



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, viernes, veintidós de octubre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0103 del quince de octubre de
dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Al no haberse aprobado la ponencia presentada por el H. Magistrado LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, resuelve la Sala, por mayoría, lo que en derecho corresponde respecto al recurso de apelación interpuesto y sustentado por el delegad de la Fiscalía y el señor defensor contra la decisión adoptada por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí el 09 de junio de 2021, en la que improbió el preacuerdo celebrado entre las partes al considerar que con dicha convención se viola el derecho al debido proceso.

1. ANTECEDENTES

La Fiscal 45 Seccional de La Estrella, Antioquia, relató en el escrito de acusación que:

"El día primero de noviembre de 2019, a los 03:20 horas aproximadamente, en la Cra 50 con calle 83 sur, vía pública, en el municipio la Estrella, Antioquia, ANDRES TIBERIO JARAMILLO DAVID, debidamente identificado, y otras dos personas entre ellas MATEO OSORIO TEJADA , alias "la BARBIE", el tercero no ha sido identificado, dieron muerte a FRANCINI ANTONIO ROMERO GARCIA ,igualmente identificado, al causarle varias heridas en varias partes de su cuerpo usando arma corto punzante, heridas en total seis ubicadas en la cabeza, cuello, tórax, abdomen, extremidades superiores que dieron lugar a un choque hipovolémico por poli trauma y laceración de grandes vasos, siendo ésta la causa de la muerte. La descripción de las heridas se encuentra en el protocolo de Necropsia.

...

El señor ANDRES TIBERIO JARAMILLO DAVID, y sus otros dos compañeros del acto ilícito, al causarle la muerte a FRANCINI ANTONIO ROMERO GARCIA lo colocaron en situación de intensión (sic) al empujarlo y lesionarlo con armas cortopunzantes, y quienes al advertir la presencia de la policía emprendieron la huida, situación está que probablemente nos ubica en que la víctima se encontraba en situación de indefensión porque éste estaba solo y no tenía elemento alguno para defenderse, además cuando se enfrentaba ante tres sujetos más.

...

Dentro de la investigación no se logró establecer los móviles del homicidio, pero si la condición de la víctima como habitante de calle."

Luego de ser capturado, el señor ANDRÉS TIBERIO JARAMILLO DAVID fue presentado el 27 de agosto de 2020 ante el Juez Primero Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de La Estrella, Antioquia, funcionario que verificó la legalidad del procedimiento de captura y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio, previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía por la coautoría del delito de HOMICIDIO AGRAVADO, cargo que no fue aceptado por el imputado.

El 28 de septiembre siguiente se radicó escrito de acusación, la formulación oral se llevó a cabo el 03 de diciembre de la anterior anualidad en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, y la audiencia preparatoria se instaló el 09 de junio de 2021, oportunidad en la cual las partes manifestaron que habían llegado a un preacuerdo. Al respecto, el delegado Fiscal señaló que contaba con nuevos elementos que daban cuenta de hechos novedosos a los esgrimidos en la formulación de imputación y acusación, de los cuales se colegía que el señor ANDRÉS TIBERIO JARAMILLO DAVID había cometido el homicidio de FRANCINI ALBERTO ROMERO GARCÍA en un exceso de legítima defensa, dejando la situación fáctica actual en los siguientes términos:

"Con respecto a los hechos, el pasado primero de septiembre del año de septiembre a las 00:30 horas, exactamente en la carrera 50 con calle 83 sur, vía pública del municipio de la Estrella, fue atacado con arma corto punzante el señor Francini Alberto Romero García, habitante de calle por los señores Andrés Tiberio Jaramillo David y Mateo Tejada

Osorio, y otros dos sujetos de los cuales no se tiene en el momento identificación de los mismos.

Al parecer el ataque al hoy occiso se realizó porque, el mismo en compañía de otra persona no identificada, había hurtado un celular a una ciudadana de la cual no se logró identificación, y al advertir la presencia o la existencia de ese hurto, los señores Mateo Tejada Osorio y Andrés Tiberio Jaramillo David, persiguen en motocicleta al hoy occiso y fue atacado con puños y patadas por parte del señor Mateo Tejada Osorio y otras personas no identificadas que también lo persiguieron, en esas el señor Andrés Tiberio Jaramillo David, con un arma corto punzante que al parecer inicialmente esgrimió el hoy occiso, le ocasionó siete heridas en varias partes de su cuerpo, heridas ubicadas en región parietal izquierda, axilar izquierda, región cervical lateral superior izquierda, punzante en el espacio intercostal, punzante en región tercio derecho, perdón trapecio derecho, descripción de heridas que obran en el protocolo de necropsia de medicina legal.”¹

Con base en esta nueva delimitación de los hechos, a los cuales se llegó por causa de un interrogatorio realizado al señor MATEO OSORIO TEJADA el 11 de febrero de 2021 y el conocimiento de un proceso de hurto en contra de la víctima que data del año 2017, la Fiscalía realizó una nueva acusación en la cual mutó la calificación jurídica de la conducta inicial a un homicidio agravado cometido en circunstancia de exceso en la legítima defensa, y con fundamento en los recientes términos de la acusación y sin mayores explicaciones al respecto, las partes presentaron como resultado del preacuerdo la imposición de una pena de 72 meses de prisión y como único beneficio, atendiendo al monto de la sanción, la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria.

¹ Audiencia realizada el 9 de junio de 2021, récord de audio del minuto 00:12:08 hasta 00:20:20

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Considera la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí que resulta ilegal el acuerdo presentado entre el señor ANDRÉS TIBERIO JARAMILLO DAVID y la Fiscalía como quiera que los elementos materiales probatorios que sustentan la negociación y los aportados al inicio del acto procesal donde se presentó la negociación, no permiten establecer la nueva situación planteada por el ente acusador atinente a que el implicado hubiese cometido el homicidio endilgado bajo un exceso de legítima defensa.

Así las cosas, sostiene que el reconocimiento del contenido del canon 32 del código penal se evidencia realmente como un beneficio otorgado al señor JARAMILLO DAVID producto de la negociación realizada con la Fiscalía y no como consecuencia de una nueva realidad y aplicación del principio de legalidad, y destaca que dicho provecho deviene procedente, pero que la imposibilidad de aprobar el preacuerdo surge de la aplicación de la nueva línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en lo que tiene que ver con los dispositivos amplificadores del tipo que se reconocen a través de los preacuerdos como incentivo para imponer una menor punibilidad, resaltando que los mismos no deben afectar el delito base imputado al sujeto agente.

Entonces, asevera que, de conformidad con lo dicho en precedencia, la vulneración del debido proceso surge del reconocimiento de la prisión domiciliaria pactada por cuanto se desbordan los límites legales previstos en el artículo 38B del código penal, pues la pena del delito original que se endilgó tiene un mínimo de 400 meses de prisión -artículos 103 y 104 del código

penal-, lo que riñe ostensiblemente con las exigencias contenidas en el canon 38B ibídem en el que se estipula que la pena dispuesta por el legislador para el tipo penal no supere los ocho años, y no como erradamente lo está asumiendo el representante del ente acusador par reconocer el referido subrogado, esto es, que la pena impuesta no desborde esa cifra.

En consecuencia, la juzgadora de primera instancia improbió el preacuerdo presentado por las partes aduciendo que con el pacto realizado sobre el reconocimiento de la prisión domiciliaria se altera el debido proceso.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El delegado de la Fiscalía censura la determinación de la falladora de primera instancia indicando que en el presente asunto no se están concediendo dos beneficios, pues los medios de conocimiento obtenidos con posterioridad a la audiencia de acusación aclararon las circunstancias en que se dieron los hechos sin que sea admisible hacer caso omiso a esas precisiones a costa de mantener incólume un principio de congruencia.

Razona que en sub iudice no se violenta el principio de legalidad porque existen elementos que indican que sí se presentó una circunstancia de exceso en la legítima defensa que terminó con la vida de la víctima, ello por cuanto el acusado y sus compañeros, ante el hecho de que una persona les manifestó que acababa de ser hurtada, persiguieron a los presuntos ladrones en defensa de los intereses de un tercero. Así mismo, se tiene conocimiento que el

occiso esgrimió un arma y que estos sujetos lo que hicieron fue defenderse del posible ataque que podían sufrir, lo que denota que el reconocimiento del dispositivo amplificador del tipo penal no es fruto del capricho de la Fiscalía sino que tiene sustento en los medios de conocimiento recopilados con posterioridad a la acusación, mismo que considera como prueba sobreviniente.

Señala el recurrente que el quantum punitivo otorgado se encuentra dentro de los límites legales que resultan de la aplicación del reconocimiento del exceso a la legítima defensa, por lo que, teniendo en cuenta estas circunstancias en las que ocurrió el hecho, el procesado tiene derecho a unos beneficios como el otorgamiento de la prisión domiciliaria, debiéndose aplicar en este asunto los moduladores de la actividad judicial para no tener que agotar a un juicio oral y público.

Indica que, si bien podría existir una vulneración al principio de congruencia, ello solo es de manera formal por cuanto los elementos dan cuenta de la existencia de esa diminuyente punitiva y por ende no encontramos ante la presencia de un solo beneficio, razón por la cual solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia y en consecuencia se apruebe el preacuerdo en los términos que fue planteado.

El Defensor exterioriza su inconformidad con la decisión de primer nivel manifestando que la declaración rendida por el señor MATEO TEJADA OSORIO da cuenta de la existencia en este asunto de un exceso en la legítima defensa, lo que hace imperiosa la necesidad de variar la imputación inicial basada en ese nuevo elemento que muestra un panorama distinto al inicial y que no

constituye un regalo de la Fiscalía hacia el procesado, estando además la pena pactada ajustada al principio de legalidad de conformidad con esa nueva calificación jurídica derivada del hallazgo del reciente medio de conocimiento.

Anota que, con base en la modificación realizada al encuadramiento típico de la conducta delictiva, la concesión de la prisión domiciliaria no constituye un doble beneficio pues de conformidad con lo instituido en la ley y ante el actual panorama probatorio, su prohijado tiene derecho a purgar la pena en su domicilio.

4. LOS NO RECURRENTES

El apoderado de la víctima expone que el planteamiento del exceso en la legítima defensa es inexistente, motivo por el cual no se debe acceder a la apelación promovida por la Fiscalía y la defensa.

La representante del Ministerio Público menciona que la decisión censurada no se encuentra viciada de error de hecho o de derecho por cuanto es imposible afirmar que a partir de ese nuevo elemento material probatorio exista en este evento un exceso en la legítima defensa, tal como lo plantean los apelantes, motivo por el cual resulta ilegal el preacuerdo puesto en conocimiento por ser violatorio del debido proceso, pues se desconoce tanto la correcta calificación jurídica de la conducta delictiva como las directrices para el otorgamiento de subrogados y beneficios penales.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente el Tribunal para examinar por vía de apelación la providencia proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, mediante la cual improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado.

El instituto de los preacuerdos y negociaciones ha sido uno de los pilares fundamentales del nuevo esquema de investigación y juzgamiento en el derecho procesal penal acusatorio que adoptó el legislador colombiano mediante la Ley 906 de 2004 y su utilización ha sido muy dinámica en tanto que constituye una forma consensuada de terminar los procesos penales que reporta beneficios tanto para los procesados como para la administración de justicia. Puede entonces la Fiscalía celebrar negociaciones con el procesado respetando el principio fundante del Estado que es la justicia material, lo que se traduce en que el convenio que se celebre no solo sea legal y legítimo, sino que armonice los intereses de los intervinientes.

Y sobre el papel que desempeña el Juez dentro de las terminaciones anticipadas consensuadas, ha sido reiterativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al indicar que:

"4. El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.”

En este evento tenemos que los motivos por los cuales la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí estima que el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la acusada vulnera el debido proceso, y de paso el principio de legalidad, es porque se están ofreciendo dos beneficios ya que (i) el delegado del ente acusador degradó la conducta punible endilgada al reconocerle al señor ANDRÉS TIBERIO JARAMILLO DAVID la diminuyente del exceso en la legítima defensa consagrada en los numerales 6 y 7 del artículo 32 del código penal; y (ii) se pactó la concesión de la prisión domiciliaria pese a que el implicado no tendría derecho a la misma atendiendo a la amplia línea jurisprudencial según la cual los dispositivos amplificadores del tipo que se reconocen a través de los preacuerdos como incentivo para imponer una menor punibilidad no afectan el delito base imputado al sujeto agente, por tanto, en este evento se incumplen las exigencias fijadas en el canon 38B ibídem ya que el tipo penal de homicidio agravado contempla una pena mínima de 400 meses de prisión.

Pues bien, frente al primer punto aludido en precedencia debe decirse que le asiste razón a la Juzgadora de primera instancia al razonar que la variación de la calificación jurídica se observa como un beneficio derivado del preacuerdo celebrado entre las partes, pues en este momento esa tipicidad

novedosa no puede ser valorada como un ajuste de legalidad de los cargos endilgados ya que, a pesar de que en efecto esa es una de las facultades legales con las que cuenta el delegado de la Fiscalía, la oportunidad procesal que tenía para agotar dicha actuación ya feneció.

Recuérdese que es en el trámite de la audiencia de formulación de acusación que el representante del ente acusador puede aclarar, adicionar o corregir el escrito presentado², y por ende la imputación jurídica inicialmente realizada -sin que la fáctica pueda sufrir variaciones-, razón por la cual, una vez culminado ese acto procesal, cualquier pronunciamiento que se haga en ese sentido será a todas luces extemporáneo pues no se puede desconocer el tema de la preclusividad de los actos procesales.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que:

"En primer término, debe resaltarse que esta Corporación, en la decisión CSJ SP, 05 de octubre de 2016, Rad. 45594, avaló la actuación de la Fiscalía durante la audiencia de acusación –antes de que la misma se consolidara-, consistente en corregir la imputación en lo que concierne a la forma de participación –la cambió de coautor a cómplice-, con la expresa advertencia de que ello no correspondía a un beneficio para el procesado sino a un correctivo en la calificación jurídica.

Si se tiene en cuenta que los beneficios que puede recibir el procesado tienen relación directa con el momento de la actuación en que decida someterse a una forma de terminación anticipada, resulta inadmisibles que el ente acusador, con una imputación o una acusación equivocada, le limite esa posibilidad, o lo someta a la encrucijada de

² Artículo 339 del código de procedimiento penal.

aceptar cargos desbordados o acceder a un menor beneficio por tener que esperar que la Fiscalía, en una instancia procesal posterior, ajuste la imputación o la acusación al ordenamiento jurídico.

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación y la acusación son actuaciones regladas, y que en las mismas no se pueden consagrar beneficios infundados ni agravar la situación del procesado cuando no haya lugar a ello.

En efecto, los artículos 250 y siguientes de la Constitución Política, a la par que le otorgan a la Fiscalía las funciones de investigar y acusar, establecen límites para el ejercicio de las mismas, que fueron desarrolladas puntualmente en la Ley 906 de 2004 en cuanto estableció, por ejemplo, el estándar de conocimiento que debe alcanzarse para la imputación (287) y la acusación (326), la obligación de delimitar las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, entre otros aspectos.

(...)

En este orden de ideas, la Fiscalía tiene la posibilidad de corregir los cargos en el interregno comprendido entre el inicio de la audiencia de acusación y la consolidación de la misma, cuando considera que un yerro en ese sentido limita la posibilidad del procesado de someterse, tempranamente, a una forma de terminación anticipada de la actuación, tal y como lo concluyó la Corte en la decisión CSJ SP, 05 Oct. 2016, Rad. 45594.

Sin embargo, es su deber aclarar si la modificación corresponde a una corrección en el ejercicio de las funciones reguladas en los artículos 286 y siguientes, y 326 y siguientes de la Ley 906, o si se trata de un beneficio en los términos de los artículos 348 y siguientes ídem. Ello resulta fundamental, entre otras cosas, para que el juez pueda establecer el tipo de control procedente, porque no es lo mismo analizar si la Fiscalía, en el ejercicio de su función de acusar, incurrió en una violación

flagrante del ordenamiento jurídico –control a la acusación-, que definir, verbigracia, si en virtud de un acuerdo se está concediendo un doble beneficio, en los términos del artículo 349 –control al acuerdo-³.

(Negrilla y subraya fuera del texto original)

Entonces, de conformidad con lo específicamente acontecido en este evento, la modificación de la calificación jurídica realizada en la audiencia preparatoria del juicio oral se observa como un beneficio derivado de la negociación y no como un ajuste de legalidad dentro del proceso, pues para el momento en que se pusieron de presente los términos del preacuerdo la acusación por el delito de homicidio agravado ya era una etapa procesal superada, convirtiéndose dicha acusación en ley del proceso ya que de la misma se establece el principio de congruencia.

Y no se trata de que en el sub judice se deba anteponer el derecho sustancia sobre el procedimental, como lo aduce en el disenso el delegado de la Fiscalía, pues ambas regulaciones deben ser estrictamente observados y acogidas en aras de garantizar el cumplimiento del derecho al debido proceso que tienen todas las partes e intervinientes del proceso.

Por consiguiente, la aprobación del preacuerdo bajo los términos en que fue presentado es improcedente al concluirse que la negociación contiene un doble beneficio, pues tal y como viene de verse, la modificación favorecedora de la calificación jurídica en la etapa procesal en la que se realizó -audiencia preparatoria- no es admisible y por tanto debe considerarse que la misma tiene el carácter de contraprestación producto de la

³ Corte Suprema de Justicia, decisión AP8231-2017 con radicado N° 51562del 29 de noviembre de 2017.

negociación celebrada por las partes, razón por la cual, al haberse ofrecido adicionalmente la concesión de un subrogado fruto de la aceptación consensuada de cargos, se presenta una manifiesta violación del derecho al debido proceso, garantía que de manera intrínseca comprende el principio de legalidad.

En conclusión, la glosa que advirtió la judicatura de primera instancia en la audiencia de verificación del preacuerdo y que finalizó con la improbación del mismo resulta de recibo en atención a que, como ya quedó demostrado, en este evento surge patente el ofrecimiento de un doble beneficio, razón por la cual se confirmará la decisión impugnada.

Finalmente, por sustracción de materia la Sala se abstendrá de pronunciarse frente al otro motivo de improbación del preacuerdo y que tiene que ver con la concesión del subrogado propuesto para al procesado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de naturaleza y origen conocidos.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



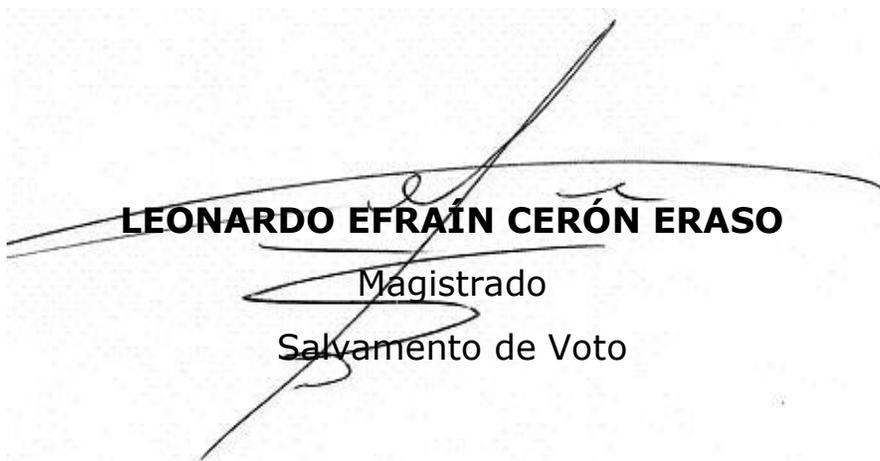
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

Salvamento de Voto

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusado: Andrés Tiberio Jaramillo David

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05001 60 00000 2020 00745
(0277-21)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050016000000202000745
Procesado: Andrés Tiberio Jaramillo David
Delito: Homicidio agravado
M. Ponente: Ricardo de la Pava Marulanda

SALVAMENTO DE VOTO

En este caso, con absoluto respeto por la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, me aparto de la misma por considerar que no podía confirmarse la decisión del juez, sino que debía declararse la nulidad parcial de lo actuado, ante la existencia de una nueva acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, la cual devenía en una abierta afrenta a la legalidad del proceso y las garantías de la víctima.

Estos son los argumentos que se plantearon en la ponencia derrotada, en lo que incumbe:

“8.2.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO CRITERIO TRANSVERSAL A TODA LA ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se adoptó en el territorio nacional un sistema procesal penal de corte adversarial con tendencia acusatoria, en el cual se le otorgó a la Fiscalía General de la Nación la titularidad sobre la acción penal, esto es, adelantar las respectivas investigaciones de aquellos hechos que tengan la connotación de delito y formular las respectivas acusaciones.

Pero esta tarea de tipificación de conductas no queda al arbitrio de los fiscales, pues la actividad de dichos funcionarios se rige siempre por el principio de legalidad del cual se deriva el de tipicidad objetiva, que implica que las adecuaciones típicas que se hagan en las imputaciones o acusaciones estén dentro de los límites de la racionalidad y razonabilidad jurídica, por lo cual queda proscrita la arbitrariedad. Para una mejor ilustración, es pertinente traer a colación la posición de la Corte Constitucional en la materia:

Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, **aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal**⁴.

Es claro, entonces, que ese principio de tipicidad objetiva es de obligatorio acatamiento por parte del fiscal y que el mismo debe respetar las prescripciones normativas del código de las penas y su correlación directa con los hechos materia de investigación, sin que le sea dable efectuar juicios de carácter subjetivo para la debida calificación jurídica de las conductas investigadas o, en su defecto, estructurar tipificaciones que no se ciñan estrictamente a los hechos jurídicamente relevantes que emergen de la investigación.

El incumplimiento de este precepto por parte de la Fiscalía General de la Nación, no puede pasar desapercibido para el juez de control de garantías o conocimiento pues, como directores del proceso, le está permitido efectuar un control de legalidad en punto de que se respete la debida coherencia entre la imputación fáctica y la jurídica cuando el dislate existente sea de tan grande envergadura que pueda vulnerar el debido proceso de partes e intervinientes y vaya en contra de los principios del proceso mismo, es decir, cuando se está en presencia de una vía de hecho.

En conclusión, en virtud del principio de legalidad, y su arista de tipicidad objetiva, los fiscales, en primer lugar, tienen la obligación de llevar a juicio todos los hechos emergidos de la investigación y que sean relevantes para la

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005. (Negrillas de la Sala)

solución del caso y, en segundo lugar, calificarlos de la manera más adecuada posible. Solo así se preservan los derechos y garantías del procesado, de la víctima; pero también de la sociedad toda, si se entiende que el delito no solo es una ofensa particular, sino que afecta a todo el conglomerado.

Así, en virtud del principio de legalidad, y su arista de tipicidad objetiva, los fiscales, en primer lugar, tienen la obligación de llevar a juicio todos los hechos emergidos de la investigación y que sean relevantes para la solución del caso y, en segundo lugar, calificarlos de la manera más adecuada posible. Solo así se preservan los derechos y garantías del procesado, de la víctima; pero también de la sociedad toda, si se entiende que el delito no solo es una ofensa particular, sino que afecta a todo el conglomerado.

Ahora, dada la progresividad de la actuación procesal y si se quiere de la investigación misma, podrían presentarse escenarios en los que emerjan nuevas situaciones con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación y que impliquen una variación de los hechos jurídicamente relevantes con los que se contaba hasta ese momento. En este tipo de eventos, la Corte Suprema de Justicia ha contemplado la posibilidad de cambiar esas premisas fácticas traídas por la fiscalía en sus actos de parte, delimitando la manera en que se deba hacer para cada caso en concreto.

En efecto, cuando existe un elemento emergente que resulte desfavorecedor a los intereses del procesado, surgen 2 escenarios, a saber: *i)* cuando, el delegado del ente acusador considere procedente incluir referentes fácticos que contengan nuevos delitos o cambios en la hipótesis factual que contraigan la presencia de un reato más gravoso, o que implique la posibilidad de cambiar

el núcleo esencial de la imputación, debe realizar esa variación por medio de la adición de ese acto de comunicación; y *ii*) cuando con ocasión a ese carácter progresivo de la actuación, luego de la formulación de la imputación se establecen aspectos fácticos que se adecuen a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación⁵.

Cuando se está frente al escenario de una variación fáctica y jurídica que deviene favorable a los intereses del procesado, también es posible que la fiscalía realice las adecuaciones a que haya lugar en la audiencia de acusación, máxime cuando estas circunstancias no representan un sorprendimiento injustificado a la defensa, pues se mantiene en su mayoría la base de los hechos jurídicamente relevantes que fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación⁶.

Es menester precisar que esos cambios que devienen favorables al procesado, no pueden obedecer al mero capricho del fiscal, sino que deben estar seriamente sustentados en nuevos elementos materiales probatorios a los que se llegó con el devenir normal de la actuación o con una seria sustentación jurídica al respecto.

En este punto la Sala de Casación Penal ha sido enfática en advertir a la Fiscalía que cuando desea modificar los cargos a favor del procesado, es necesaria que sea lo suficientemente clara si el cambio de adecuación típica tiene razones

⁵ CSJ SP2042-2019, Rad. 51007 del 5 de junio de 2019.

⁶ Ibidem.

probatorias o jurídicas, es decir es una aplicación del principio de legalidad, o si es producto de un preacuerdo procesal

No obstante, como se dijo, ese cambio de calificación jurídica y factual debe estar precedido de un ejercicio argumentativo y probatorio que de cuenta de la real ocurrencia de ese nuevo hecho que beneficia la situación jurídica del acusado, por cuanto de no hacerse de esa forma, se desfiguraría el principio de legalidad y de tipicidad objetiva, constituyéndose entonces esa nueva calificación en un beneficio derivado probablemente de una negociación.

Dicho de otra manera, para que opere ese cambio fáctico y jurídico que beneficie al procesado y que no sea derivado de un preacuerdo, deben existir elementos materiales probatorios suficientes o razones jurídicas de peso que den cuenta de la real ocurrencia de esa situación favorable, todo lo cual debe ser sopesado detenidamente por el juez.

Y es aquí donde la labor del funcionario judicial toma una inusitada relevancia, dejando de ser un simple espectador de actos de parte para venir a tomar partido sobre la legalidad de las acciones de la fiscalía que propenden por ejercer modificaciones a la acusación, debiendo prestar atención a que se cumpla con esa carga probatoria y argumentativa que ha venido mencionándose.

8.2.3 El control judicial sobre la imputación, la acusación y los preacuerdos

Sobre el control que los jueces deben hacer a las imputaciones, acusaciones y preacuerdos es mucho lo que se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia debido a la falta de técnica del legislador al momento de regular tan importante cuestión que tienen que ver, ni más ni menos, con los derechos fundamentales del procesado, de la víctima e, incluso, de la sociedad toda y con los fines mismos de la Administración de Justicia Penal.

Desde siempre, no ha habido duda en las Cortes de Cierre, tanto penal como constitucional, que el juez, cuando menos, debe ejercer un control formal a estos actos de parte; sin embargo, la praxis judicial y la realidad han llevado a que en aras de la protección del sistema y de las garantías de las partes e intervinientes, se propenda también por un control material, cuestión sobre la que tampoco la Sala de Casación Penal ha tenido una posición pacífica, en tanto, en algunas veces ha propendido por un control fuerte y en otras por un control moderado.⁷

⁷ En la Sentencia SU-479 de 2019, La Corte Constitucional, para resolver un problema atinente al control judicial sobre imputaciones, acusaciones y preacuerdos, cita a la Sala de Casación en los siguientes términos:

“Sobre el particular, la Sentencia del 10 de octubre de 2016 refirió y explicó cuáles son dichas posturas:

“La [primera] postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886 [...].

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280[...].

La última posición asumida por dicho Tribunal, en criterio de esta Sala de Decisión, es muy razonable por cuanto se recalca acerca de la diferencia sustancial existente entre el control sobre la imputación y la acusación y el control ejercido sobre los preacuerdos, en el sentido de que frente a los primeros el mismo es formal **y excepcionalmente material**, sí y solo sí, el fiscal en la adecuación típica incurre en una verdadera **vía de hecho** por violación flagrante a los principios de legalidad y tipicidad objetiva; es decir, cuando se está frente a una verdadera arbitrariedad, puesto que una intervención diferente del juez sería una intromisión inadmisible en el campo de acción de la Fiscalía, con lo cual se desvirtuaría el sistema de partes y se afectaría, a la vez, su imparcialidad para juzgar el caso.

En cambio, la Corte frente a lo segundo, esto es los preacuerdos, propugna por un verdadero control material como quiera que este tipo de actos de parte activan de manera inmediata la potestad jurisdiccional de dictar sentencia, la cual obviamente tiene que estar regida por todos los principios que gobiernan no solo el proceso ordinario sino la justicia negocial.⁸

Una clarísima muestra de esta posición de la Sala de Casación Penal está plasmada en una muy reciente sentencia, en donde con rotundidad afirmó:

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436 [...]” .

⁸ CSJ, Sala de Casación Penal. Rad. 52227 de 2020

Los jueces y magistrados deben ejercer a la acusación en los procesos ordinarios de la Ley 906 de 2004 un control, para que no se vulnere la esencia del objeto del proceso penal, que no es otra que la administración de justicia.

Ese principio-deber, se edifica como un control **a los actos arbitrarios, caprichosos, de mera liberalidad o discrecionalidad** del titular de la acción penal, cuando en la acusación no se rige por criterios de objetividad, razonabilidad, verdad y justicia o se aparta de la información que revelan los elementos de prueba recaudados, proceder con claras implicaciones en los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

(...)

La Corte ha señalado que aun cuando a la Fiscalía se le asignó la obligación de acusar «ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados», pues como servidores públicos, sus delegados deben actuar en un marco de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe (artículo 12 C.P.P.), así como con adecuadas prácticas del derecho, criterios de necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento, todo ello «para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

De allí que, el juez ante eventos que desbordan la potestad de la Fiscalía en el acto de acusación, el Juez debe ejercer un control activo que supere los meros actos de dirección, en aras de garantizar la intangibilidad de los principios, valores y garantías referidos en párrafos anteriores.⁹

Así las cosas, el juez está en el deber de hacer excepcionalmente un control material a la imputación o la acusación de la Fiscalía, cuando el actuar de esta parte desborda de manera ostensible o grosera el principio de tipicidad objetiva, es decir, cuando la adecuación típica riñe de manera evidente con la descripción de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el acto comunicacional de parte, porque esto no solo va en contra de los más caros principios que rigen al proceso penal sino en contra de los derechos de las partes e intervinientes procesales

⁹ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 54691 del 14 de abril de 2021

Por último, para un cabal entendimiento y aplicación de este precedente jurisprudencial, es muy importante dejar en claro lo siguiente:

Primero, el control material excepcional que eventualmente puede hacerle el juez a la imputación o a la acusación, bien sea de oficio o a petición de parte, se debe basar en los hechos jurídicamente relevantes presentados exclusivamente por la Fiscalía, lo que de suyo descarta cualquier tipo de injerencia de las otras partes e intervinientes en este acto, bajo el entendido que la titular de la acción penal es quien funge como acusador estatal o privado (esto último para el caso de los procesos abreviados regulados en la Ley 1826 de 2017).

Segundo, el referido control material excepcional jamás puede tener como fundamento la evidencia, que por cualquier razón, hasta ese momento sea conocida por las partes, sino únicamente los hechos jurídicamente relevantes traídos por la Fiscalía, porque lo contrario implicaría una anticipación, así sea parcial, del juicio, lo que desestructuraría el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por Colombia.

Tercero, como el control -positivo o negativo, formal o material-, que exige en todo caso la Sala de Casación Penal sobre las imputaciones, acusaciones y preacuerdos, es un asunto de fondo que puede tener serias implicaciones para la suerte del proceso, a pesar de que la ley expresamente no lo prevé, requiere de un pronunciamiento motivado del juez, lo cual necesariamente se tiene que hacer por medio de un auto interlocutorio pasible de los recursos de ley al tenor de lo dispuesto en el artículo 161 del C.P.P. y,

Cuarto, las modificaciones que pretenda hacer la fiscalía a la acusación formalmente presentada, así sea favorable al acusado, tiene que tener soporte probatorio y/o jurídico suficiente y adecuado.

6.2.4. El caso concreto

En el presente asunto, se tiene que el señor **Andrés Tiberio Jaramillo David** viene siendo procesado por el delito de homicidio agravado cometido en contra de Francini Antonio Romero García. Bajo esos presupuestos se realizaron las audiencias de imputación y formulación de acusación.

Al inicio de la audiencia preparatoria, la fiscalía indicó que contaba con nuevos elementos materiales probatorios que daban cuenta de que la conducta por la que venía siendo procesado el señor **Jaramillo David** había sido cometida bajo un exceso en la legítima defensa y que eso daba lugar a una nueva calificación jurídica de la conducta más benéfica para el encartado. Para soportar este nuevo cargo, la fiscalía aportó una entrevista realizada al señor Mateo Tejada Osorio y un expediente que daba cuenta que la víctima había sido procesado por hurto en el año 2017.

Con base en esta nueva situación y calificación jurídica, las partes anunciaron la celebración de un preacuerdo consistente en convenir pena de 72 meses que descontaría el acusado en su residencia, sin que se dieran explicaciones sobre esa determinación del *quantum* punitivo resultante de la negociación.

Al someterse este acuerdo a la respectiva verificación por parte del juez de conocimiento, el mismo no lo aprobó, por cuanto, en su sentir, el mismo reñía con el principio de legalidad por otorgarse ilegalmente dos beneficios al procesado, en tanto no existía un elemento de convicción que claramente indicara que el homicidio se cometió con un exceso en la legítima defensa.

La decisión en comento fue apelada por la Fiscalía y la defensa, confluyendo los argumentos de los mismos en que, de conformidad con la evidencia recaudada y presentada como soporte del acuerdo, el señor **Jaramillo David** si cometió la conducta con la diminuyente punitiva anotada y que este no era un beneficio derivado de un preacuerdo, lo que hacía que el mismo fuera ajustado a la legalidad, siendo necesario impartir legalidad al resultado de esa negociación.

Tal como se advirtió con antelación, en esta actuación procesal se presentan irregularidades protuberantes que invalidan la actuación, tal como se verá en lo que sigue:

La primera situación irregular proviene de la actuación de la fiscalía que modificó el pliego de cargos en favor del acusado, al reconocerle un exceso en la legítima defensa, con base en una exigua prueba, supuestamente sobreviniente, como era un interrogatorio que el señor Mateo Osorio Tejada rindió el 11 de febrero de este año en calidad de indiciado en otro proceso y el conocimiento de una causa penal por el reato de hurto adelantado en contra de la víctima que data del año 2017.

Al respecto cabe decir que si bien la declaración rendida por el copartícipe Osorio Tejada da cuenta de la ocurrencia del homicidio con circunstancias de exceso en la legítima defensa, en primer lugar, la misma no puede jamás tenerse como una prueba sobreviniente a la formulación de la acusación, porque se entiende que esa es la percepción de los hechos que tuvieron los implicados y perfectamente se la pudieron compartir a la fiscalía para que desde el principio adecue el pliego de cargos a esa realidad si la funcionaria instructora estaba convencido de ello y, en segundo lugar, resulta más que evidente que tal versión resulta abiertamente mentirosa no solo porque carece de cualquier soporte probatorio, sino porque la misma se muestra abiertamente inverosímil, si se tiene en cuenta que supuestamente los coparticipes del homicidio pretendieron defender a una dama de un hurto violento de un celular, pero que nunca se identificó a la víctima, ni al objeto hurtado, como tampoco hay registro oficial de la denuncia respecto del latrocinio. Obviamente ello sin contar con que fueron varios los sujetos que agredieron hasta matar a Romero García, quien era habitante de calle y que la versión del coautor se muestra como abiertamente parcializada e interesada para justificar su actuar criminal.

Así mismo, para pretender respaldar los dichos del otro imputado, la fiscalía aportó como evidencia un proceso penal que obraba en contra de Francini Antonio por un hurto cometido en el año 2017, lo cual resulta abiertamente impertinente porque el mismo nada tiene que ver con el asunto que aquí se debate y solo evidencia el afán de la fiscalía de implantar un criterio penal de autor y criminalizar a la víctima, lo cual resulta inadmisibles.

En igual sentido, el acervo probatorio allegado para soportar el preacuerdo realmente lo que da cuenta es de una agresión cometida por tres sujetos en

contra de una sola persona, en situación de debilidad social manifiesta, lo que tampoco permite inferir que pudo haber existido un riesgo potencial de lesionamiento por parte de la víctima hacia sus agresores con el cuchillo que supuestamente esgrimió y que posteriormente fue usado por el encartado para herirlo y causarle la muerte.

Por ello, no se encuentra acreditado para nada que la comisión del homicidio haya obedecido a un exceso en la legítima defensa, por cuanto los elementos que sustentan el aserto del ente acusador para variar la situación fáctica del procesado y con base en ello adelantar la negociación, para la Sala, no tienen ningún peso suasorio y por el contrario develan el simple interés de los acusados para tratar de justificar lo injustificable.

Además de lo anterior, esa infundada novel calificación produjo una grave afrenta a los principios de verdad y justicia de la víctima, por cuanto realmente sin fundamento probatorio sólido se trastocó la verdad de lo sucedido y se hizo aparecer a la víctima como victimario.

Aparte de lo anterior, observa la Sala también errores en la labor de la señora juez de primera instancia, en aspectos que avienen directamente con su labor como directora del proceso, por cuanto tuvo un papel realmente pasivo ante la variación injustificada de la acusación.

Ante eventos como el que ocupa la atención de la Corporación en esta oportunidad, lo que se esperaba era que la *a quo*, en un primer término del desarrollo del acto procesal, hubiese dado traslado a las partes e intervinientes

de los nuevos fundamentos facticos y jurídicos esbozados por el delegado de la fiscalía, de conformidad con lo preceptuado en el canon 339 procesal, para que expresaran sus observaciones sobre la modificación de la acusación, pero ello no se hizo así.

Así mismo, una vez corrido el traslado a las partes, era necesario que la juez se pronunciase sobre si aceptaba o no esa nueva calificación jurídica traída por la fiscalía, de acuerdo a los parámetros normativos y jurisprudenciales que hay al respecto, y no, como erradamente lo hizo, esperar a que se presentara la negociación entre las partes para decidir al respecto porque ello conllevaría a que en efecto el preacuerdo pierda validez jurídica, no así la ilegal nueva acusación, con la cual se adelantaría el proceso y por ende sería el marco fáctico jurídico de la sentencia.

Evidentemente, la juez, previo traslado a las partes, debió ejercer un control material sobre ese acto arbitrario del delegado del ente acusador y negar esa variación de la acusación, ante la flagrante vulneración no solo del debido proceso sino de los derechos fundamentales a la verdad y la justicia de la víctima, máxime cuando la modificación del pliego acusatorio carecía, en lo absoluto, de un respaldo probatorio suficiente, con lo cual era evidente la transgresión a los principios de legalidad, en general, y del de tipicidad objetiva, en especial.

Colofón de todo lo expuesto, se puede decir que si bien puede considerarse correcta la decisión de la juez de improbar el ilegal preacuerdo, también es claro que se quedó corta, porque antes que ello debió improbar la arbitraria nueva acusación que sirvió de fundamento a aquel, por lo que no se puede

avalar su decisión en tanto que quedaría viva jurídicamente tal pliego de cargos con todas las irregularidades que aquí se han evidenciado.

Vistas así las cosas y frente a la flagrante violación de las reglas propias del juicio que tienen en este caso incidencia directa en los derechos de la víctima y los intereses de la sociedad, de conformidad con el artículo 457 procesal, no hay otra alternativa que invalidar parcialmente la actuación a partir de la audiencia de acusación.”

Como acotación final, es importante advertir que la Sala Mayoritaria asume que en este caso la modificación de la acusación fue fruto de un preacuerdo subrepticio entre la Fiscalía y la defensa; pero es claro que la delegada del Ente Persecutor es categórica en afirmar que tal cuestión no lo fue en razón de un convenio procesal sino por motivos del aparecimiento de prueba sobreviniente y en claro apego al principio de legalidad, lo que nos lleva necesariamente a elucidar si esto último es admisible en nuestro ordenamiento jurídico.

Para la Sala Mayoritaria eso no es posible ya que la acusación una vez formalizada en la audiencia respectiva se vuelve **intangible**; pero para el suscrito ello es perfectamente posible porque el proceso no es un asunto estático sino por el contrario dinámico, en donde no puede impedirse la modificación de la acusación por parte de la Fiscalía, no para corregirla, sino para cambiarla en un aspecto trascendente cuando prueba sobreviniente varíen los hechos jurídicamente relevantes.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sicario que dispara en contra de su víctima, pero ella sobrevive temporalmente. Al ser capturado en flagrancia, a

la Fiscalía no lo queda otra opción que imputar por tentativa de homicidio y lo propio tendrá que hacer en la acusación si el ofendido aún vive; pero ¿qué pasa si en la audiencia preparatoria o más adelante la víctima muere? ¿será que la fiscalía tiene que mantener la acusación por tentativa de homicidio a pesar de que resulta contraevidente?

Lo mismo podría haber pasado en este caso: ¿qué tal si la Fiscalía se hubiera presentado a la audiencia preparatoria con prueba contundente de que el acusado efectivamente actuó en un exceso de legítima defensa como, por ejemplo, un video en donde se estableciera con toda certeza esta situación? ¿La juez debía negarle la modificación de la acusación con el criterio de que la acusación es inmodificable y con ello desgastar la administración de justicia en un juicio viciado porque la acusación no se compece con los hechos que arroja la investigación?

Mírese, entonces, que la modificación de la acusación por prueba sobreviniente planteada por la Fiscalía si es una cuestión admisible, cosa diferente es que, en este caso, no hubiera procedido por la paupérrima prueba que trajo la delegada para tal fin.

Por eso es que frente a la modificación de la acusación que hizo la fiscalía era absolutamente necesario que se haga un control por parte de la juez, porque de lo contrario tal acto procesal quedaría en firme y se constituiría en el marco fáctico y jurídico no solo del proceso sino de la sentencia, bien por vía ordinaria o por vía abreviada, que es lo que pasa en el momento actual.

Siendo así las cosas, perfectamente el acusado, por vía de allanamiento o preacuerdo, puede aceptar responsabilidad por el delito contenido en la

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusado: Andrés Tiberio Jaramillo David

Delito: Homicidio agravado

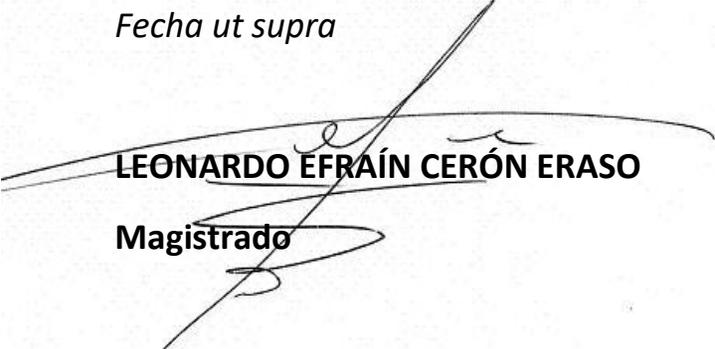
Radicado: 05001 60 00000 2020 00745

(0277-21)

acusación modificada y con ello obtener una rebaja adicional a las previstas, incluso, en el preacuerdo.

En estos términos dejo sentado mi disenso.

Fecha ut supra



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado