOS

El 26 de febrero de 2020, Paula Andrea Sánchez Tabares denunció penalmente a Jesús Asdrúbal Yepes Yepes por el Delito de Violencia Intrafamiliar, afirmando que viven en unión libre en la Vereda La Corralita del

municipio de Caldas-Antioquia, y el día anterior, 25 de febrero, estuvieron en una reunión familiar y fue víctima de amenazas y maltratos físicos y psicológicos por parte de este tras haberle hecho un reclamo, afirmando que teme por su vida pues según dijo, él posee armas de fuego.

En otra denuncia que fue conexada a la anterior, se afirma que el 20 de abril del mismo año, a eso de las 11:30 en la Vereda La Corralita, el señor Jesús Asdrúbal Yepes Yepes, maltrató física y verbalmente a su compañera permanente Paula Andrea Sánchez Tabares, con quien convivió aproximadamente seis años, pues además de proferir insultos en su contra la agarró del cuello y del cabello reventándole una cadena de oro que no encontró, pegándole puños y patadas por todas partes del cuerpo, dejándole morados los brazos y pecho, también le hizo una cortada superficial en el brazo derecho y parte del hombro; al ver que estaba sangrando dejó de golpearla. Dice la denunciante que como pudo se encerró en una habitación y llamó a la policía, quienes llegaron y se quedaron hablando con él un rato, luego golpearon la puerta y los agentes le dijeron que ellos no podían hacer nada puesto que estaba en la propiedad de él, que entonces quien se tenía que ir era ella, por lo que empacó rápido sus cosas y se fue a casa de sus padres.

Posteriormente fue al hospital San Vicente de Paul de Caldas-Antioquia y luego a la URI de Envigado a entablar la denuncia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de septiembre de 2020, se dio traslado del escrito en el que la Fiscalía acusó al señor Jesús Asdrúbal Yepes Yepes como autor del delito de Violencia Intrafamiliar Agravada conforme al inciso segundo del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al recaer la conducta sobre una mujer; mismo que correspondió por reparto al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas-Antioquia, Despacho que avocó conocimiento del asunto el 9 de noviembre de ese mismo año y programó fecha para la realización de la audiencia concentrada.

El 15 de diciembre de 2020 se desarrolló la audiencia concentrada conforme a la ritualidad consagrada en el artículo 542 del Código de Procedimiento Penal.

El 15 de febrero de 2021 se dio inicio a la audiencia de juicio oral, con sujeción a lo consagrado en los artículos 366 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el procesado Jesús Asdrúbal Yepes Yepes nuevamente se declaró inocente del delito de Violencia Intrafamiliar Agravada¹, luego las partes procedieron a presentar las respectivas estipulaciones probatorias y a exponer sus teorías del caso² en donde la delegada de la Fiscalía advirtió que al final de la práctica de pruebas solicitaría condena por el delito de Violencia Intrafamiliar Agravada y el defensor afirmó que el Ente Acusador no podría probar más allá de unas Lesiones Personales.

Se reprogramó fecha para continuar con la vista pública y, más de un año después, esto es el 6 de mayo de 2022, previo a continuar con el juicio y dar inicio a la práctica probatoria las partes advirtieron que habían llegado a un preacuerdo por virtud del cual según expuso la Fiscalía³ *“atendiendo al principio de progresividad en la ley procesal penal, cumpliendo con el principio de legalidad, con sometimiento al núcleo fáctico de la formulación de imputación y en concordancia con la SU 479 de 2019, se celebra entre las partes preacuerdo consistente en que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 351 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tipificara de otra forma la conducta, degradando al delito de lesiones personales dolosas de conformidad con lo consagrado en el artículo 111, 112 y 113 inciso 1º del Código Penal que consagra una pena de 16 a 108 meses de prisión, acordando una pena de 25 meses por la violencia ejercida en contra de la víctima y multa de 20 SMLMV”*; entonces reitera la delegada del Ente Acusador que el acusado *“se declara culpable y acepta cargos en la calidad de autor material de la conducta punible de lesiones personales dolosas, artículos 111,112 y 113 inciso 1º del Código Penal, por incapacidad para trabajar o enfermedad, si el daño consistiere en deformidad física transitoria la pena será de prisión de 16 a 108 y multa de 20 a 37.5 SMLMV.”*

¹ Minuto 9:34

² Fiscalía a partir del minuto 19:15 y Defensa a partir del minuto 24:51

³ A partir del minuto 19:34

En virtud a lo anterior, el Juez le impartió aprobación al preacuerdo, anunciando el correspondiente sentido del fallo de carácter condenatorio.

Acto seguido se le dio trámite a la audiencia de individualización de pena y sentencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, misma en la que la delegada de la Fiscalía manifestó que el señor Jesús Asdrúbal Yepes Yepes no tiene antecedentes penales, la pena se acordó en 25 meses de prisión y multa de 20 SMLMV y, deja a criterio del Fallador la concesión de algún subrogado penal.

El defensor del procesado manifestó que no existe ninguna circunstancia que inhabilite o prohíba en este caso el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor de su asistido, máxime que se cumplen todos los presupuestos tanto objetivos como subjetivos consagrados en el artículo 63 del Código Penal.

Por su parte, la Representante de la víctima advirtió que si bien se preacordó entre Fiscalía y procesado que a este se le impondría la pena del delito de Lesiones Personales -mismo que en efecto no cuenta con prohibición del artículo 68A del Código Penal-, la conducta por la que se emite responsabilidad es por Violencia Intrafamiliar, agravada para este caso; ello dada la postura reiterada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto. Trae a colación sentencias como la 52227 de 2020, las 51689 y 53183 de 2021 y las SP16907 de 2016 con Radicado 46684 y SP866 de 2007 para indicar que se debe acoger la tesis respecto de la cual la modalidad de preacuerdo que consagra el numeral 2º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal impone que la regla establecida en el inciso 1º de la misma norma, el preacuerdo versa sobre los términos de la imputación y, se acepta responsabilidad por el delito imputado a cambio de que la Fiscalía como único beneficio tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Acota que de acuerdo con la dinámica propia que acompaña la celebración del preacuerdo, solo a partir de esa manifestación del procesado es que cobra vigencia la compensación que ofrece el Ente Acusador, ello teniendo

en cuenta que no se trata de una corrección a la realidad de la imputación fáctica. Por ende, solicitó al *a quo* que analice de manera acuciosa estas sentencias enunciadas, para el momento de estudiar la concesión del subrogado penal en favor del señor Jesús Asdrúbal pues es claro que en este caso no procede en modo alguno el subrogado por lo que depreca se le dé cumplimiento a la postura de la Corte.

3.1. Decisión de primera instancia.

En virtud del preacuerdo, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que Jesús Asdrúbal Yepes Yepes había aceptado el cargo de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su abogado defensor, el sentenciador le impuso la pena que se había acordado con la Fiscalía General de la Nación, esto es, 25 meses de prisión y multa de 20 SMLMV.

Frente a la suspensión condicional de ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 del Código Penal señaló el *a quo* simplemente que se reunían tanto el aspecto subjetivo como el objetivo, pues el sentenciado carece de antecedentes penales y la pena impuesta no supera los 4 años de prisión; por lo que accedió a concederle dicho beneficio, por un periodo de prueba de 2 años, mismo que garantizará mediante caución juratoria, para lo cual deberá firmar un acta de compromiso con las obligaciones contenidas en el artículo 65 de Código Penal y, además, deberá comprometerse a buscar un tratamiento de tipo médico y psiquiátrico para su adicción al licor y a las sustancias psicoactivas

3.2. Del recurso de apelación interpuesto por la Representante de la víctima.

Inconforme con la decisión de concederle el subrogado penal a Jesús Asdrúbal, la apoderada de la señora Paula Andrea Sánchez Tabares argumentando que el *a quo* no se pronunció sobre los argumentos por ella esbozados en la audiencia del 447, por lo que considera que con ello desconoció los derechos que le asisten a la víctima, al no hacer

manifestación alguna al respecto. Ni siquiera indicó el motivo por el cual no le asistía la razón frente a la postura que expuso, ni el por qué no acogía sus planteamientos, mismos que en varias oportunidades ha indicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de providencias como las aludidas por ella cuando se le dio el uso de la palabra a efectos de que se tuvieran en cuenta a la hora de proferir fallo y se determinara si era procedente o no la concesión de subrogados teniendo en cuenta que en ellas la interpretación que podría darse es que en este caso al haber mediado un preacuerdo, los subrogados se deberían negar ya que el delito base de Violencia Intrafamiliar no permite licencia alguna.

Acota que el preacuerdo se realiza con miras a disminuir la pena al momento de degradar la conducta, pero no para otorgarle subrogado alguno. Arguye la apoderada que es como si su presentación en la audiencia de 447 hubiese pasado completamente desapercibida o como si no hubiese estado. No solo basta con la aceptación a cargos y el pago de una indemnización, sino que también se debe dar credibilidad a la justicia y aplicar la ley; los jueces al momento de motivar sus fallos deben indicar las razones por las cuales acogen o no los criterios orientadores, máxime cuando una de las partes o intervinientes deprecia que sean tenidos en cuenta, pero en este caso no fue así. Es por ello que solicita se revoque la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la concesión del subrogado pues en este asunto no procedía el otorgamiento de tal beneficio.

3.2.1. Pronunciamiento de la delegada de la Fiscalía General de la Nación como sujeto procesal no recurrente.

Partió por indicar que razón le asiste a la impugnante en cuanto a que el *a quo* no se pronunció frente a su solicitud realizada en la audiencia del 447 frente a la no concesión de subrogados penales; comparte esta inconformidad.

Es cierto que el delito base por el cual se dio traslado de escrito de acusación fue el de Violencia Intrafamiliar el cual tiene prohibición legal de conceder algún subrogado, empero, afirma la Fiscal que en virtud del principio de progresividad de la ley penal y aplicando el de legalidad realizó preacuerdo

con el acusado y la defensa, teniendo en cuenta declaraciones juramentadas solicitadas por la Defensa a la Fiscalía, donde se afirma que el señor Jesús Asdrúbal Yepes Yepes y la señora Paula Andrea Sánchez Tabares no convivían bajo el mismo techo, ni tenían una relación de pareja estable, por lo que se desprende que no se configura el delito de Violencia Intrafamiliar sino el de Lesiones Personales Dolosas y, conforme a ello se pactó la pena, teniendo en cuenta que en el tipo penal de Lesiones Personales Dolosas no existe prohibición legal para la concesión de los subrogados penales por lo que, al consagrar una pena inferior a tres años, el Juez de primera instancia le concedió el subrogado.

Refiere la señora Fiscal que existen pronunciamientos de la Corte Constitucional -no señala cuáles- que establecen *“Sobre la teleología de los preacuerdos y negociaciones como una expresión de la justicia premial, con los cuales, señala, básicamente se persigue permitir la intervención de las personas implicadas en la solución del conflicto que se genera a raíz del delito; así mismo, que no se conciba al delito como una infracción a la ley del Estado sino como una conducta que origina un conflicto frente al cual se debe ofrecer una solución lo más legítima y menos violenta posible y, por último, que con ellos se busca evitar la saturación de la administración de justicia en materia penal, aplicando mecanismos que conduzcan a la terminación anticipada del proceso a partir de lo cual se dé una solución rápida y eficaz al conflicto. Expresa que bajo esa perspectiva es que se establecieron los preacuerdos y negociaciones, en desarrollo de los cuales se faculta a la Fiscalía para que pacte con el inculpado su grado de participación en el delito, lo cual, a la postre, se refleja favorablemente en la reducción de la pena, amén de que también el ente acusador y el procesado pueden acordar las condiciones en que se cumplirá la sanción”*.

Solicita a la segunda instancia se confirme íntegramente la sentencia condenatoria proferida en contra de Jesús Asdrúbal Yepes Yepes, por haber aceptado cargos vía preacuerdo por el delito de Lesiones Personales Dolosas, pues considera que tiene derecho al subrogado penal, puesto que el preacuerdo se realizó solo para efectos de disminución de pena.

3.2.2. Pronunciamiento del defensor como sujeto procesal no recurrente.

Manifiesta la Defensa del ciudadano encartado que ninguna discusión especial se suscitó por parte de la Representante de víctimas y menos por el Juez de conocimiento frente al preacuerdo aprobado dado que el mismo en cumplía con los requisitos de ley y se encontraba dentro de las prerrogativas dadas a la Fiscalía General de la Nación, más aún cuando la Fiscal indicó que la negociación realizada se fundamentaba en el hecho de que se aplicaría el principio de progresividad de la investigación dado que a solicitud de él se recibieron declaraciones juramentadas que acreditaban con suficiencia la no convivencia ni la conformación de un núcleo familiar entre el procesado y la víctima, así como tampoco que tuviesen hijos en común, lo cual llevó de manera unilateral a la Fiscalía a variar la adecuación típica de la conducta inicialmente acusada, por la de Lesiones Personales Dolosas. Ello es discrecional de la Fiscalía para la presentación de los preacuerdos conforme a la Sentencia SP-13939 de 2014 con Radicado 42184.

Afirma que el fundamento y motivación de la decisión de modificar la adecuación típica de manera unilateral a los hechos investigados lo adquirió la Fiscalía con base en los elementos materiales probatorios que dieron sustento a la negociación y que fueron puestos a disposición de las partes y del *a quo* quien, previo a aceptar el preacuerdo celebrado, tuvo la oportunidad de valorarlos, resolviendo en derecho y profiriendo decisión que se fundamentó en lo acordado por las partes.

Acota que las sentencias aludidas por la apelante no son unificadoras de criterio y, para el caso concreto, no tendrían aplicación por la situación fáctica y procesal tantas veces mencionada; existen en igual sentido pronunciamientos de la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que han variado de manera sustancial los criterios auxiliares de interpretación judicial, siendo así un tema que no es para nada pacífico. Por ende, considera necesario se analice por la segunda instancia los referentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que, frente a eventos similares al sub examine, determinan con claridad el hecho de que si se acredita la no convivencia entre el agresor y la víctima al momento de ocurrencia de los hechos, simplemente no se tipifica el delito de violencia intrafamiliar y por ende el delito en que se degradara es al del capítulo de la

integridad personal, el de lesiones personales dolosas en sus diferentes variaciones.

Se refiere a referentes jurisprudenciales como la i) SP14151-2016 (45647), violencia intrafamiliar puede ser un suceso único, lo importante es que se lesione el bien jurídico de la unidad y la armonía familiar; ii) SP8064-2017 (48047), violencia intrafamiliar. diferencias dogmáticas a las lesiones personales -si no hay convivencia se tramitará por lesiones personales; iii) SP2706- 2018 (48251) violencia intrafamiliar no aplica cuando cesa la convivencia; iv) AP1283-2019 (49560) violencia intrafamiliar vs lesiones personales dolosas, se decreta nulidad desde la imputación para garantizar condición de procedibilidad; y v) 1462-2022 (52099), es improcedente tipificar el delito de violencia intrafamiliar en agresiones de exparejas que ya no comparten su sitio de residencia, con independencia de que tengan hijos en común o no.

Los anteriores referentes jurisprudenciales, pero en especial el último en donde la Corte Suprema de Justicia decide casar la sentencia y modifica la conducta punible, condenando por lesiones personales y suspendiendo la ejecución de la pena, este es sin duda el que se adaptaría a la situación fáctica y procesal objeto de disenso y la cual solicita se de aplicación para confirmar la sentencia impugnada.

Se evidencia en los argumentos dados por la representación de víctimas, que su inconformidad radica en que de manera expresa el Juez no avaló sus dichos frente a la no concesión del subrogado, pero lo cierto es que si bien existe una brevedad argumentativa en punto a la audiencia de individualización de pena y subrogados, claro es que en el cuerpo de la sentencia se toca el tema bajo discusión y de manera clara el *a quo* toma una de las tesis propuestas como suya y la utiliza como fundamento para la concesión del subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena en favor de su asistido. No es cierto que el Juez de primera instancia no contestara las peticiones hechas por la representante y menos que se menoscabe con ello los derechos de la víctima (que sin duda fueron más que

garantizados pese a su comportamiento procesal de inasistencias constantes sin justificación alguna).

Resalta que la sentencia impugnada cumplió con los parámetros y problemas jurídicos a resolver, analizó los temas propuestos y fincó su posición dogmática y jurídica frente a concesión del subrogado penal solicitado, afirma además que no existen camisas de fuerzas argumentativas que indiquen la manera en que se debe emitir una sentencia y la forma en que se resuelven las peticiones de las partes e intervinientes; pese a lo escueto del argumento en la sentencia impugnada sí se abordó el acápite pertinente.

Al parecer, el fundamento de la apelación de la representación de víctimas obedece a la valoración errada y equivocada que se le dio a la situación fáctica acreditada de no convivencia de los involucrados y el contenido de su apelación enseña que la convicción para oponerse al subrogado solicitado, no surgió de la naturaleza y condiciones de los elementos de prueba practicados y los argumentos dados por la Defensa en el transcurso de la petición, sino que fue adaptada a la convicción errónea que se tenía. Por lo que considera el suscrito que este yerro de la representante de la víctima genera su equivocada apreciación de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para el estudio de viabilidad del subrogado. Solicita se confirme íntegramente la sentencia de primera instancia.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004⁴.

4.2. Problema jurídico.

⁴ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y sentencias que en primera instancia proferían los jueces del circuito y **de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.** (Negrillas de la Sala de Decisión).

Se ocupará esta Sala de determinar si la Fiscalía General de la Nación estaba habilitada luego de iniciado el juicio oral, conforme a la Ley 906 de 2004, para variar el *nomen iuris* de la calificación jurídica atribuida en principio al ciudadano procesado y si al, habérselo permitido, ello genera la aplicación del remedio extremo de la nulidad.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

De entrada, advierte esta Sala que la respuesta al problema jurídico expuesto es negativa pues tal situación no es posible en la Ley 906 de 2004, de un lado porque existe una formulación de acusación vinculante, misma que se hizo conforme a la ritualidad establecida en los artículos 536 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Esa acusación es inmodificable, aún por la misma Fiscalía.

Si bien en los procesos mixtos inquisitivos está habilitada la variación de la calificación jurídica, no ocurre lo mismo en el sistema penal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004. Así, por ejemplo, en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 se establecía:

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

Aunado a lo anterior, si bien en el Código de Procedimiento Penal, el artículo 351 en su inciso 3º contempla la posibilidad de variar la calificación jurídica, ello solo es posible entre la imputación y la acusación, razón por la cual la Ley dice *“por causa de nuevos elementos cognoscitivos...”*, así que *“los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación”*.

En el *sub iudice* es evidente que la delegada de la Fiscalía General de la Nación aplicó el citado artículo de la Ley 600 de 2000 pues hizo alusión al principio de progresividad -de la investigación- para afirmar, en punto de una

supuesta negociación, que consideraba que el delito correcto por el que debía responder el señor Jesús Asdrubal Yepes Yepes era el de Lesiones Personales Dolosas en virtud a unas entrevistas que, luego de iniciado el juicio oral, había realizado a petición de la Defensa del acusado y que, según dijo desdibujaban la conducta de Violencia Intrafamiliar. A tan irregular actuación por parte del Ente Acusador y permitida por el Juez de primera instancia se le suma que, en concreto, la Fiscalía no aclara en qué consiste el beneficio para el procesado por aceptar ese cargo, más aún si se tiene en cuenta que la aceptación de cargos en juicio conlleva una rebaja de la sexta parte de la pena imponible; empero, se itera, esta modalidad de negociación no es posible luego de la acusación.

En virtud de lo anterior, resulta preciso aclarar que si bien antes de la acusación, las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente corresponde, ello debe verse reflejado en la imposición de la sanción penal, donde se concreta el beneficio, más no en la declaratoria de responsabilidad penal.

Como se dijo en párrafos precedentes, se trató en este caso de un trámite a todas luces poco ortodoxo pues el proceso penal se rige por un sistema adversarial o de contrarios, es decir que cada parte consigue sus pruebas. No comprende esta Sala ni se encuentra explicación alguna al hecho de que en el *sub examine* la Defensa le haya pedido a la Fiscalía que recolectara unas pruebas para luego llevarlas a un juicio que ya había iniciado.

Conforme a lo expuesto es claro que luego de la audiencia de formulación de acusación -concentrada para casos como el de marras regidos por la Ley 1826 de 2017- la Fiscalía General de la Nación no puede desistir ni retirar la acusación, ni variar la calificación jurídica pues no es provisional, sino definitiva. Pero, además, también es claro que esa pretensión realizada al Juez, de variación del *nomen iuris* o de que se condene por un delito menor es de un sujeto procesal, que no es vinculante, como tampoco lo es la petición de absolución.

Es importante en todo caso reiterar que antes de la acusación, en virtud de un acuerdo, no es posible asignarles a los hechos una calificación jurídica que no corresponda. Es así como el numeral 2° del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1260 de 5 diciembre 2005, “*en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente*”.

Así mismo resulta imperioso destacar que en el ordenamiento procesal como en el sustantivo, existen límites y prohibiciones que la Fiscalía General de la Nación debe verificar a la hora de negociar y el operador judicial a la hora de validar el acuerdo. Sea del caso hacer alusión a lo acotado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵, al recordar que:

“el juez competente para examinar los términos de la negociación, debe verificar si están dados los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, lo que incluye aspectos como los siguientes:

*(i) La existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) **la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente informado; etcétera**” (Negrillas de la Sala)*

También es importante advertir que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, en varias ocasiones, ha tenido la oportunidad de evidenciar situaciones en las cuales la Fiscalía General de la Nación, sin un motivo explícito aparente, modifica en sede de acusación la calificación

⁵ SP384-2019 del 13 de febrero de 2019. Rad. 49386. MP. Patricia Salazar Cuéllar.

jurídica realizada en la audiencia de formulación de imputación, con la aparente finalidad de beneficiar al procesado y, así, facilitar la celebración de un preacuerdo; es decir, el Fiscal está facultado para modificar la calificación jurídica pero durante la acusación, tanto en el trámite ordinario como en el que debe surtirse cuando se trata de terminación anticipada de la actuación en razón del preacuerdo celebrado por la Fiscalía y la Defensa; después de este estadio procesal le está vedado.

Pues bien, en el *sub examine* se aprobó un preacuerdo a todas luces ilegal por varias razones. La primera y más importante, porque no quedaron claros los términos del mismo y se le dio tratamiento de negociación a una variación de la calificación jurídica inoportuna e improcedente teniendo en cuenta el estadio procesal en que se encontraba el asunto; pero además no quedó claro en modo alguno cuál era el beneficio o la rebaja en favor del acusado por esa negociación si se tiene en cuenta que lo que hizo fue una manifestación de culpabilidad preacordada con la Fiscalía frente a una conducta a la cual no debía allanarse porque la Fiscalía no podía variar la inicialmente endilgada; en tercer lugar en la sentencia no se resolvieron los pedidos de la Representante de víctimas, siendo importante en este punto recordar que, tal y como lo expuso la censora, está decantado jurisprudencialmente el hecho de que cuando se aceptan cargos por la vía del preacuerdo, el procesado responde por el punible cometido y no por el preacordado –aspecto este que, se itera, no quedó claro en este asunto-, pues no se puede modificar para todos los efectos la responsabilidad de la conducta cometida, máxime si se tiene en cuenta que la Fiscal fue enfática en que *“el procesado y su defensor no discuten los hechos y los elementos materiales de prueba con que cuenta la Fiscalía para establecer la responsabilidad”*⁶.

En consonancia con lo antedicho, las partes de manera inoportuna acordaron una terminación anticipada que representó una variación de la calificación jurídica, totalmente improcedente teniendo en cuenta la tan avanzada etapa en que el proceso se encuentra; así mismo, se desconoció el delito imputado para concretar la suspensión condicional de la ejecución de la pena en

⁶ En el numeral 5. de los términos del preacuerdo anotados en el escrito presentado y suscrito por las partes.

manos del Juez de primera instancia quien, en total desconocimiento del precedente jurisprudencial pacífico y reiterado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, obvió una clara prohibición legal, específicamente la del artículo 68A del Código Penal que restringe los subrogados para el delito de Violencia Intrafamiliar.

De otro lado, llamó poderosamente la atención de esta Sala la absoluta falta de motivación de la sentencia en relación con la solicitud incoada por la ahora apelante en la audiencia de individualización de pena pues, contrario a lo afirmado por el defensor como no recurrente respecto a que sí se resolvió sobre la solicitud de la representación de víctimas, no se observa en la sentencia que se resolviera esta arista del proceso. Resulta a todas luces reprochable la actuación por parte del *a quo* en tanto la motivación de la sentencia es un aspecto esencial al ser una labor que va más allá de la mera enunciación de una norma, pues debe estar referida a la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica de la providencia en todos los aspectos y que debe ser explícita y completa.

Luego entonces, se profirió una sentencia por un delito que la Fiscalía varió tardíamente lo cual devino en la concesión un beneficio totalmente improcedente sin una fundamentación jurídica que comulgue con el reiterado precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al tema, a pesar de que la representación de la víctima se lo puso de presente al Juez de primera instancia quien sin fundamento alguno, lo omitió; esto por sí mismo, sería razón suficiente para decretar la nulidad, por falta de argumentación frente a una de las aristas del problema jurídico planteado por uno de los intervinientes, causal aplicable si no fuera porque en la secuencia procesal encontramos otra causal de nulidad que se configuró con antelación a esta.

Siendo consecuentes con lo esbozado en los párrafos precedentes, en este caso se dio una mala praxis judicial porque, con fundamento en una supuesta negociación que no era posible se permitió la variación de la calificación jurídica de la conducta punible por la que fue imputado y acusado el procesado en un momento procesal completamente inoportuno lo cual

deviene en una irregularidad que, sin lugar a dudas, afecta la estructura formal y conceptual del debido proceso⁷, lo que de paso conlleva la vulneración de garantías fundamentales, tornando imperioso el remedio extremo de la nulidad de que trata el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, ya que no es posible en esta instancia entrar a corregir dicho yerro pues, se itera, las etapas del proceso son preclusivas y, a tan avanzado estado de la actuación procesal, la Fiscalía ya no podía realizar con el procesado un supuesto preacuerdo que se circunscribiera a la variación de la calificación jurídica.

Como consecuencia de lo visto es preciso recalcar que en tratándose de nulidades es un deber inexcusable tener en cuenta que tal materia se encuentra regida, entre otros, por el principio de taxatividad, a lo que se suma que la demostración de irregularidades que tenga la potencialidad de enervar el trámite, requiere de claras y precisas pautas demostrativas ya que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia de la actuación, y en tal virtud la afectación debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar las bases estructurales del proceso o algún derecho fundamental de las partes o intervinientes⁸, como en el *sub examine* ha venido exponiéndose se vulneró el debido proceso al habilitarse un trámite que había fenecido y, por ende, ya no estaba permitido.

Observando entonces la Sala esa transgresión al debido proceso, es pertinente citar el concepto que de la institución jurídica elaboró el Magistrado de la Sala Civil de este Tribunal, Martín Agudelo Ramírez⁹ quien lo ha definido así:

“El debido proceso es un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho. Es un derecho de toda persona a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en los que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y

⁷ Concretamente en lo que tiene que ver con los artículos 33 de la Carta Magna, 8° y 10° inciso 4° la Ley 906 de 2004.

⁸ CSJ, SP. AP5183-2015, Radicado N° 45908 del 9 de septiembre de 2015, M.P Eugenio Fernández Carlier.

⁹ Agudelo Ramírez, M. (2005). El debido proceso. Opinión Jurídica, 4 (7), 89-105.

cuando se dé la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados con las resoluciones que allí se adopten”. (Negrillas y Subrayas de la Sala)

En este asunto se causó un daño al debido proceso al incurrir en vías de hecho por no ceñirse al sistema reglado, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional¹⁰:

“...lo que se protege no es el riguroso seguimiento de reglas de orden legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal...”.

(...)

El derecho al debido proceso comprende no sólo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, y las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver” (Negrillas y Subrayas de la Sala)

En síntesis, habiéndose detectado dentro de la actuación que ahora ocupa la atención de esta Sala, la presencia de irregularidades sustanciales, insubsanables en estos momentos y violatorias del debido proceso, se impone entonces declarar la nulidad del juicio a partir del momento en que se presentó el ilegal preacuerdo que se puso de presente ante el *a quo*, para que se retrotraiga la actuación y se continúe con la práctica de pruebas en el juicio oral ya iniciado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia y por autoridad de la ley, **DECLARA LA NULIDAD** de lo actuado a partir de la audiencia llevada a cabo el 5 de mayo de 2022 –inclusive- fecha en la cual la Fiscalía General de la Nación varió el desarrollo del Juicio Oral ya iniciado para realizar una variación de la calificación jurídica. En consecuencia, **SE ORDENA LA DEVOLUCIÓN** de la carpeta al Despacho de origen para que se continúe con la actuación.

¹⁰ Sentencia T-290 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado