



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP3614-2021
Radicación n° 51689
Acta No 206

Bogotá D. C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el representante de la víctima en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 20 de septiembre de 2017, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria de JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ, emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, el 28 de marzo de aquel año.

H E C H O S

De acuerdo con los hechos declarados como probados en los fallos de instancia, en la madrugada del 9 de marzo de 2016, Daniela Melo Martínez arribó a su residencia, ubicada en el apartamento 401 de la torre 1 del Conjunto Residencial Terekay de la ciudad de Ibagué, acompañada de su compañero sentimental JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ, con quien había estado celebrando el día de la mujer, velada durante la cual la sometió a una serie de insultos e imprecaciones alusivas a obsequios que había recibido ese día.

Al ingresar al apartamento, RESTREPO GONZÁLEZ procedió a insultar a la mujer, tras de lo cual le propinó golpes en la cabeza y en el estómago, e intentó «ahorcarla». A continuación, rompió un espejo del baño y con uno de sus fragmentos, empleado como arma cortopunzante, la atacó causándole una herida en el cuello, y empleando al tiempo un cuchillo le causó varias heridas en diferentes partes del cuerpo.

El agresor le repetía de manera constante que quería causarle la muerte. Su intención se vio truncada por la intervención de agentes de la Policía Nacional que acudieron al llamado de los porteros, alertados por las voces de auxilio de Daniela Melo Martínez.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 10 de marzo de 2016, ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con función de control de garantías de Ibagué, la Fiscalía, tras legalizarse el procedimiento de su captura, le imputó a JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ el delito de *Homicidio agravado* (artículos 103 y 104, numerales 1 y 7 del Código Penal), en grado de tentativa, bajo la circunstancia de menor punibilidad del numeral 1 del artículo 55 ibídem. El imputado no aceptó los cargos. Se le afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

El 20 de abril de 2016, la Fiscal 11 Seccional de la Unidad de Vida, a quien le fue asignado el caso, presentó solicitud de adición de imputación ante los Jueces Penales Municipales con funciones de control de garantías de Ibagué.

En la audiencia ante el Juez 5° Penal Municipal con funciones de control de garantías, celebrada el 2 de junio de 2016, la Fiscal 11 Seccional presentó adición de la imputación, modificando el núcleo fáctico de la misma y variando la imputación de *Homicidio agravado* a *Feminicidio agravado* (artículos 104A, literal e) y 104B, literal g) -numeral 7 del artículo 104- del Código Penal), en grado de tentativa, bajo las circunstancias de menor punibilidad del numeral 1 del artículo 55 ib. y de mayor punibilidad del numeral 8 de artículo 58 ib. El juez rechazó la solicitud de adición de la imputación aduciendo que la competencia recaía en el juez de conocimiento. Contra esa decisión no concedió recurso alguno.

El 23 de mayo de 2016, la Fiscalía radicó el escrito de acusación. Varió la calificación jurídica de la conducta a *Feminicidio agravado* (artículos 104A, literal e) y 104B, literal g) -numeral 7 del artículo 104- del Código Penal), en grado de tentativa, bajo las circunstancias de menor punibilidad del numeral 1 del artículo 55 ib. y de mayor punibilidad del numeral 8 de artículo 58 ib.

Le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ibagué adelantar la etapa de juzgamiento, celebrando la audiencia de acusación el 16 de agosto de 2016, durante la cual el delegado de la Fiscalía modificó los términos del escrito de acusación para acusar a RESTREPO GONZÁLEZ por el delito de *Homicidio agravado* (artículos 103 y 104, numeral 7 del Código Penal), en grado de tentativa (artículo 27 ib.), bajo las circunstancias de menor y mayor punibilidad de los artículos 55-1 y 58-8 ib.

El 1° de diciembre de 2016, el Delegado de la Fiscalía presentó escrito de preacuerdo suscrito con el acusado RESTREPO GONZÁLEZ consistente en que éste admitía su responsabilidad como autor del delito *Homicidio agravado*, en grado de tentativa, a cambio de lo cual, como fórmula compensatoria, se le reconoció haber actuado en circunstancia de ira e intenso dolor (artículo 56 del Código Penal). De manera unilateral, la Fiscalía eliminó la circunstancia de mayor punibilidad que fue objeto de acusación (numeral 8 de artículo 58 ib.), sustentando que no existía mínimo de prueba que la justificara. Además, se pactó una pena de 42 meses de prisión.

El día 19 de diciembre de ese año, se llevó a cabo audiencia de verificación del preacuerdo presentado por las partes, impartíéndose su aprobación por el juez de conocimiento. Contra esa decisión el representante de la víctima interpuso el recurso de apelación, el mismo que fue declarado desierto por falta de sustentación, según fundamentó el juez.

El 28 de marzo de 2017, el mismo despacho judicial convocó a la audiencia para la lectura del fallo condenatorio. Inicialmente, el representante de la víctima hizo una solicitud de nulidad de la actuación, denegada por el juez de conocimiento argumentando que se trataba de una petición extemporánea. A continuación, el mismo despacho judicial emitió el fallo condenatorio, declarando responsable a JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ en calidad de autor del delito de *Homicidio agravado* (artículos 103 y 104, numerales 1 y 7 del Código Penal), en grado de tentativa (artículo 27 ib.) y en circunstancia de ira e intenso dolor (artículo 56 ib.), imponiendo en su contra la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. Le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el representante de la víctima, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia del 5 de septiembre de 2017, lo confirmó en su integridad.

Oportunamente el representante de la víctima interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y admitida mediante auto del 29 de julio de 2019.

Debido a la declaratoria de emergencia sanitaria en todo el país no pudo llevarse a cabo la audiencia de sustentación programada dentro de esta actuación, razón por la cual a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas por el Gobierno Nacional, se dispuso dar aplicación al trámite extraordinario previsto en el Acuerdo 20 de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, adelantándose el trámite de sustentación del recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El representante de la víctima, con fundamento en la causal segundo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, presenta dos cargos por nulidad -uno principal y el otro accesorio-, los que sustenta de la siguiente manera:

El cargo principal, lo fundamenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, invocando el desconocimiento del debido proceso en aspectos sustanciales.

Sustenta que, aprovechando la imposibilidad de llevar a cabo un control judicial en la calificación jurídica de la conducta en el acto de acusación, el fiscal delegado llevó a cabo una imputación caprichosa, obedeciendo ello a su intención de generar el escenario adecuado para suscribir un preacuerdo con el que se otorgaran los máximos beneficios posibles al procesado, lo cual no habría sido posible en caso de haber adecuado la conducta a una estricta tipicidad conforme lo señalaban los elementos materiales probatorios con los que contaba para ese momento procesal.

Así, sostiene que de haberse mantenido la calificación jurídica que fue inserta en el escrito de acusación radicado por la Fiscalía, esto es, *Feminicidio agravado* conforme al artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, no habría sido posible el preacuerdo en virtud del cual se transgredieron los límites negociables al acordarse la introducción de una circunstancia de ira e intenso dolor inexistente.

Por lo tanto, concluye, se impone la declaratoria de nulidad de la actuación desde el acto judicial que aprobó el preacuerdo suscrito en esos términos.

De manera **subsidiaria**, el recurrente reclama la nulidad de la actuación por la afectación sustancial de la estructura del debido proceso, aduciendo la violación de las normas que regulan los preacuerdos atendiendo su finalidad (inciso primero del artículo 348 de la Ley 906 de 2004), así como el desconocimiento de las directivas impartidas por la Fiscalía General de la Nación (inciso segundo, ejusdem),

además de la aplicación errada de los artículos 27 y 57 del Código Penal, lo que representó una transgresión de los fines del preacuerdo, afectándose los derechos de la víctima.

En desarrollo de los cargos planteados, refiere, en primer lugar, que aunque por regla general no es posible realizar un control material sobre el preacuerdo, surge excepcional en este caso en vista de la violación a las garantías fundamentales de la víctima por la manera como se llevó a cabo esa forma de negociación que puso fin de manera anticipada al proceso penal.

Expone que, de acuerdo con el principio de objetividad, previsto en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía tiene la obligación de llevar a cabo la calificación jurídica de la conducta en consonancia con la imputación fáctica con todas las circunstancias que rodean los hechos jurídicamente relevantes. Además, acota, conforme al inciso segundo del artículo 448 ibídem, son obligatorias las directrices dadas a los fiscales delegados dentro de la estructura de esa entidad, entre ellas las relativas a la celebración de preacuerdos, contenidas en la Directiva 001 de 2006.

Con lo anterior, subraya que el primer yerro en el que incurrió el Tribunal, denunciado como cargo principal, consistió en admitir como legal la acusación caprichosa por un delito de *Homicidio agravado*, cuando en realidad, conforme a los hechos jurídicamente relevantes se trataba de un *Feminicidio agravado*, en grado de tentativa.

Esa condición, prosigue, representó la presencia de una serie de actuaciones arbitrarias que comprometieron las garantías fundamentales de la víctima. La primera de ellas es el quebrantamiento del principio de tipicidad, en tanto, conforme con los elementos materiales probatorios recaudados por la fiscalía, el acusado sostenía con su víctima una relación íntima, la instrumentalizó como mujer, ejerció sobre ella una relación de poder e impidió su libertad de locomoción. Tales circunstancias, enfatiza, se encuentran debidamente acreditadas y tipifican el delito de *Feminicidio agravado*.

Aduce, además, que se desconocieron los principios de la Ley 1761 de 2015, en cuanto a la garantía de acceso a la justicia para las mujeres y la consideración de ciclos de violencia ejercidos en contra de la mujer, basados en relaciones de dominación y subordinación afirmados por la sociedad patriarcal, tratándose el presente caso de un evidente feminicidio fundado en la condición de la mujer como objeto de posesión dentro de la relación familiar.

En el presente caso, acentúa el recurrente, la adecuación típica realizada por el fiscal no respetó las circunstancias fácticas que se desprenden de los hechos jurídicamente relevante narrados y de los medios de conocimiento con los que contaba al momento de la imputación y la acusación, y, en general, desconoció sus obligaciones que le asistían en la concreción de la hipótesis

de conducta en función del modelo típico donde se encontraba involucrada, como víctima, una mujer.

Más grave aún, sostiene, es que el fiscal en la audiencia de acusación degradó la calificación de la conducta y, a partir de esa condición, celebró un preacuerdo reconociendo una circunstancia de ira e intenso dolor, con lo cual entregó múltiples beneficios, desconociendo la prohibición del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

De esa manera, concluye, en materia de trascendencia se afectó de manera sustancial el debido proceso al variarse, sin sustento, la calificación jurídica de los hechos e incidiendo en la respuesta punitiva que el legislador previó para los realizadores de la conducta de *Feminicidio*. Trascendencia que igual se concreta en el quebrantamiento del derecho de la víctima a la verdad.

Con lo anterior propone, como remedio procesal, la nulidad de la actuación a partir de la actuación judicial mediante la cual se surtió aprobación al preacuerdo presentado por la Fiscalía y el acusado.

En relación con el cargo subsidiario, sustenta que el preacuerdo suscrito por la Fiscalía y el acusado y que fue aprobado por el juez de conocimiento, atenta contra los principios de la justicia premial, en la que se privilegia la humanización de la actuación procesal y de la pena, la obtención de pronta y cumplida justicia, la activación de la solución de los conflictos sociales generados con el delito y

propiciar la reparación de las víctimas. Advierte que ninguno de esos propósitos se alcanzó con el acuerdo aprobado, en el que se pretermitió la legalidad del delito y de la pena, desconociéndose por completo la posición de la víctima.

Concluye que un preacuerdo celebrado en esas condiciones conllevó al quebrantamiento de los derechos de la víctima, pues se efectuó sobre un presupuesto de la calificación jurídica que no se corresponde con la verdad. Además, insiste, se transgredió el debido proceso cuando por esa vía se calificó la conducta de una manera que no corresponde con la realidad y se derivó una consecuencia punitiva ilegal.

Reitera su solicitud de nulidad de la actuación a partir de la decisión judicial que aprobó el cuestionado preacuerdo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la sustentación de la demanda ante esta Corporación, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. El demandante:

Se remitió a la fundamentación que presentó con el escrito de la demanda de casación. Insistió en que la actuación contiene vicios insuperables que afectaron el debido proceso y los derechos de la víctima. Solicita, en consecuencia, la nulidad de la actuación desde la aprobación

del preacuerdo.

2. La Procuraduría

Por su parte, la representante del Ministerio Público solicitó casar la sentencia recurrida, pues al revisar la actuación encontró la necesidad de que la Corte ejerza un control judicial sobre lo actuado a partir del hecho de haberse calificado la conducta como un *Homicidio agravado*, cuando claramente se pueden advertir de los hechos la concurrencia de los elementos constitutivos de un *Feminicidio*, cometido en grado de tentativa.

Es por ello que, precisó, en materia de preacuerdos se imponen los límites del artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, los que no pueden ser variados de manera caprichosa por el fiscal con el marcado propósito de facilitar una negociación, lo que ocurrió en este caso al calificarse la conducta de manera indebida en la acusación y, adicionalmente, reconocerse la rebaja punitiva derivada de la circunstancia de ira e intenso dolor.

Sostuvo que aunque al juez de conocimiento le está vedado ejercer un control material sobre los preacuerdos, sí le correspondía verificar que la Fiscalía se ajustara a los lineamientos legales y constitucionales, así como a las directivas señaladas por la misma institución.

Así mismo acotó que el cambio de la calificación jurídica, cuando el mismo contradice o altera la hipótesis

factual contenida en la imputación, no puede ser utilizado por el ente acusador como un mecanismo para la concesión de beneficios.

En consecuencia, solicitó casar la sentencia recurrida, lo cual debe llevarse a cabo al tenor del numeral primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, toda vez el error fue a consecuencia de la inaplicación de la norma llamada a regular el caso, esto es, del artículo 104 A del Código Penal y del artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, que impuso unos límites en materia de capacidad negocial con miras a los preacuerdos cuando la conducta a castigar sea constitutiva del delito de *Feminicidio*.

3. La Fiscalía:

La Fiscal Delegada ante la Corte solicitó casar la sentencia y decretar la nulidad del proceso desde la verificación del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, por resultar violatorio de los derechos de la víctima.

Destacó el rol de la víctima como interviniente especial en la Ley 906 de 2004, y los derechos que le han sido reconocidos de verdad, justicia, reparación y no repetición, por lo que los mismos no se limitan exclusivamente a criterios económicos, estando habilitada para participar y discrepar de la terminación anticipada del proceso penal. En el mismo sentido, resaltó la connotación que adquiere la condición de víctimas de las mujeres cuando se trata de violencia física, psicológica o sexual, y la necesidad de que

los procesos penales sean adelantados con un enfoque de género.

De igual manera, precisó que aun cuando es cierto que la Fiscalía es el órgano competente para asignar el *nomen iuris* de la imputación, su actividad se encuentra sujeta al principio de legalidad.

Puso de presente que en el caso que es objeto de estudio, la Fiscalía presentó el escrito de acusación por el delito de *Feminicidio agravado* en modalidad tentada, aunque se formuló por el delito de *Homicidio agravado*, y aunque los hechos se adecúan a la primera de las conductas punibles, advirtió que «en la formulación de acusación, el Juez corrió traslado al apoderado de la víctima, quien guardó silencio. Y, en consecuencia, ante la preclusividad de las etapas procesales, no resulta viable coadyuvar la nulidad de la formulación de acusación, que pretende su nuevo abogado. Es decir, que pese a las consideraciones de la violencia de género, en el enfrentamiento de derechos, el del procesado debe primar, por agotamiento de la oportunidad procesal de la víctima».

Sin embargo, consideró que la nulidad deprecada si debe prosperar al amparo del segundo cargo formulado de manera subsidiaria por el recurrente, en tanto la participación de la víctima fue insuficiente en la celebración del preacuerdo, desconociéndose las obligaciones especiales que tienen las autoridades judiciales en materia de casos de violencia contra la mujer, en especial las que emanan de los artículos 6,7 y 8 de la Ley 1761 de 2015. Subrayó que la víctima no fue escuchada por la Fiscalía ni por el Juez de

conocimiento.

Además, sostuvo, *«la pena acordada no se ajusta en sede de tentativa, a la aproximación de la consumación del delito, que tampoco consideró el riesgo en que estuvo la víctima, ni la ausencia de arrepentimiento por el victimario. Razones suficientes para afirmar que no aprestigia la justicia, aunado a que no parece satisfacer los derechos de la víctima, al punto que, ambas instancias judiciales hicieron llamados de atención frente a lo que denominaron el festín de las penas. Se podría sugerir que la punibilidad podría llegar a revictimizar a Daniela Melo, por no garantizar efectivamente su derecho de acceso a la justicia, como lo ha manifestado la Corte Constitucional».*

En esos términos, concluyó, no puede sostenerse como legal el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, debiéndose decretar la nulidad de lo actuado desde el momento en que se impartió aprobación al mismo.

4. La defensa:

El defensor del acusado propugnó por la no prosperidad de los cargos presentados en casación, pues consideró que *«la sola mención etérea de que presuntamente hubo irregularidades en el trámite, no permite el reconocimiento de una solución tan extrema como es la nulidad».*

Adujo que no es cierto que la Fiscalía, antes de la realización del preacuerdo, haya modificado de forma injustificada la calificación jurídica del delito, pues basta con verificar los registros para apreciar que el delito atribuido en la audiencia de imputación de cargos –*Homicidio agravado*

en grado de tentativa- es el mismo por el cual la Fiscalía formuló la acusación y que, posteriormente, fue tenido en cuenta por los falladores de primero y segundo nivel para emitir las sentencias correspondientes.

De igual manera, aseguró, el demandante se limitó, de manera vaga y genérica, a invocar una presunta violación de derechos fundamentales, omitiendo identificar cuáles fueron en concreto esas garantías que supuestamente resultaron desatendidas. Subrayó que la incorrección a la que se alude en la demanda, consistente en la errónea calificación del delito atribuido al procesado, fue objeto de controversia y de debate tanto en la audiencia de imputación como en la acusación, ocasiones en las que la representación de la víctima no solamente no hizo ninguna oposición, sino que convalidó la actuación haciendo explícita su conformidad, por lo que *«la petición de nulidad se debe desestimar por haber operado el principio de convalidación»*.

Finalmente, argumentó que no es cierto que los jueces de instancia hayan incurrido en omisión de control material al preacuerdo, puesto que, como lo ha precisado la Corte, el control del juez es formal y que solo en supuestos excepcionales, esto es, cuando se afecta de manera efectiva y real una garantía fundamental, se habilita al juzgador para intervenir la negociación. Aseguró que ninguna de esas circunstancias excepcionales se demostró en la demanda; por el contrario, como se consignó en los fallos de primera y segunda instancia, el preacuerdo se ajustó al estándar de

legalidad que para dicho momento cronológico prohijaba la Corte.

Solicitó no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

Anticipa la Corte que casará el fallo emitido por el Tribunal Superior de Ibagué, invalidando la actuación desde el momento en que la Fiscalía radicó la solicitud de adición de la imputación y que motivó la decisión emitida el 2 de junio de 2016 por el Juez 5° Penal Municipal con función de control de garantías de Ibagué, a través de la cual impidió que la representante de la Fiscalía adicionara su imputación fáctica y jurídica conforme a la realidad extraíble de los medios de conocimiento con los que contaba para ese momento, acto procesal con el que se comprometieron las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, de conformidad con los antecedentes y razones que a continuación se exponen.

1. La calificación fáctica y jurídica de los hechos en los distintos estadios procesales y la intervención efectuada por los funcionarios judiciales:

En el trámite de las actuaciones judiciales de este caso, se pueden advertir irregularidades en la intervención de los fiscales, en el control de los jueces y en la frágil defensa de los intereses de la víctima a cargo de sus apoderados, lo que dio como resultado transgresiones al debido proceso que generaron defectos sustanciales en cadena que solo pueden ser subsanados por la vía extrema de la nulidad, como lo dejaron puntualizado en sus intervenciones el actual representante de la víctima en su demanda de casación y los funcionarios que como no recurrentes actuaron en representación de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público.

1.1. El preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado:

Como el recurrente pretende la remoción del fallo impugnado reclamando la nulidad de la actuación desde el acto judicial mediante el cual se aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ, la Sala se remitirá en primer orden al análisis de dicha actuación.

El 1° de diciembre de 2016, la Fiscalía presentó un acta de preacuerdo firmado también por el acusado y su defensor¹.

El acusado admitió su responsabilidad penal en un delito de *Homicidio* (artículo 103 del Código Penal) cometido en circunstancias de agravación punitiva (artículo 104, numerales 4 –por motivo fútil- y 7 –colocando a la víctima en situación de indefensión-, *ibídem*), bajo causal de menor punibilidad (por la carencia de antecedentes penales, artículo 55-1, *ib.*) y en grado de tentativa (artículo 27 *ib.*). Se eliminó por el fiscal la circunstancia de mayor punibilidad que fue objeto de acusación, alegándose que no se tenía un mínimo de prueba sobre la misma. Como fórmula compensatoria, se reconoció que el procesado actuó en la circunstancia de ira e intenso dolor, prevista en el artículo 57 *ib.* Junto con el escrito de preacuerdo, el delegado de la Fiscalía incorporó un escrito de sustentación del mismo, intitulado «*Razones que permiten suscribir el presente preacuerdo de orden fáctico, jurídico y probatorio*»².

El 19 de diciembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de verificación del preacuerdo ante el juez con función de conocimiento. La Fiscalía reiteró los términos del preacuerdo. El juez le impartió aprobación después de verificar que la aceptación de cargos del procesado se hizo de manera libre, consciente y voluntaria. El representante del Ministerio Público interpuso el recurso de apelación, declarado desierto

¹ Fl. 57 y ss., cuaderno juzgado.

² Fl. 66 y ss., cuaderno juzgado.

por falta de sustentación. Se anunció el sentido del fallo condenatorio³.

Bien puede advertirse que, a conveniencia de sostener una calificación jurídica de los hechos consistente en un *Homicidio* común, el representante de la fiscalía, en la narración de los hechos, eludió reparar en las circunstancias antecedentes de violencia de que había sido víctima Daniela Melo Martínez a manos de su compañero sentimental JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ, pues de otra manera no habría sido posible la opción por aquella forma de terminación anticipada del proceso, puesto que el artículo 5° de la Ley 1761 de 2015 dispone expresamente que *«la persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004»*, e igualmente que en estos casos *«no podrá celebrarse acuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias»*.

Esas circunstancias antecedentes de violencia machista en la relación de pareja que con claridad permitían contextualizar la intención de matar a la mujer por el hecho de serlo o por motivos de identidad de género, aunque no fueron mencionadas por la Fiscalía, pudieron ser advertidas por el juez de conocimiento al confrontar las evidencias físicas y demás información relevante para acreditar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado, puestas ya a su disposición para el control de

³ Acta de la audiencia, fl. 68 y s. Registro video 02:18:15 min.

legalidad del acuerdo, con lo que pudo percatarse que en la integración de los hechos jurídicamente relevantes se habían omitido aquellos aspectos que permitían avizorar que el comportamiento juzgado se podía adecuar al modelo de conducta previsto en el artículo 104A del Código Penal, razón por la que no era posible admitir el acuerdo en los términos presentados, por la manifiesta transgresión del citado artículo 5° de la Ley 1761 de 2015.

De especial relevancia para esos efectos resultaban las entrevistas recibidas a la víctima Daniela Melo Martínez y a su madre Esmeralda Martínez Rodas⁴, quienes dieron cuenta de la violencia física y verbal ejercida por el agresor con anterioridad a los hechos; así como el Informe de Valoración de Riesgo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se describen agresiones físicas y psicológicas antecedentes, en las que prevalecían las humillaciones, las agresiones verbales y los actos de control y posesión machista, concluyéndose por la profesional forense que existía un *«riesgo mortal extremo»*, debido a *«la cronicidad, la frecuencia y la intensidad de las agresiones»*⁵.

Adicionalmente, no era de menor importancia el hecho de haberse pactado por la Fiscalía la introducción de la circunstancia de estado de ira e intenso dolor en el obrar del acusado, cuando se trataba de una conducta violenta perpetrada sobre persona vulnerable y sujeto de especial protección. Tal circunstancia, con incidencia en la

⁴ Fls. 29 y ss., cuaderno de elementos materiales probatorios.

⁵ Fls. 37 y ss., cuaderno de elementos materiales probatorios.

culpabilidad, representó una rebaja punitiva desproporcionada, por dar lugar a que la pena se rebaje hasta la sexta parte, lo que supera con total amplitud las mayores rebajas dispuestas en el ordenamiento jurídico, incluso cuando el procesado se somete a sentencia anticipada desde las primeras fases de la actuación. Además, sin ningún sustento fáctico no era posible su reconocimiento, pues generaba un agravio a la dignidad de la víctima, al dar a entender que fue esta quien provocó la agresión, aspecto totalmente alejado de la perspectiva de género que debió imprimírsele a la actuación, según lo ha venido señalando reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶ y de esta Corporación⁷.

Y aunque al verificar la procedencia de la condena en virtud del acuerdo suscrito por las partes, el juez de conocimiento expresó su inconformidad con los términos del preacuerdo porque, en su opinión, transgredía los lineamientos de la directiva 001 de 2016 del Fiscal General de la Nación al concederse beneficios indebidos que, de acuerdo con los medios de conocimiento allegados por el Fiscal de la actuación, no respondían a un evento de indefinición probatoria o jurídica, justificó su aprobación en cuanto el juez *«no puede hacer controles ni oficiosos ni rogados al acta de acusación»*.

De igual manera, el Tribunal Superior de Ibagué al confirmar la sentencia de primer grado, consideró, entre

⁶ Corte Constitucional SU-479 de 2019.

⁷ CSJ SP-2073-2020, 24 jun. 2020, rad. 52227. En el mismo sentido, CSJ SP-1289-2021, 14 abr. 2021, rad. 54691.

otras cosas, que: i) la adecuación típica de la conducta es «*del resorte, única y exclusivamente del Fiscal*», por lo que el juez no puede llevar a cabo un control material sobre la acusación; ii) en el presente caso no advirtió el quebrantamiento de garantías fundamentales que permitieran el control judicial sobre la acusación o el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el acusado; iii) la víctima no puede oponerse a la calificación jurídica de los hechos presentada por la Fiscalía; iv) no hubo ningún agravio al ejercicio de los derechos de la víctima, no obstante la desprotección que en este sentido adujo su apoderado; y, v) finalmente, llama la atención sobre la actuación de la Fiscalía y su «*descomunal dádiva*», con la que se afectó el sentido de justicia para la víctima.

Ningún correctivo, entonces, tomaron los jueces no solo al detectar el desconocimiento de la realidad fáctica que mostraba la evidencia presentada, la cual ubicaba el caso dentro de las restricciones legales en materia de acuerdos, como la consagrada en el artículo 5° de la Ley 1761 de 2015; sino ante la desproporcionada rebaja que conllevó el reconocimiento de una atenuante que por carecer de cualquier base fáctica, desconocía los derechos de la víctima a obtener verdad y justicia y a que su caso se mirara con una perspectiva de género.

Además, es evidente que el Juez y el Tribunal confundieron el control material de la acusación, proscrita en nuestro sistema procesal, con la verificación de los requisitos de condena, que constituye una de las principales funciones jurisdiccionales (Ver, entre otros, radicados 51007 de 2019 y 52227 de 2020).

Lo anterior sería suficiente para anular. Sin embargo, como se verá a continuación, se advierten irregularidades anteriores, que incidieron en el desenlace que se acaba de ilustrar.

1.2. Audiencia preliminar de imputación de cargos:

En la primera audiencia de control de garantías, celebrada el 10 de marzo de 2016, al día siguiente de la ocurrencia de los hechos, el delegado de la Fiscalía –Fiscal 16 Seccional, adscrito a la URI- procedió a la imputación de los cargos en contra RESTREPO GONZÁLEZ.

En esa actuación, desconoció el funcionario la diferenciación que con reiteración ha demarcado esta la Sala, entre: (i) hechos jurídicamente relevantes -los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal-; (ii) hechos indicadores -los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes-; y (iii) medios de prueba -los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores-⁸.

En lugar de ajustarse a su obligación de comunicar, de manera clara y sucinta, los hechos jurídicamente relevantes derivados de los medios de conocimiento a su disposición, el Fiscal adscrito a la URI, según puede advertirse en los registros de dicha audiencia⁹, procedió a leer el contenido de algunos de los elementos materiales probatorios y evidencias

⁸ Entre otras, CSJ SP-3168-2017, 8 mar. 2017, rad. 44599; CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

⁹ Audiencia de imputación, CD, min. 00:51:18.

físicas con los que contaba para ese momento: relacionó y leyó el «Informe de policía de vigilancia en caso de captura en situación de flagrancia»; en segundo lugar, un fragmento de la entrevista recibida a la víctima Daniela Melo Martínez; y, por último, apartes de la historia clínica, donde se narraban las condiciones en que ella ingresó al centro hospitalario y las heridas que fueron detectadas en su cuerpo.

Una actuación en tal sentido, llevó a que la misma Fiscalía, luego de la inicial comunicación de los cargos, realizara un nuevo examen de las evidencias, permitiéndole llegar a las conclusiones que serán analizadas en el siguiente apartado, tras encontrar que su predecesor había incurrido en una inadecuada estructuración de la hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes.

Ello, porque en su lectura, el fiscal de la URI se concentró en la narración ofrecida por la víctima de los hechos acaecidos el día de la captura de su compañero sentimental RESTREPO GONZÁLEZ, omitiendo que, para el caso, a efectos de determinar el elemento subjetivo específico del tipo penal de *Feminicidio* del artículo 104A del Código Penal, diverso del dolo general propio del homicidio común, resultaba jurídicamente relevante la alusión a los antecedentes de violencia en el ámbito doméstico cometida en contra la víctima, pues tales elementos descriptivos, previstos en el literal e) de dicho precepto normativo, permitían inferir la intención de causar la muerte por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género.

Esos antecedentes de violencia, según la propia Fiscalía, fueron descritos en su entrevista por Daniela Melo Martínez, al referir que en el pasado ya se habían presentado episodios de violencia por parte de su compañero, precisando que el 8 de noviembre de 2015, día de su cumpleaños, la había hecho víctima de malos tratos físicos y verbales. Así, según el análisis que dio lugar a la solicitud de modificación de la imputación, tales circunstancias, ratificadas por la madre de aquella, Esmeralda Martínez Rodas, debieron ser incorporadas al contexto de los hechos acaecidos el día de la captura, pues se hacían especialmente relevantes para definir que los móviles que alentaron al agresor correspondían a un patrón de conducta compatible con un acto de control y de sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio por el hecho de ser mujer su víctima.

Esa desatención implicó que el Fiscal calificara la conducta como *Homicidio* (artículo 103 del Código Penal) cometido en circunstancias de agravación punitiva (artículo 104, numerales 1 y 7, ibídem), bajo circunstancia de menor punibilidad (artículo 55, numeral 1, ib.) y en grado de tentativa (artículo 27 ib.)¹⁰.

1.3. La posterior solicitud de adición a la imputación y la presentación del escrito de acusación:

¹⁰ Cfr. Acta de audiencia preliminar del 10 de marzo de 2016, celebrada ante el Juzgado 8° Penal Municipal con funciones de control de garantía de Ibagué (fl. 8, cuaderno juzgado).

La deficiencia en la imputación de los cargos, debida a la incompleta determinación de los hechos jurídicamente relevantes que se podían extraer de los elementos materiales probatorios con los que contaba la Fiscalía, y la defectuosa adecuación típica de la conducta, como consecuencia de lo anterior, fue advertida, según se precisó, por la fiscal que asumió el conocimiento de la investigación –Once Seccional de la Unidad de Vida-, motivando ello que presentara ante los jueces de control de garantías, el 20 de abril de 2016, una solicitud de audiencia para la «*Modificación de la imputación*»¹¹.

No obstante la oportuna solicitud de adición de la imputación de cargos, solo el 2 de junio de 2016 se realizó la audiencia ante el Juez 5º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ibagué¹².

Debe destacarse que en dicha oportunidad la Fiscalía amplió el núcleo fáctico de la imputación y, como consecuencia de ello, modificó la calificación jurídica que se le había dado a los hechos. Así, a diferencia de la comunicación inicial, llevó a cabo una imputación a partir de la delimitación clara de los hechos jurídicamente relevantes, destacando los acontecimientos ocurridos con anterioridad al 9 de marzo de 2016, haciendo ver con ello las condiciones de violencia de género dentro de las que se inscribió la última

¹¹ Fl. 24, cuaderno juzgado.

¹² Fl. 30, cuaderno juzgado.

conducta, pudiendo establecer de ese modo la condición de mujer como móvil de la agresión. De esa manera precisó que:

Para el 8 de noviembre de 2015, DANIELA MELO MARTÍNEZ, de profesión modelo, recién había entablado una relación sentimental con JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ y, para esa fecha, cuando ella estaba celebrando su cumpleaños, llegó JUAN DIEGO y se puso furioso por la presencia de los mariachis, empujó a Daniela en presencia de la madre de ésta, y le gritó que era una hijueputa, perra; pero tal episodio de violencia física y verbal no fue dado a conocer porque el asunto no pasó a mayores.

El noviazgo de Daniela y JUAN DIEGO, quien controlaba, celaba y trataba mal a Daniela, continuó, y para comienzos de este año, 2016, la pareja se fue a vivir al apartamento de esta, número 401, ubicado en el conjunto Terekay, de la calle 69, número 10A-214, y para la noche del 8 de marzo de 2016, a eso de las 9:30 de la noche la pareja salió a comer para celebrar el Día Internacional de la Mujer, cena en la que el hombre empezó a discutir con Daniela, esta vez reclamándole porque le habían enviado flores y muchos presentes, con ocasión del citado día. Así llegaron hasta el apartamento a eso de la 1:20 de la mañana, aproximadamente, ya del día 9 de marzo y, dada la situación, Daniela no quiso subir en el ascensor con JUAN DIEGO hasta el apartamento, sino que lo hizo por las escaleras, lo que llevó a éste a seguirla escaleras arriba.

Ya en el interior del apartamento y cuando Daniela se disponía a acostarse, empezó a insultarla, esta vez diciéndole que no podía confiar en ella porque era “una perra, prostituta, que no valía la pena”, la tiró al piso y la emprendió a golpes contra esta, propinándole patadas en la cabeza y en el estómago, al tiempo

que intentó ahorcarla, pues, decía, ella tenía una relación con otra persona y se tenía que morir.

Los gritos de Daniela fueron escuchados aproximadamente a los 15 minutos de haber llegado la pareja al apartamento por un vecino, quien dio aviso a la portería, para que verificaran qué era lo que estaba ocurriendo, y fue así como uno de los vigilantes llegó al apartamento 401, en donde, al escuchar que la pareja estaba peleando, les timbró en repetidas oportunidades, pero como nadie le abrió y los protagonistas que quedaron callados, decidió continuar con su ronda. Entre tanto, JUAN DIEGO fue hasta el baño, rompió el espejo y armado con un fragmento grande del espejo regresó a la habitación donde estaba la mujer, la sujetó por detrás y le cortó el cuello, repitiendo una y otra vez la acción, mientras su compañera sentimental, desangrándose, le imploraba que no la dejara morir, y él seguía golpeándola en el cuello. Acto seguido y como, según él, Daniela no se quería morir, fue hasta la cocina, cogió un cuchillo y volvió a pasárselo por el cuello, mientras reía de verla en esa situación y la sujetaba fuertemente para impedir que se le soltara y que pudiera pedir ayuda. En un momento en que JUAN DIEGO la soltó, Daniela se levantó y pudo llegar hasta la cama en donde le dijo que si sabía lo que estaba haciendo y éste le respondió que sí, porque lo que quería era que se muriera, ante lo cual Daniela gritó pidiendo auxilio.

En esa oportunidad uno de los vigilantes del conjunto decidió subir nuevamente hasta el apartamento 401, pero como todo estaba en silencio salió de la torre rápidamente y se dirigió a la portería donde su otro compañero, al observar que las luces del apartamento continuaban encendidas, decidió marcar al apartamento desde la portería, sin que tampoco recibiera respuesta, lo que los llevó a dar aviso a la compañía de seguridad y a las autoridades de policía que hicieron presencia en el conjunto y, después de llamar por espacio de unos 10 minutos, finalmente consiguieron que JUAN DIEGO les abriera la puerta y pudieron

auxiliar a la mujer, quien, sujetándose el cuello con una toalla, les pidió que no la dejaran morir.

De esa introducción –resaltada en negrilla-, omitida en la inicial imputación, según las correcciones que luego hizo la propia fiscalía en la narración de los hechos jurídicamente relevantes, se advierte el propósito de la fiscal de identificar los elementos contextuales, en la forma de *antecedentes*, *indicios* o *amenazas* de violencia en el ámbito doméstico –concordante con el literal e) del artículo 104A del Código Penal–, que daban cuenta de los motivos discriminatorios por el hecho de ser mujer que gobernaron la conducta del acusado, inherentes a una situación de desigualdad en la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo al querer darle muerte.

Fue evidente la intención de la acusadora de fundamentar la variación de la calificación jurídica sobre la base de aquellos elementos descriptivos que evidenciaban los móviles que, como elementos subjetivos del tipo penal, estuvieron presentes en la conducta del procesado, los cuales develaban un dolo especial afincado en el hecho del sometimiento y control, como factores de discriminación para la víctima, en un claro atentado no solamente a la vida sino también a la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer, como bienes jurídicos objeto de protección penal a través del tipo de *Feminicidio*, creado por la Ley 1761 de 2015¹³.

¹³ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

En ese sentido, la fiscal del caso varió la calificación jurídica de la imputación, presentándola como *Feminicidio* (artículo 104 A del Código Penal, adicionado por el artículo 2° de la Ley 1761 de 2015) –bajo el énfasis descriptivo del literal e): «Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no», cometido bajo la circunstancia de agravación punitiva consistente en haber colocado a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación (artículo 104 B, literal g) *ibidem*, adicionado por el artículo 3° de la Ley 1761 de 2015), bajo circunstancias de menor y mayor punibilidad (artículos 55, numeral 1, y 58, numeral 8, *ib.*) y en grado de tentativa (artículo 27 *ib.*).

De esa manera, la funcionaria sustentó la variación de la calificación de la conducta bajo el argumento de ceñirse al principio de estricta tipicidad, entendiendo que los hechos jurídicamente relevantes se ajustaban a un delito de *Feminicidio agravado*, en los referidos términos, y no a un *Homicidio común*.

Por otro lado, la fiscal del caso, antes de la celebración de la audiencia de adición de la imputación de cargos y ante el inminente vencimiento de términos, presentó el 23 de mayo de 2016, ante el juez de conocimiento, el escrito de acusación, por los mismos cargos fácticos y jurídicos que pretendía modificar, esto es, *Feminicidio*, cometido bajo circunstancia de agravación punitiva, en condiciones de menor y mayor punibilidad, y en grado de tentativa.

Esta última circunstancia procesal motivó que el Juez 5° Penal Municipal con funciones de control de garantías decidiera no impartirle legalidad a la adición de la imputación, aduciendo falta de competencia. Sostuvo que como quiera que se había presentado el escrito de acusación, la competencia para la variación de la calificación jurídica se había trasladado al juez de conocimiento y, según sostuvo, era la audiencia de acusación, conforme al trámite previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, el escenario adecuado para la introducción de cambios en la imputación fáctica y en la calificación de los hechos. El juez de garantías no concedió recurso alguno contra dicha decisión argumentando que se trataba de un «acto de parte»¹⁴.

Aunque el juez de control de garantías adujo ser incompetente y no permitió la adición de la imputación pretendida por la fiscal, dio traslado a las otras partes e intervinientes para que, en una suerte de confrontación absolutamente impertinente, se expresaran en relación con los hechos y la calificación jurídica que presentó la Fiscalía. Llama la atención la intervención del profesional que para aquel momento representaba a la víctima, quien con inusual vehemencia sostuvo que la adición presentada por la fiscalía carecía de sustento jurídico y que los hechos relevantes no se adecuaban al tipo penal de *Feminicidio* y reclamó que se desestimara la pretensión de la fiscalía puesto que, según argumentó, desconocía los derechos de la víctima, en nombre de quien se encontraba tramitando una solicitud de mediación ante la Fiscalía. Incomprensible deducción del representante de la víctima, acota la Corte, cuando la adición

¹⁴ Audiencia de modificación de la imputación, 1:11:40 min.

de la imputación redundaba claramente en la reivindicación de los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia.

Ello sin perder de vista que el juicio de imputación no puede ser sometido a control material ni puede ser controvertido en el plano sustancial por las otras partes o intervinientes.

Lo cierto es que finalmente se impidió a la representante de la Fiscalía adicionar los cargos para ajustarlos acorde con la realidad que emanaba de los medios de conocimiento con los que se contaba para ese momento, lo cual trajo consigo un problema de imposible solución en la pretensión de sujetarse de manera estricta al principio de legalidad del delito y de las penas: aunque se hacía necesaria la modificación del núcleo fáctico de la imputación, no fue permitida por el juez de control de garantías; pero tampoco era viable llevar a cabo esa variación en la audiencia de acusación porque representaba un cambio estructural en la calificación jurídica, incongruente con la misma imputación, lo que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, ameritaba la adición de la imputación¹⁵.

Advierte la Sala en ello una clara transgresión al debido proceso, no por la decisión final que tomó el juez de control de garantías, sino por lo sucedido a partir de la radicación de la petición. En efecto, la fiscal del caso, con suficiente antelación, presentó su solicitud de audiencia para la adición de la imputación -20 de abril de 2016-; pero esta solo se fijó para el 2 de junio siguiente, lo cual generó que antes de su

¹⁵ CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

realización la fiscal se viera impelida a radicar el escrito de acusación ante el juez de conocimiento -el 23 de mayo de ese año-, faltando pocos días para que se cumpliera el término de que disponía para ese efecto (artículos 175 y 294 de la Ley 906 de 2004).

Ello significa que la audiencia de adición de la imputación se celebró con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, no por razones atribuibles a la Fiscalía sino por motivo de la indebida dilación del mismo juez de garantías para celebrar la audiencia requerida oportunamente.

La adición de la imputación significaba en este caso no solamente el apego obligado al principio de estricta tipicidad por parte del acusador, sino que representaba, además, la comunicación de los cargos al procesado como mecanismo para garantizar el ejercicio de su derecho de defensa; la satisfacción de la garantía de congruencia entre la imputación y la acusación; la concreción de los presupuestos para el allanamiento a cargos y los acuerdos que pudieran celebrar la Fiscalía y la defensa¹⁶; y, muy especialmente, el acatamiento de los principios relativos al deber de debida diligencia en la prevención, atención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer que impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la indagación de estas conductas¹⁷.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

Sin embargo, la dilación del trámite que conllevó al rechazo judicial de la pretendida adición de la imputación como necesario acto de comunicación previo, y la imposibilidad jurídica de introducir variaciones estructurales en la hipótesis fáctica con incidencia en la calificación jurídica de la acusación, obligó a la fiscal a retomar en la audiencia de acusación la imputación presentada inicialmente por el delito de *Homicidio* en grado de tentativa, pues no de otra manera podía conservar la congruencia entre los dos actos de parte. De esa manera, tuvo que dejar de lado su pretensión de calificar los hechos como constitutivos de un *Feminicidio* en grado de tentativa, fijándose el presupuesto para la concreción de alguna de las modalidades de terminación anticipada del proceso sin restricción alguna.

En consecuencia, en la audiencia de acusación del 16 de agosto de 2016, la Fiscalía anunció que introduciría variación en la calificación jurídica respecto a la consignada en el escrito de acusación¹⁸, formulando su acusación bajo los mismos hechos jurídicamente relevantes comunicados en la audiencia de imputación, calificando la conducta como *Homicidio* (artículo 103 del Código Penal) cometido en circunstancia de agravación punitiva (artículo 104, numeral 7, ibídem), bajo condiciones de mayor y menor punibilidad (artículos 58-8 y 55-, ib.) y en grado de tentativa (artículo 27 ib.).

Es importante resaltar que la fiscal, en su interés por mantener la consonancia entre los hechos jurídicamente

¹⁸ Min. 9:28, audiencia de acusación.

relevantes y la calificación jurídica de los mismos, omitió en la formulación verbal de la acusación hacer mención de las circunstancias particulares relacionadas con los antecedentes o amenazas de violencia, que así mismo había consignado en su escrito de acusación, y de las que había inferido la ejecución de la conducta fundada en los motivos discriminatorios por el hecho de ser mujer la víctima.

Llegados a este punto, se consolidó la acusación por parte de la Fiscalía, la misma que, según se puede constatar, no respondió a la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que se desprendían de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas en poder de la Fiscalía, puesto que, aunque la inconsistencia fue advertida a tiempo por parte de su delegada, se le impidió introducir las variaciones que el asunto reclamaba.

Aunque la Sala ha precisado la imposibilidad de controlar materialmente la acusación¹⁹, entendida esta como acto de parte orientada a la comunicación de los cargos, el simple cotejo entre las premisas fáctica y jurídica y las distintas calificaciones jurídicas contenidas en el escrito de acusación y en la formulación de dicha acusación, debió concitar la atención del juez y exigir, dentro de sus labores de dirección, las debidas cargas de justificación de ese proceder que, en apariencia, podía representar el quebrantamiento del principio de objetividad que debe guiar su actuación en la realización del juicio de acusación (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), más aun cuando la

¹⁹ Entre otras, CSJ SP-2442-2021, 16 jun. 2021, rad. 53183.

misma fiscal anunció que introduciría una «*modificación en la adecuación típica de la conducta de Femicidio a Homicidio*»²⁰.

Además, es relevante que dentro de la información de la que disponía el juez de conocimiento para ese momento se encontraba el acta de la audiencia de control de garantías, incorporada a su carpeta desde antes de la celebración de la audiencia de acusación, en la que se dejó constancia de que la pretensión de modificación de la imputación de *Homicidio a Femicidio* fue truncada por el irregular trámite del juez de garantías, lo que bien pudo motivar su indagación sobre ese particular²¹.

1.4. La priorización de la celebración de las audiencias de adición de la imputación ante los jueces con funciones de control de garantías:

La consolidación del acto de imputación de cargos demanda especial prontitud, pues no de otra manera es posible desarrollar la «*garantía judicial mínima*», prevista en los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual se sintetiza en los derechos del imputado a: i) conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan; y, ii) disponer del

²⁰ Min. 9:28, audiencia de acusación.

²¹ Fl. 30, cuaderno juzgado.

tiempo y las facilidades necesarios para la preparación de su defensa²².

Así mismo, en virtud del principio de progresividad de la actuación penal, el vínculo de congruencia entre la audiencia de imputación de cargos y la formulación de la acusación puede sufrir variaciones en la premisa fáctica por la incorporación de hechos nuevos, no imputados previamente al procesado, y que son fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, por lo que, según lo ha precisado esta Corporación, el núcleo de la imputación solo puede modificarse a través de la adición de la misma²³.

Es por ello que, de cara a la acusación, se hace necesario la pronta definición de la imputación de los cargos, con el objeto de materializar el derecho del procesado a conocer con la mayor anticipación posible los hechos que se le endilgan y a contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa, dando cumplimiento a la exigencia del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que *«toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella»*.

²² Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de junio de 2005, asunto Fermín Ramírez vs. Guatemala.

²³ CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

Pero, además, de manera correlativa, la formulación de la imputación activa para la Fiscalía obligaciones relativas al cumplimiento de los términos para la presentación del escrito de acusación (artículos 175 y 294 de la Ley 906 de 2004), lo que significa que las actuaciones que pueda desplegar desde aquel momento procesal están gobernadas bajo el apremio temporal, en tanto la realización del acto de imputación de cargos por parte de la Fiscalía constituye «el punto de partida para el ejercicio del derecho al debido proceso»²⁴.

Según ha señalado esta Sala, lo deseable es que los cargos comunicados en la imputación sufran el menor número posible de variaciones, pero, si estas se producen, en razón de la progresividad de la actuación procesal, es necesario que se lleven a cabo con la suficiente antelación, de cara a la aproximación del acto de acusación.

Así lo ha precisado la Sala:

Tanto la Corte Constitucional como esta Corporación han establecido que la formulación de imputación cumple, entre otras funciones, la de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los hechos que se le endilgan y a contar con tiempo suficiente para preparar su defensa. Desde esta perspectiva, lo deseable es que los cargos comunicados en la imputación sufran el menor número posible de variaciones.

Debe resaltarse, además, que esta “garantía judicial mínima”, como se le denomina en los ya referidos tratados internacionales, tiene mejores posibilidades de materialización en la medida en que

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-303 de 2013.

la defensa conozca con la mayor anticipación posible dichos hechos, entre otras cosas porque el paso del tiempo puede dificultar las prácticas investigativas (localización de testigos, recuperación de grabaciones de cámaras de seguridad, etcétera).

De otro lado, el carácter progresivo de la actuación penal, que implica la práctica de actos de investigación después de la formulación de imputación, puede incidir en la protección de los derechos de las víctimas y del interés de la sociedad en que los delitos sean investigados y los responsables sancionados. En efecto, es posible que luego de que se le formule imputación a quien fue capturado en flagrancia por el delito de homicidio, se establezca que actuó por promesa remuneratoria, o por un motivo que pueda calificarse como abyecto o fútil, etcétera.

La adición a la imputación es un mecanismo idóneo para afrontar esta problemática, pero puede dar lugar a dilaciones innecesarias y/o a la mayor congestión judicial si se exige para todo tipo de modificaciones de la premisa fáctica. Al efecto, resulta suficiente traer a colación el número de personas que deben intervenir en la diligencia, la disposición de salas de audiencia y otros componentes logísticos, el traslado de las personas privadas de la libertad, etcétera.²⁵

Por lo tanto, como componente esencial del debido proceso, la adición a la imputación que se pretenda realizar por la Fiscalía, debe llevarse a cabo en audiencia preliminar programada con especial celeridad por los jueces de garantías, respetando el principio de plazo razonable, a efectos de que no se haga nugatorio el derecho del imputado a la preparación de su defensa de cara al inicio del juicio; no resulte afectado el derecho de las víctimas al acceso a la

²⁵ CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

administración de justicia; y, no se prive a la fiscalía de ajustar la premisa fáctica en función del principio de legalidad frente a la calificación jurídica de los hechos conforme a las evidencias recaudadas. De esa necesaria prontitud en la configuración de la imputación ya se ha ocupado con insistencia la Corte²⁶.

En razón de lo anterior, esta clase de audiencias relativas a la adición o modificación de la imputación, deben gozar, al lado de aquellas referidas a los actos de urgente celebración para el control constitucional, de prioridad dentro de las actividades judiciales asignadas a los jueces con funciones de control de garantías, puesto que, como se acaba de ver, resultan esenciales para la salvaguarda del debido proceso en materia penal.

La Corte estima necesario llamar la atención a los jueces que ejercen funciones de control de garantías, para que se apliquen al cabal cumplimiento de las obligaciones de celeridad y priorización de dichas audiencias, pues es de la esencia del sistema acusatorio el deber de los jueces de facilitar la actuación de las partes para el cumplimiento de las cargas procesales que tienen asignadas dentro de la actuación y, en concreto, permitir, sin dilación, el acto de imputación de la fiscalía.

Una desatención asentada en la mora para la realización de una audiencia de adición de la imputación,

²⁶ Cfr., entre otras, CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27518.

transgrede, sin duda, el debido proceso, con tan graves consecuencias como las advertidas en este caso, en el que la tardía intervención judicial para permitir a la Fiscalía el ajuste de la premisa fáctica, acorde con las evidencias en su poder, trastocó todo el desarrollo futuro del proceso penal en términos de legalidad, defensa del acusado y garantía de la víctima.

En ese sentido, es deber de los jueces velar porque la adición de la imputación se lleve a cabo con presteza, de manera que no resulte alterado el punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes, permitiéndose especialmente a la defensa el tiempo suficiente para diseñar su estrategia, en orden a materializar la «*garantía judicial mínima*», como se ha subrayado²⁷.

Por último, dígase que la obligación de imprimir celeridad en la celebración de esta clase de actuaciones, se acentúa en un caso como el presente en el que se trata de una mujer víctima de un acto de violencia de género, situación en la que los funcionarios están compelidos por el deber de debida diligencia²⁸ en la investigación, trámite procesal y sanción de esa forma de conducta lesiva.

3. Conclusiones y definiciones frente a los cargos presentados en la demanda de casación:

²⁷ CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

²⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- 142 y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará-.

3.1.- Esta Corporación ha reiterado²⁹ que resulta ineludible la necesidad de aplicación del marco normativo dispuesto en el ordenamiento interno y por diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, que reivindican el derecho de las mujeres a estar libres de violencia³⁰.

Así, se han subrayado las obligaciones que se derivan para el Estado colombiano en garantizar a las mujeres, de manera efectiva, el acceso a la justicia, lo que supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en la investigación y sanción de cada delito en particular.

Ello impone el deber de *debida diligencia*³¹ en la investigación y sanción de los actos de violencia contra la mujer y la obligación de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos, asumiendo la desigualdad sistemática que ha sufrido la mujer y su condición social como factores que la ponen en una situación

²⁹ SP-3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587; CSJ SP-1289, 14 abr. 2021, rad. 5469, entre otras.

³⁰ Contenidos normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la Convención de Belém do Pará, la CEDAW y la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Además, en ese sentido, los artículos 40, 42, 43 y 53 de la Constitución Política reconocen explícitamente una protección especial a la mujer en razón a la discriminación histórica que ha sufrido en las diferentes esferas sociales.

³¹ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– 142 y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará–.

de riesgo y amenaza de violencia, evitando su revictimización con fundamento en estereotipos de género negativos.

3.2.- Ese deber de diligencia debida se transgredió en las diferentes actuaciones desplegadas por los representantes de la Fiscalía y por los jueces que, en control de garantías y en conocimiento, tuvieron a cargo los distintos trámites de la actuación procesal:

- (i) Según lo concluyó la propia Fiscalía al intentar corregir los cargos, en la formulación de imputación se omitieron circunstancias fácticas que debieron ser incorporadas a los hechos jurídicamente relevantes porque revelaban la posible existencia de un caso de violencia de género.
- (ii) La delegada de la Fiscalía a quien correspondió el caso, quiso enmendar la situación solicitando de manera oportuna la adición de la imputación de cargos, procediendo a introducir de manera puntual las circunstancias relativas a los antecedentes de violencia y amenaza en el ámbito doméstico, conforme a los lineamientos típicos del artículo 104A, literal, e), del Código Penal, adicionado por el artículo 2º de la Ley 1761 de 2015.
- (iii) El Juez 5º Penal Municipal con funciones de control de garantías de manera indebida dilató el tiempo para la realización de la audiencia de adición de la imputación, lo que generó el rechazo

de la pretensión de la Fiscalía porque cuando se evacuó la audiencia para ese fin ya se había radicado el escrito de acusación, cumpliendo los términos legales.

- (iv) Esa actuación del juez dio lugar a que la premisa fáctica nunca se estructurara conforme al adecuado juicio de imputación que quiso hacer prevalecer el fiscal cuando solicitó la adición, lo que dio lugar a una acusación inadecuada.
- (v) Esas condiciones propiciaron que se celebrara un preacuerdo entre la Fiscalía y el acusado, claramente ilegal, porque, aparte de fundamentarse en una calificación jurídica inconsecuente con la realidad fáctica que impedía esta clase de acuerdos, se otorgó una rebaja punitiva desmedida, con la introducción negociada de un “estado de ira e intenso dolor” -no se precisó a cuál de estas situaciones se aludió-, contrario a la dignidad de la víctima y a la perspectiva de género que debió imprimirse a la actuación.

3.3.- El representante de la víctima demanda en casación la nulidad, a fin de que se restaure la actuación a partir de la aprobación judicial del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado. Los delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público ante la Corte coadyuvan dicha pretensión, solicitando que se case la sentencia recurrida.

Es palmario, sin embargo, que las irregularidades con base en las cuales se debe decretar la nulidad se causaron antes de ese acto procesal, incluso con anterioridad a la misma formulación de la acusación, puesto que fue desde el trámite dado a la solicitud de adición de la imputación que se produjo el vicio procesal sustancial que transgredió el debido proceso, lo que impidió a la Fiscalía adicionar la premisa fáctica, constituyendo esa circunstancia el hito sustancial que repercutió en las actuaciones consecuentes.

Ciertamente, ante la imposibilidad de adicionar la imputación por la demora injustificada del juez de garantías para realizar la audiencia preliminar y a sabiendas de que la variación en el núcleo fáctico de la imputación y su correspondiente calificación jurídica no era posible llevarla a cabo en la audiencia de formulación de acusación, conforme se desprende de la jurisprudencia de esta Sala³², la Fiscalía debió sostener la imputación inicial a fin de mantener su consonancia con la acusación, no obstante las notables inconsistencias de cara a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas con los que contaba.

Adicionalmente, las irregularidades en la formulación de la acusación tuvieron una evidente relación con el acuerdo que a continuación celebraron las partes. Conforme a la evidencia con la que contaba la Fiscalía, podía razonablemente afirmarse que la conducta realizada se adecuaba típicamente a un delito de *Feminicidio* (artículo

³² CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

104A del Código Penal) –en los términos que pretendió adicionar la Fiscalía-, lo que tornaba ilegal el acuerdo, por lo dispuesto expresamente en el artículo 5° de la Ley 1761 de 2015, además de la irregularidad de introducirse como compensación punitiva una circunstancia de ira e intenso dolor que determinó una sanción desproporcionada con los hechos y su estricta tipicidad.

Por ello, se invalidará la actuación desde el trámite dado por el Juez 5° Penal Municipal con funciones de control de garantías a la solicitud de audiencia para la adición de la imputación, para que se permita a la Fiscalía introducir los cambios que considere pertinentes a la imputación, según las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico y, de esa manera, se garantice el derecho de la víctima a la verdad y la justicia, y el procesado y su defensor cuenten con tiempo suficiente para preparar su estrategia, de cara a las decisiones que deba tomar la Fiscalía una vez finiquitada la fase de investigación.

3.4.- No sobra acotar que los fundamentos de la Sala frente a las irregularidades advertidas en la actuación no pueden entenderse como una orden frente al contenido de los cargos, ya que le corresponde a la Fiscalía, por conducto de un funcionario idóneo y objetivo, realizar las funciones asignadas por la Constitución Política y la ley.

3.5.- Por último, se hace un llamado de atención a los jueces que ejercen funciones de control de garantías, para

que se apliquen al cabal cumplimiento de las obligaciones de celeridad y priorización de dichas audiencias, las que se deben celebrar dentro de un plazo razonable a fin de garantizar el punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

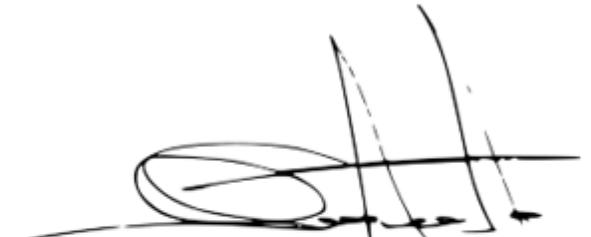
RESUELVE

1°. **CASAR** la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, **anular la actuación** desde el trámite dado por el Juez 5° Penal Municipal con funciones de control de garantías a la solicitud de audiencia para la adición de la imputación, para que se permita a la Fiscalía introducir los cambios que considere pertinentes a la imputación, según las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico.

2°. Devolver la actuación al juez de conocimiento para que se proceda de conformidad con acatamiento de lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta determinación no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.



GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente



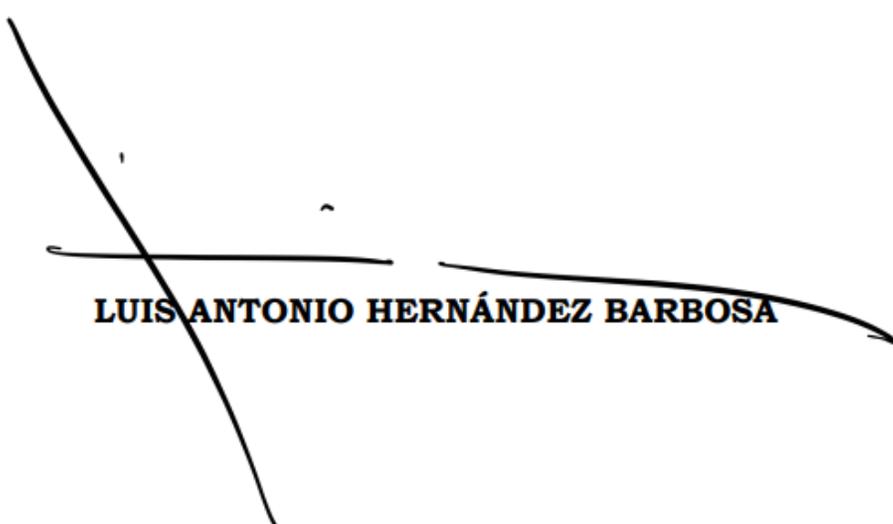
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

Sala Casación Penal 2021