



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 082

(Sesión del 1° de agosto de 2022)

Radicado: 05-001-60-00206-2006-15788
Procesado: Jaime Alberto Avendaño Pérez
Delito: Tentativa de Homicidio Agravado
Asunto: Fiscalía y Defensa apelan auto que improbo preacuerdo
Decisión: Rechaza de plano
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 8 de agosto de 2022

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

Se abstendrá la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto tanto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación como por el defensor del ciudadano Jaime Alberto Avendaño Pérez contra el auto proferido el pasado 11 de julio, por medio de la cual el Juez Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, improbo el preacuerdo presentado por estos.

2. HECHOS

El 27 de octubre de 2006 en horas de la noche, en la cafetería El Lirio, ubicada en la carrera 39 # 49A-36, en el sector de la Placita de Flórez de esta ciudad, se presentó una discusión entre Jaime Alberto Avendaño Pérez, propietario del negocio y Yovanni Antonio Oquendo Agudelo, porque este último intentó usar el baño del establecimiento sin haber consumido en el lugar.

Esa noche, con ocasión al reclamo del propietario, luego de que Oquendo Agudelo arrojara unas copas al suelo, fue agredido en varias ocasiones con

un arma corto punzante por uno de los clientes de la cafetería, mientras que Avendaño Pérez, lo sujetaba por la espalda y azuzaba al atacante para que lo matara.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. De las audiencias

El 8 de noviembre de 2018 se formuló imputación en contra de Jaime Alberto Avendaño Pérez por la comisión de la conducta punible de Homicidio agravado en modalidad de tentativa, en calidad de coautor, el imputado no aceptó el cargo.

El 10 de diciembre de 2018 el delegado de la Fiscalía radicó el escrito de acusación que correspondió por reparto, el día 14 siguiente, al Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

El 30 de mayo de 2019 se agotó la audiencia de formulación de acusación.

El 17 de septiembre de 2019 se presentó un preacuerdo que fue aprobado por el Juez de primera instancia e improbadado en segunda instancia por la Sala Mayoritaria que preside el suscrito, el 7 de julio de 2020, con salvamento de voto del primer revisor, el Magistrado Nelson Saray Botero.

El 4 de febrero de 2022 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

El 11 de julio último, fecha dispuesta por el Despacho para dar inicio a la audiencia de juicio oral, el delegado de la Fiscalía General de la Nación anunció la celebración de un preacuerdo con el acusado.

3.2 Del preacuerdo

El Fiscal expuso los términos del preacuerdo y, advirtiendo desde ya que para esta Sala resultaron sumamente confusos, se procede a continuación a

trascribirlos, para concretar y precisar lo presentado, sin interpretaciones subjetivas, así:

“El preacuerdo consiste en que la Fiscalía General de la Nación, en un ajuste de legalidad luego de revisar los hechos y tener en cuenta que es de la esencia del juicio discutir si en este caso se presentó una conducta de homicidio tentado o si se trató de unas lesiones, y teniendo en cuenta que, en este caso, según el dictamen médico legal, no hubo un peligro para la vida y que la incapacidad definitiva de la víctima fue de 15 días, la Fiscalía modifica el cargo al delito de lesiones personales de los artículos 111 y 112 del Código Penal. Fijando la pena en el máximo que contempla artículo 112, inciso primero, es decir, 36 meses de prisión. También se preacuerda que Jaime Alberto Avendaño Pérez purgará la pena bajo la modalidad de la condena de ejecución condicional.

El ciudadano es consciente de que está renunciando a su derecho de presunción de inocencia y a que se adelante un juicio en el que podría conocer las pruebas y controvertirlas, que, con la aprobación de este acuerdo, una vez verificado su entendimiento, así como la libertad con la que lo suscribe, no podrá retractarse siéndole impuesta como consecuencia de la condena a la pena de prisión en los términos ya descritos.

La Fiscalía accede a este preacuerdo en el entendido de que se están aplicando por las normas del Código de Procedimiento Penal, concretamente los principios de celeridad, economía procesal, equidad de la administración de Justicia, etc. del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, considerando que se trata de una pena retributiva con el fin de humanizar la actuación y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Es de la esencia del juicio discutir si el hecho sí ocurrió y si es responsable de este Jaime Alberto Avendaño Pérez a qué título y respecto de qué delito, Homicidio Tentado o Lesiones Personales.

Solicito señor Juez le imparta aprobación al preacuerdo en el cual el ciudadano se allana en calidad de autor.”

3.3. Traslado del preacuerdo a los intervinientes

3.3.1. El representante de la víctima. No realizó pronunciamiento alguno.

3.3.2. La delegada del Ministerio Público. Resaltó que de los términos del preacuerdo se observa que puede estar vulnerando el debido proceso y el principio de legalidad. En este caso se tiene como antecedente un preacuerdo que se presentó con el procesado y que fue revocado por el Tribunal Superior de Medellín en el sentido de que contemplaba la concesión de un mecanismo sustitutivo que, de acuerdo a las normas procesales, no reunía los requisitos de naturaleza objetiva para su otorgamiento y se definió que se tiene en cuenta es la rebaja de la pena para efectos de la punibilidad pero, para los demás efectos, se debe tener en cuenta el delito por el cual se acepta responsabilidad.

Ahora, el Fiscal presenta un nuevo preacuerdo, ambiguo pues no resulta claro si lo que hace es variar la calificación jurídica por parte de la Fiscalía para hacer un ajuste a la legalidad y que la conducta por la que se acepta responsabilidad es por el homicidio o si se acude a que el procesado se declare culpable de un delito relacionado de pena menor, lesiones personales en los términos del artículo 111 y 112, solo para efectos punitivos, y ahí es donde se torna confuso el preacuerdo.

Argumenta que, si es lo primero, como lo señala el señor Fiscal de que *a motu proprio* va a ajustar a la legalidad y va a hacer una variación de la calificación jurídica, tendrían que resaltarse dos cosas, una es que este no es el momento procesal para ello porque ya se formuló una acusación, por lo que ya no le es dable al señor Fiscal entrar a señalar que va a hacer un ajuste a los hechos jurídicamente relevantes o una calificación jurídica distinta a la que fue objeto de acusación. Y, si se contraargumentara que sí se puede hacer esa variación porque se está ajustando a la legalidad, pues entonces se tendría que decir que no hay ningún beneficio para el procesado porque en todo caso, simplemente estaría aceptando los cargos sin ningún beneficio porque la Fiscalía varió esa calificación. En todo caso llama la atención que el señor Fiscal dice que ajusta a la legalidad la calificación jurídica de la conducta, pero no aporta ningún elemento material probatorio distinto a aquellos que tuvo en cuenta al momento de la formulación de la acusación.

Por otro lado, si lo que se acuerda es que el procesado acepta la responsabilidad conforme a los términos de la acusación, que es una tentativa de homicidio agravado y que, para efectos punitivos, se le va a imponer la pena prevista para el delito de lesiones personales, se caería en la misma circunstancia que ya fue objeto de análisis por parte del Tribunal Superior de Medellín y es que, para la concesión de subrogados no se puede tener en cuenta esa ficción a la que se acude para efectos punitivos, por lo que considera entonces la Procuradora que con los términos del preacuerdo sí se vulnera el debido proceso, de un lado porque se está desconociendo jurisprudencia en punto a la posibilidad de la variación de la calificación jurídica y las oportunidades procesales para ello y, del otro, porque se desconoce

abiertamente decisiones como la 51478 y la 52227 de 2020, en punto a que esa ficción y esas rebajas son solo para efectos punitivos.

Solicita en consecuencia que no se apruebe el preacuerdo en los términos presentados.

3.4. De la decisión

El *a quo* improbo el preacuerdo indicando que él le preguntó al señor Fiscal si se trataba de una ficción y este afirmó que era un ajuste de legalidad en punto a que el dictamen médico no determina que se puso en grave riesgo la vida de la víctima, señor Yovani.

Afirma que es preciso determinar si es o no el momento procesal oportuno para hacer esa variación de la calificación jurídica. Para lo cual señala que este “ajuste de legalidad” como lo determina el señor Fiscal, es un acuerdo contra fáctico no con respecto a los hechos sino contra la conducta típica referida, no solamente en el escrito de acusación sino en la audiencia preparatoria donde se pidió incluso pruebas para demostrar su teoría del caso, que no era otra que la de la tentativa de homicidio. El dictamen de Medicina Legal ya era conocido por el señor Fiscal, es decir, no es un hecho novedoso, concluyendo entonces, no se estaría ajustando la imputación ni la acusación y el único ajuste no puede ser en virtud de ese preacuerdo pues en juicio se podría demostrar que no se trató de una tentativa de homicidio sino de unas lesiones.

Comparte la apreciación de la representante del Ministerio Público y no accede a la aprobación del preacuerdo.

3.5. De la apelación

3.5.1. Fiscalía. En igual sentido a lo planteado para exponer los términos del preacuerdo, se procede a continuación a transcribirlos, para concretar y precisar lo argumentado en la alzada a fin de evitar cualquier tipo de interpretaciones subjetivas, así:

“Solicito se revoque la decisión del Juez de primera Instancia y en su lugar le imparta aprobación al preacuerdo celebrado con el procesado. Luego de valorar los elementos considero que era procedente hacer un ajuste de legalidad. Si bien es cierto el elemento señalado no era novedoso, sí lo fue el análisis que se le hizo en el sentido de que, además de la gravedad de las lesiones, pues se tendría que tener en cuenta cual era realmente la intención del procesado en el momento en que se cometió la conducta conforme a la relación fáctica de los hechos.

Es cierto que las lesiones pudieron haber puesto en peligro la vida de la víctima, ello no es el único elemento que denota la intencionalidad de los agresores; se puede ver que inicialmente el concepto de Medicina Legal daba cuenta de que la lesión no puso en peligro la vida, ya fue posteriormente que otro concepto de un médico diferente dio cuenta de que posiblemente sí hubiera podido poner en peligro la vida de la víctima. Pero, son dos situaciones, primero el hecho de que una lesión no ponga en peligro a una persona no significa que no se cometa una tentativa de homicidio y el hecho de que unas lesiones pongan en peligro la vida de una persona no significa que haya cometido una tentativa de homicidio.

Entonces hay que acudir como la intencionalidad y al análisis de la situación y cómo se presentó el hecho; el ajuste de legalidad puede hacerse al momento del análisis ya diferente, antes de la instalación del juicio, pues incluso esa variación se puede hacer en el momento de los alegatos de apertura o en los alegatos finales de conclusión. Entonces no puede decirse que no es el momento para hacerlo, habida cuenta de que existe una progresividad dentro de la acción penal y esa progresividad, también hace referencia a un análisis más ponderado de los elementos.

La variación del cargo de tentativa de homicidio a lesiones personales con una incapacidad inferior a 30 días, y que fuera aceptado por el procesado es de la esencia de la justicia premial que rige nuestro país en el ordenamiento procesal penal. También deben tenerse en cuenta las dificultades probatorias que para nadie son ajenas dentro del proceso, son situaciones que al momento de la celebración de un preacuerdo hay que tener en cuenta.

En este caso también se debe tener en cuenta que hubo provocaciones de parte del procesado, no se sabe entonces cómo sería el desarrollo de las pruebas en el juicio y todo este tipo de situaciones han sido tenidas en cuenta por parte de la Fiscalía.

Frente al análisis de los ajustes de legalidad, ha habido diversos pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional, en sentencias como las C-645 e igualmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Medellín han hecho pronunciamientos frente a esa línea de terminación anticipada del proceso. Dicen que la negociación sobre estos aspectos debe circunscribirse a los montos que refiere el artículo 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, ello en atención a lo que ha manifestado la señora Procuradora en el sentido de que en este caso el ciudadano no tendría ningún beneficio, pues sí lo está teniendo habida cuenta de que **hubo una variación de la calificación jurídica de la conducta, es decir, de la imputación y, en ese orden de ideas, se le impone la pena conforme a lo que se acordó; los preacuerdos no tienen que hablar de montos de rebajas sino simplemente de tasaciones punitivas.**

*Solicito se verifique que, efectivamente, **en este caso esa variación por vía de preacuerdo sí se podría hacer en los términos en que se hizo** y, de esta manera, se revoque la decisión impugnada y se ordene la emisión de la sentencia condenatoria de rigor.”*

3.5.2. Defensa. Solicita se revoque el auto mediante el cual se imprueba el preacuerdo al considerar que está completamente ajustado a derecho.

Argumenta que en el dictamen del médico legista se considera que estas lesiones no pusieron en peligro a la víctima, por ello, en congruencia a todos estos hechos jurídicamente relevantes que fueron plasmados desde la acusación y que fueron solicitados con base probatoria en la preparatoria, se puede observar que se da para una posible aplicación de favorabilidad hacia el acusado en el estricto sentido de ahorrar un juicio y un debate probatorio a ciencia de que posiblemente, tal como están formulados los hechos y estos elementos materiales probatorios, se pueda llegar a la conclusión de que la variación se da en consonancia a la misma acusación y su congruencia. Por ello, la solicitud que hace la Fiscalía con ese ajuste de legalidad está llamada a ser aplicada y, en consonancia, a tener como evidente que no se ha vulnerado ningún tipo de derecho a las víctimas.

No hay una incongruencia con la acusación ni tampoco hay una violación al debido proceso con el cambio del *nomen iuris* y con ese ajuste de legalidad para que se finiquite el juicio en feliz término.

3.6. De los no recurrentes

3.6.1. Representante de la víctima. Simplemente afirmó que su representado no tiene intenciones de que al procesado se le imponga una pena severa.

3.6.2. Delegada del Ministerio Público. Solicita se confirme la decisión de primera instancia, toda vez que no se evidencia ningún yerro en la decisión, no hay ninguna situación de hecho o de derecho que se observe errónea. Se remite a los argumentos que expuso al momento de oponerse a la aprobación del preacuerdo, reiterando que no desconoce que la negociación es un componente básico del sistema de carácter acusatorio que impera en nuestro

país, sin embargo, los preacuerdos no pueden materializarse a cualquier precio, se deben ajustar al debido proceso que es el que advierte vulnerado con los términos del preacuerdo y lo que la habilita a oponerse al mismo.

Arguye que los preacuerdos se deben ajustar a los principios de legalidad, tanto en materia sustancial como procesal y, en este caso, cuando se pretende hacer una variación de la calificación jurídica de la conducta al inicio del juicio, se está desconociendo el debido proceso. Si bajo un mejor criterio se considerara que la Fiscalía estaba facultada para hacer esta variación en esta sede, el preacuerdo también viola el debido proceso porque si se está ajustando a la legalidad y se acepta que se está en presencia de un delito de lesiones personales con una incapacidad inferior a los 15 días, se tendría que concluir que el delito ya ha prescrito.

Si la Fiscalía acude *motu proprio* a ajustar la conducta o los hechos jurídicamente relevantes a una calificación jurídica distinta debería contar con unos elementos materiales con vocación probatoria nuevos, posteriores a la formulación de la acusación, que al menos hagan razonable esa variación, pero dicha situación no se presenta en este caso.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico

Debió el funcionario de primera instancia resolver de fondo la solicitud de variación de la calificación jurídica que, según el Fiscal realizó *motu proprio* para luego presentar un preacuerdo con el procesado, o lo procedente era su

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

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

rechazo de plano en los términos del artículo 139 numeral 1° de la Ley 906 de 2006, que señala como uno de los deberes especiales de los Jueces el de “Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos”, en tanto se ocupó de una petición abiertamente improcedente.

4.3. Valoración y solución al problema jurídico

4.3.1. ¿Estaba habilitado el delegado de la Fiscalía General de la Nación para realizar cambios en la calificación jurídica en esta etapa del proceso?

En este caso la discusión radica en que el delegado del Ente Acusador presentó un preacuerdo en virtud del cual afirmó que realizaba un “*ajuste a la legalidad*” y que con base en ello readecuaba la conducta típica para variar la tentativa de Homicidio agravado imputada y acusada, a Lesiones personales, y que, en consecuencia, el procesado aceptaba este último cargo, pactándose una pena de 36 meses de prisión y la concesión del subrogado penal. Luego de esta exposición, el *a quo*² solicitó al Fiscal aclarar si esa variación de la calificación jurídica se daba por ajuste de legalidad o como una ficción jurídica, a lo que el delegado de la Fiscalía le contestó³ insistiendo en que se trataba de “un ajuste de legalidad”, en atención a lo cual la primera instancia improbió dicha negociación al considerar que la misma iba en contra del supuesto fáctico que la Fiscalía presentó en su acusación, considerando en virtud de ello que entonces no se estaría ajustando la imputación ni la acusación, y ese único ajuste no podía ser en virtud del preacuerdo.

Tal y como lo acotó la Procuradora, la exposición de los términos del preacuerdo realizada por el delegado de la Fiscalía, es sumamente ambigua y confusa, en tanto inicia su exposición advirtiendo sobre un “preacuerdo”, luego habla de “un ajuste de legalidad” para variar la calificación jurídica de la conducta por una más beneficiosa para el acusado y, por último afirma que, en virtud a ese nuevo cargo, Avendaño Pérez lo acepta a cambio de que se le imponga una pena de 36 meses de prisión y se le conceda el subrogado penal.

² Minuto 14:22 de la primera parte de la grabación.

³ Minuto 14:32 de la primera grabación.

Aunado a lo anterior -y sin centrarnos en los argumentos esbozados por el Fiscal en la alzada, sino únicamente los términos de lo presentado y sobre lo que conoció el *a quo*-, ciertamente se desprende que lo advertido por el delegado de la Fiscalía se circunscribe a un ajuste a la calificación jurídica que realiza el Ente Acusador en aplicación del principio de legalidad. Para la Sala es clara esa posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica, pero hasta la acusación. Las normas que regulan este aspecto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular fueron analizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-025 de 2010, donde se precisó:

*“En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que** (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) **su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación;** (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) **lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.**”* (Negritas y Subrayas de la Sala)

La anterior doctrina no admite mayor discusión cuando se trata de un trámite ordinario. El problema se suscita cuando ese tipo de ajustes se ejecutan en virtud de un preacuerdo, no como parte de las concesiones hechas al procesado, sino como producto de las valoraciones del Fiscal sobre la calificación jurídica correcta para el caso en particular. Frente a ello, el Órgano de Cierre en Sentencia 43436 del 28 de octubre de 2015 consideró que esos cambios sí son procedentes, pero en los mismos términos en que podrían hacerse en el trámite ordinario, es decir, después de la imputación y antes de que se formule la acusación, explicando al respecto que:

*“el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación, como lo dispone expresamente el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. De esta manera, **si para el momento del acuerdo la Fiscalía considera que debe hacer algún ajuste a la calificación jurídica efectuada en la imputación, en***

salvaguarda del principio de legalidad, puede hacerlo en esa oportunidad.

Concluir lo contrario puede generar consecuencias desventajosas para el imputado y contrarias a los fines inherentes a la denominada “justicia premial”, por las siguientes razones:

*Primero, porque la Fiscalía se vería obligada a seguir alguno de los siguientes caminos procesales: (i) celebrar un acuerdo a partir de una calificación jurídica que considera inadecuada; (ii) **esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los respectivos ajustes y luego celebrar el acuerdo**, y (iii) **optar obligatoriamente por el trámite ordinario**. Lo primero es inaceptable por ser contrario al principio de legalidad y a **la obligación que tiene la Fiscalía de adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, “ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”** (Art. 115 de la Ley 906 de 2004). Lo segundo, conllevaría una menor rebaja de pena, porque el sistema de terminación anticipada de la actuación penal en buena medida está gobernado por la idea de otorgar mayores beneficios en la medida en que la colaboración con la administración de justicia se haga más pronto. Y lo tercero, truncaría para el acusado la posibilidad de obtener los beneficios por colaboración (en este caso materializada en la pronta solución del caso) y le impediría a la Fiscalía solucionar un asunto de manera consensuada y destinar sus esfuerzos y recursos al esclarecimiento de otros delitos.*

*Además, porque ello implicaría la dilación del trámite y la celebración de una audiencia adicional (**la de acusación**), con las repercusiones que ello puede tener en materia de congestión y demora judicial.*

*Ahora bien, **al hacer uso de esta posibilidad la Fiscalía debe explicar con claridad qué parte del contenido del acta corresponde a los ajustes de la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y cuál es el componente del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo.***”
(Negrillas de la Sala)

Así mismo, tanto la Corte Constitucional⁴ como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵ han sido enfáticas y con una línea pacífica, respecto a que los Fiscales deben precisar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la reestructuración de los cargos, y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico.

Es claro en todo caso que el propósito de los preacuerdos es humanizar la actuación procesal y obtener una pronta y cumplida justicia, lo que debe

⁴ SU-419 de 2018 de la Corte Constitucional.

⁵ CSJ SP594-2019, Radicado 51596 del 27 de febrero de 2019, MP. Patricia Salazar Cuellar.

armonizarse con los principios que rigen el sistema procesal penal y los lineamientos de la política criminal, pues de lo contrario no se aprestigia la administración de justicia, se afecta la justicia material y se genera una afrenta a la legalidad, tipicidad estricta y el debido proceso de partes e intervinientes. El artículo 348 del Código de Procedimiento Penal consagra los fines que orientan los acuerdos suscritos entre las partes y, haciendo alusión a la ya mencionada SU-419 de 2018, constituye un *“límite al poder discrecional de los fiscales delegados que decidan emplear este mecanismo y, por lo tanto, son un parámetro de control para los jueces de conocimiento”*, de allí que los preacuerdos sólo son oponibles a terceros si se ajustan a este precepto.

Así mismo, es importante resaltar que el inciso 4° del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal establece que *“los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebrantes las garantías fundamentales”*, por lo que al Juez de Conocimiento le compete ejercer un control sobre lo pactado, en tanto que es ante todo Juez Constitucional. En tal sentido, el Juez debe verificar no solamente el cumplimiento de los requisitos legales, sino también constatar el respeto por las garantías fundamentales de partes e intervinientes, el acatamiento a las finalidades del preacuerdo y en especial, que dicho pacto refleje en forma estricta los hechos imputados y soportados en los elementos de prueba obrantes en la actuación, en salvaguarda de las garantías, principios y valores de orden constitucional y de convencionalidad, de los que son titulares las partes e intervinientes en el proceso.

Aunado a lo anterior refulge imperioso hacer énfasis en la titularidad que tiene la Fiscalía General de la Nación sobre la acción penal, esto es, adelantar las investigaciones de aquellos hechos que tengan la connotación de delito y formular las respectivas acusaciones. No obstante, esta tarea de tipificación de las conductas no queda al arbitrio de los Fiscales, pues la actividad de estos 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. Frente al tema, resulta pertinente traer a colación lo referido por la Corte Constitucional en Sentencia C-1260 de 2005, así:

*“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, **aun 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.**” (Negrillas de la Sala)*

Siendo claro que la correcta adecuación típica conforme a los hechos del proceso es de obligatorio acatamiento por parte del Fiscal y que el mismo debe respetar las prescripciones normativas del Código Penal 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 de conocimiento pues, como directores del proceso, les 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 desatino 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.

Para sintetizar entonces, 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 y también de toda la sociedad, si se entiende que el delito no solo es una ofensa particular, sino que afecta a todo el conglomerado.

En el caso concreto, frente a lo que fue objeto de preacuerdo, tenemos que la exposición realizada por el delegado del Ente Acusador al momento de precisar los términos del mismo denota una clara ambigüedad en la fundamentación, lo cual demanda de esta Sala aplicar el principio de caridad⁶ en argumentación.

En virtud de ello puede colegirse que, conforme a los elementos materiales probatorios con que cuenta el Fiscal –que, valga decirse, son los mismos con los que se formuló imputación y acusación en contra del procesado como coautor de una Tentativa de Homicidio Agravado-, puntualmente los tres reconocimientos de Medicina Legal en los que se establece que las lesiones sufridas por la víctima no pusieron en riesgo su vida, aunado a un análisis “*más ponderado*” de su parte sobre la intencionalidad del agente al momento de la comisión de la conducta punible, el delegado de la Fiscalía concluyó que hubo un error en la imputación jurídica que pretende ahora subsanar, estando *ad portas* del juicio oral.

Aunado a lo anterior y conforme a la jurisprudencia citada en párrafos precedentes, es claro la etapa procesal para ello feneció hace años bajo el entendido de que el momento oportuno y procedente para realizar dicho ajuste a la calificación jurídica correspondía a la audiencia subsiguiente a la de imputación, es decir, la de formulación de acusación, al respecto recuérdese que la 43436 de 2018 establece que los Fiscales unilateralmente pueden ajustar esa calificación jurídica, pero la misma providencia ata esta actuación a las oportunidades procesales siendo enfática en que ello es posible de la imputación a la acusación, es decir, no existe otro momento en que se abran

⁶ Acuñado por Donald Davidson en su Teoría de la Interacción Comunicacional. Y aludido por la Corte Suprema de Justicia en auto del 10 de marzo de 2009, CSJ AP, Rdo. 30822

espacios procesales para corregir una calificación jurídica ya realizada; en este sentido, es pertinente hacer alusión a un aparte de la Sentencia con Radicado 51007, proferida el 5 de junio de 2019 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en donde al unísono refirió que *“los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación”*. Con mayor razón en el *sub judice* si se tiene en cuenta que ese ajuste no se fundamenta en ninguna progresividad de la investigación pues se trata exactamente de la misma premisa fáctica y de los mismos elementos materiales probatorios que ha tenido la Fiscalía desde mucho antes de que formulara imputación, siendo a todas luces reprochable por decir lo menos, que el Fiscal pretenda ahora revivir una etapa ya precluida.

Permitir semejante situación a estas alturas del proceso daría al traste con el principio de seguridad jurídica aunado a lo improcedente de pretender hacerlo en esta etapa procesal. Además, deviene problemático tal y como lo señaló la Procuradora, que en este caso se estaría ante una conducta prescrita incluso mucho antes de ser imputada. Aunado al hecho de que la Fiscalía seguiría desconociendo la secuencia fáctica objetiva si se tiene en cuenta que el Fiscal, al parecer, dentro de ese nuevo análisis “ponderado” que hizo de los elementos materiales observó, luego de muchos años, que se trataba de unas Lesiones Personales, pero omitió el hecho de que las mismas causaron una deformidad física de carácter permanente, es decir, el delegado de la Fiscalía continúa equivocado e impertinente.

4.3.2. En este orden se itera pues que la variación de esa calificación jurídica era a todas luces impertinente y debió ser objeto de rechazo. En este sentido se pronunció la Sala de Casación Penal en auto del 26 de mayo de 2021, dentro del Radicado 59465, en el que reiteró su postura al indicar que:

*“En esta línea, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento dispone el **“rechazo de plano” para las solicitudes impertinentes**, y, al tiempo, consagra el recurso de apelación contra las decisiones que resuelven asuntos relevantes, como es el caso de la preclusión. **Bajo el entendido de que impertinente no es sinónimo de intranscendente o inane, debe considerarse que el referido remedio procesal (“rechazo de plano”) procede incluso frente a temas trascendentes, pero que son impertinentes en un determinado escenario procesal, como cuando se pretende ventilar en la audiencia preparatoria la configuración de una causal de justificación. Aunque en este ejemplo se trata de un tema trascendente***

Radicado: 05-001-60-00206-2006-15788
Procesado: Jaime Alberto Avendaño Pérez
Delito: Tentativa de Homicidio Agravado

*para la determinación de la responsabilidad penal, que hipotéticamente podría ser objeto de apelación si se resuelve en la sentencia, el Juez tendría que “rechazar de plano” la pretensión de la parte de lograr un pronunciamiento extemporáneo sobre un tema de esa naturaleza, **sin que resulte procedente el recurso de apelación, simple y llanamente porque no se está resolviendo el asunto de fondo, sino sobre la impertinencia del debate en esa fase de la actuación**”.* (Negrillas de la Sala)

Corolario a lo anterior, a pesar de que el *a quo* dio trámite a la solicitud de variación de la calificación jurídica propuesta por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, lo procedente es su rechazo y así lo hará esta instancia, para evitar que se entorpezca la actuación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia y por autoridad de la ley, **SE ABSTIENE** de resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión proferida el pasado 11 de julio, por medio de la cual el Juez Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, improbió el preacuerdo al que llegaron el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el ciudadano Jaime Alberto Avendaño Pérez.

Se ordenará la devolución de la carpeta al Despacho de origen para que se continúe con la actuación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado: 05-001-60-00206-2006-15788
Procesado: Jaime Alberto Avendaño Pérez
Delito: Tentativa de Homicidio Agravado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'NELSON SARAY BOTERO'.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA'.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado