

Señores

**SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

E.S.D.

Ref: Acción de tutela contra providencia judicial

Actuación dentro de la cual se presenta la vía de hecho: 68081-60-00-135-2016-01434-01

Accionante: RODRIGO JAVIER PARADA RUEDA en representación de DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ

Accionado: TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL

Vinculados: (i) Fiscalía Primera (1) Seccional de Barrancabermeja; (ii) Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Barrancabermeja con Funciones de Conocimiento; (iii) Carolina Durán Mcnish, apoderada de víctimas; (iv) Cristian Javier Ardila Suarez, Procurador judicial 1

Derechos vulnerados: Debido proceso, igualdad, seguridad jurídica

Respetados señores,

Reciban un cordial saludo. **RODRIGO JAVIER PARADA RUEDA**, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional N° T. P. No. 199.505 del C. S. de la J., obrando en calidad de **APODERADO JUDICIAL** del señor **DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.096.209.916 de Barrancabermeja, conforme al poder a mi otorgado¹, por medio del presente escrito, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada a través de los Decretos 2591 de 1991, 306/1992 y 1382/2000, me permito instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, por vulnerar los derechos fundamentales al **debido proceso, igualdad y seguridad jurídica**.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente acción de tutela surge con ocasión a la vía de hecho materializada dentro de la providencia judicial emitida el treinta (30) de

¹ El cual se remite anexo junto a la presente acción de tutela

julio del 2021, en el curso del proceso penal adelantado bajo radicado N° 68081-60-00-135-2016-01434-01, mediante la cual se decretó la nulidad de la actuación desde la verificación de allanamiento; decisión que vulnera los derechos fundamentales del señor **AMAYA PEREZ** al **debido proceso, igualdad y seguridad jurídica**.

Con el propósito de realizar una exposición clara de los hechos que dan origen a la presente acción, es necesario discriminar los items que serán objeto de argumentación, bajo el siguiente esquema:

- 1. CARGOS FORMULADOS EN CONTRA DE LA PROVIDENCIA JUDICIAL**
- 2. CONTEXTO FÁCTICO**
- 3. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN**
- 4. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS**
- 5. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**
- 6. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**
- 7. SOBRE EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL COMO CAUSAL ESPECIAL EN EL CASO CONCRETO**
- 8. PETITORIO**
- 9. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS**

1. CARGOS FORMULADOS EN CONTRA DE LA PROVIDENCIA JUDICIAL

Se demanda vía acción de tutela la providencia judicial emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, con ponencia del magistrado **JUAN CARLOS DIETTES LUNA**, dentro del proceso penal seguido en contra de **DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ**, bajo radicado 68081-60-00-135-2016-01434-01, por considerar que vulnera los derechos fundamentales enunciados, al incurrir en los siguientes [2] defectos:

Desconocimiento del precedente judicial. El accionado desconoció el precedente judicial, en punto a dos (2) situaciones, establecido en las

siguientes sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

- En primera medida, respecto a la **imposibilidad de modificar la situación fáctica** para adicionar nuevos tipos penales autónomos en otro escenario procesal distinto a la formulación de imputación
 - (a) Sentencia SP.2042-2019, Rad. 51007;
 - (b) sentencia SP. Rad. 45888-2015;
 - (c) Sentencia SP Rad. 25862-2007,
 - (d) Sentencia SP1714-2019 Rad. 45718,
 - (e) Sentencia SP3918-2020.
- Y, en segunda medida, respecto a la **imposibilidad de efectuar control material de los actos de parte**, como en efecto son las aceptaciones de cargos y los preacuerdos²:
 - (a) Sentencia SP3723-2018. Rad.51551
 - (b) Sentencia SP384-2020. Rad.
 - (c) Sentencia SP 1289-2021
 - (d) Auto AP4324-2021. Casacion N°58372

Defecto material o sustantivo: La providencia judicial cuestionada carece de correspondencia entre la fundamentación y la decisión, pues advierte una omisión que estima trascendental respecto de los hechos jurídicamente relevantes expuestos en el curso de la audiencia de formulación de imputación, pero ordena la nulidad de la actuación desde la verificación de allanamiento, en una indebida aplicación del artículo 448 y 351 de la ley 906.

2. CONTEXTO FÁCTICO

² Al respecto recuérdese la variación del precedente a través de la Sentencia SP14496-2017, Radicación No. 39831, en donde se dijo que “(...) que **el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar** para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.”

PRIMERO: La Fiscalía General de la Nación, dio inicio a indagación penal bajo radicado N° 680816000135-2016-0143401, por hechos denunciados el veintitres (23) de noviembre de 2016, donde el señor SAIBID RUSSI DURAN GUZMAN, le informaba al ente acusador que su hermana, YOLSABET POLENNES DURÁN GUZMAN, se encontraba desaparecida desde el veintidós (22) de noviembre del mismo año.

SEGUNDO: Por información arribada a la investigación, el veintitrés (23) de noviembre de 2016, la fiscalía delegada solicitó orden de registro y allanamiento al inmueble del señor **DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ**, quien sostenía una relación sentimental con *DURÁN GUZMAN*.

TERCERO: Registrado el inmueble del señor **AMAYA PÉREZ**, fue encontrado enterrado en el patio de su residencia el cuerpo de *DURÁN GUZMAN*, por lo que el mismo día se recepcionó interrogatorio al precitado sujeto, quien confesó ante el ente acusador ser el responsable de la muerte de su pareja sentimental, y contó los detalles del suceso.

CUARTO: El veinticuatro (24) de noviembre de 2016, es decir, un día después del interrogatorio y captura del señor **AMAYA PÉREZ**, fueron realizadas las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación de cargos y solicitud de medida de aseguramiento, cuyo conocimiento fue asignado al Juzgado Tercero (3) Penal Municipal de Barrancabermeja con Funciones de Control de Garantías.

QUINTO: La formulación de imputación tuvo como sustento fáctico y jurídico el siguiente:

Imputación fáctica³:

El día 23 de noviembre de 2016 SAID VID RUSSI DURAN GUZMAN, manifiesta que la noche del 22 de noviembre del mismo año su hermana YOLSABET POLENNES DURAN GUZMAN no llegó a dormir a la casa, se realizan diferentes labores de policía judicial, entre ellas, entrevista a DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ, quien dio diferentes versiones sobre su

³ La imputación fáctica fue resumida en el escrito de acusación en los términos referidos

encuentro con la víctima. Posteriormente se tuvo información por funcionarios de policía por información de fuentes no formales que un vecino de la vivienda en la que reside el señor AMAYA PÉREZ, manifestó que este ingresó al garaje a eso de las 11 y 12 de la noche un carro rojo, y que oyó ruidos como si alguien estuviera cavando un huevo, que luego observó que la policía fue a casa de su vecino y que se lo llevaron.

Dicha información y labores, realizada por la policía que fueron dadas a conocer mediante informes al fiscal de URI, se solicitó orden de registro y allanamiento del inmueble ubicado en la calle 50 número 35141 del barrio miraflores de esta ciudad, el cual se realizó el 23 de noviembre de 2016 donde se halló el cuerpo de la víctima enterrado en la casa de AMAYA PÉREZ, al igual que una tarjeta débito a nombre de la misma y se recolectaron otros elementos materiales probatorios.

De igual manera, el día 23 de noviembre de 2016, se recepcionó interrogatorio a indiciado a DIEGO ARMANDO AMAYA FLOREZ, quien confesó ser el autor del homicidio de YOLSABET POLENNES DURAN GUZMAN, donde narra las actividades que realizaron el día 22 de noviembre hasta que tuvieron una discusión dentro del carro, por este revisarle el celular y darse cuenta que tenía varios mensajes, ante lo cual la víctima le pega en la cara, y lo araña, y que DIEGO ARMANDO le da dos golpes, a la altura del parietal, manifestándole ella que le dolía la cabeza, observa que le sale sangre por la nariz, y cae sobre él, quien se hallaba en el puesto del pasajero, trató de reanimarla sin resultados positivos y luego la pasó a ese puesto, decidiendo conducir hacia su casa y cabó una foza donde la enterró. Posteriormente salió de la casa, votó el celular en el camino y volvió a dejar el celular en el banco de occidente, devolviéndose en la motocicleta a su casa.

Calificación jurídica:

Autor a título de dolo del delito de homicidio agravado, previsto en los artículos 103 y 104 N°7 del código penal.⁴

SEXTO: El señor **DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ** luego de escuchar la imputación de la fiscalía, de manera libre, consciente y voluntaria se allanó a los cargos y **aceptó la responsabilidad en el hecho** como autor, a título de dolo, del delito de homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104 N°7 del código penal.

⁴ Acta de audiencias preliminares proferida por el Juzgado Tercero (3) Penal Municipal de Barrancabermeja con función de control de garantías.

SÉPTIMO: La Fiscalía delegada presentó escrito de acusación el veinte (20) de enero del 2021, correspondiendo la causa al Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Barrancabermeja con Funciones de Conocimiento, quien citó a audiencia de verificación de allanamiento y traslado del artículo 447 para el día veintitrés (23) de marzo del 2017, oportunidad en la que la apoderada de las víctimas solicitó la nulidad de lo actuado, alegando que el delito endilgado al señor **AMAYA PÉREZ**, no corresondía a la situación fáctica de este instante.

OCTAVO: La audiencia de lectura de la decisión fue realizada el cuatro (4) de abril del 2017, donde el señor **AMAYA PÉREZ**, fue condenado a **doscientos cinco (205) meses de prisión**, como autor responsable del delito de homicidio agravado señalado en el artículo 103 y 107 N°7 del código penal. En la misma decisión, el Juzgado de conocimiento, denegó la nulidad interpuesta por la apoderada de las víctimas, por lo que esta interpuso recurso de apelación.

NOVENO: El recurso de apelación fue asignado al magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, JUAN CARLOS DIETTES LUNA, quien en audiencia de lectura de decisión realizada en julio treinta (30) de 2021, decretó la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de verificación de allanamiento.

Las razones por las cuales el Tribunal decretó la nulidad se resumen en los siguientes términos:

- El señor **AMAYA PEREZ**, fue condenado a 205 meses de prisión, como autor a título de dolo del delito de homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104 N°7 del código penal; situación que produjo la interposición de recurso de apelación por parte de la apoderada de la víctima, quien fundó su disenso en que la calificación jurídica no era la correcta, porque existían suficientes elementos probatorios para calificar el hecho bajo el tipo penal de feminicidio.
- En los términos anteriores, en su recurso de alzada solicitaba la nulidad del procedimiento por omisión de hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de imputación de cargos, ante lo cual el Tribunal afirmó:

*“Ciento es que al interior de la audiencia preliminar de formulación de imputación la agencia fiscal enrostró el punible de homicidio agravado con base en el acervo probatorio acopiado **hasta ese instante procesal**, pues el informe pericial de necropsia fue obtenido con posterioridad; sin embargo, no podía desconocer que una vez recaudado, el artículo 351 incio 3 de la ley 906 contempla...”(negrillas propias)*

- En ese sentido, el Tribunal le halla la razón al apelante, entendiendo que **existen nuevos hechos que permiten modificar la calificación jurídica**, por lo que fundamenta su decisión con las siguientes afirmaciones:

*“Lo anterior permite concluir que el principio de congruencia comprende dos aspectos fundamentales, esto es (i) el Derecho del procesado a conocer de forma clara y específica los cargos y (ii) que estos guarden coherencia con los que son objeto de la sentencia, **siendo absolutamente inmodificables en lo fáctico y parcialmente en lo jurídico, pues la agencia fiscal tiene la potestad de variar la calificación jurídica**”.(Negrillas propias)*

- Seguidamente, cita extensa jurisprudencia (la cual es parte del precedente que se alega desconocido) para concluir que:

“Al vulnerarse las garantías procesales de los afectados, se generó un vicio que torna imperativo retrotraer parcialmente lo actuado pues dicha solicitud no se fundó en especulaciones, sino en el informe pericial de necropsia, expedido por un funcionario de INML, el cual debe ser valorado para tipificar él o los ilícitos en que presuntamente incurrió el encartado”.

*“Colorario de lo anterior, resulta **imperativo anular exclusivamente la actuación a partir de la audiencia de verificación de allanamiento a cargos**, inclusive, a efectos que la agencia fiscal proceda de conformidad con lo expuesto, sin que lo antedicho tenga incidencia en la actual privación de Amaya Pérez, ya que la invalidez cobra vigencia a partir de un acto procesal posterior”(negrillas propias)*

- De acuerdo a lo anterior, el Tribunal pretende variar la calificación jurídica por la supuesta existencia de **nuevos delitos** en un escenario posterior a la audiencia de imputación de cargos que, previamente había fijado el núcleo fáctico en el proceso penal contra el señor **AMAYA PÉREZ**, y que por demás había generado la aceptación de cargos del mismo.

DÉCIMO: Por consiguiente, y conforme a la orden de la Sala, en el proceso penal seguido en contra de **AMAYA PÉREZ**, será necesario realizar nuevamente audiencia de **verificación de allanamiento**, aún cuando el fundamento de la nulidad versaba sobre la no inclusión de hechos jurídicamente relevantes en sede de **imputación de cargos**. Con esta decisión es evidente que se buscaba evitar la libertad del procesado, aun cuando la misma contraría el esquema procesal que rige la actuación.

DÉCIMO PRIMERO: En consecuencia, la decisión del Tribunal vulnera el derecho fundamental al debido proceso, (i) por transgredir el principio de congruencia que prohíbe la adición de nuevos tipos penales autónomos a los ya imputados en escenarios distintos al de la formulación de imputación [peor aun cuando ello obedece a una intromisión de la autoridad judicial que afecta la división de funciones procesales, imponiendo una teoría del caso propia]; y (ii) desconoce el precedente judicial que se ha establecido sobre la materia y sobre el control material a los acuerdos que ponen fin al proceso.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Los derechos fundamentales que se encuentran vulnerados por la providencia judicial referida, poseen un hilo conductor entre sí, aunque en esencia son derechos fundamentales autónomos que requieren de precisión y explicación, a efectos de delimitar su puntual transgresión. Por consiguiente, procede el suscrito a identificar los derechos que deben ser tutelados.

- Derecho fundamental a la igualdad

En la Constitución Política de Colombia de 1991, pueden encontrarse diversos postulados con referencia a la igualdad. De ahí que, la jurisprudencia constitucional⁵ lo considere uno de los pilares fundamentales del estado social y democrático de Derecho, al tener la categoría de valor, principio y derecho fundamental. En ese sentido, es

⁵ Corte Constitucional 2017/SU354

evidente la magnitud que dicho postulado irradia en todas las formas de actuación en sociedad, y concretamente, en las actuaciones judiciales.

En las actuaciones judiciales, existen múltiples mecanismos creados por el legislador para garantizar el derecho a la igualdad, de forma autónoma o derivadas del principio del debido proceso, de los que surgen, a su vez, otros derechos, como la seguridad jurídica. Así, el derecho fundamental a la igualdad lo ha entendido la Corte Constitucional *“como aquel que ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho”*⁶

En el sistema jurídico penal colombiano, las similares situaciones fácticas que dan origen a procesos año tras año, o las que se originan durante el desarrollo procesal, deben observarse desde las decisiones que sobre la misma materia se han proferido con anterioridad, con el propósito de materializar el derecho fundamental a la igualdad y producir seguridad jurídica a los ciudadanos que acuden a la administración de justicia. Al respecto, ha manifestado la Corte Constitucional:

*“La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, **con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales”**.*⁷

Esa uniformidad necesaria en las decisiones de la judicatura es la base de la figura del precedente judicial, instrumento del que se sirve la ciudadanía (no sólo la administración de justicia) para exigir la igualdad predicada por el constituyente. Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado advirtiendo el vínculo entre el precedente judicial y el derecho fundamental a la igualdad. veamos:

*“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, **que por su pertinencia y semejanza en los problemas***

⁶ Ibídem

⁷ Idídem

jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo...”⁸

Así las cosas, dentro de los límites permitidos a las restricciones de los derechos fundamentales, se halla impedido el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, en su Sala de Decisión Penal, para proferir providencia judicial que desconozca el precedente judicial y vulnere el derecho fundamental a la igualdad y el debido proceso de los que es titular el señor **AMAYA PÉREZ**.

En la argumentación del proveido y en su resolución, el Tribunal encontró, según su criterio, la necesidad de anular el procedimiento hasta ahora adelantado (sentencia condenatoria por allanamiento a cargos en audiencia de imputación) para variar la calificación jurídica imputada a mi poderdante, por un tipo penal diferente y autónomo a través de la reanudación de **otra audiencia de verificación de allanamiento**.

Situación esta que dista del trato que idénticas situaciones reciben, bajo el entendido de que la aceptación de cargos trae consigo de manera inexorable, una sentencia condenatoria, salvo que no se cuente con prueba suficiente (conforme al contenido del artículo 327 del código de procedimiento penal) para hacer un juicio de adecuación típica.

- **Derecho fundamental al debido proceso**

Frente a la identificación de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, es pertinente precisar en cuál de todas sus facetas se ha cometido la infracción, ello, porque el debido proceso constitucional (artículo 29 de la Carta Política) irradia todos y cada uno de los procedimientos jurisdiccionales y administrativos del sistema jurídico colombiano, a través de principios derivados de este, que intentan optimizar su mandato constitucional. Al respecto, sobre el debido proceso ha dicho la Corte Constitucional:

*“El debido proceso constituye **un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una***

⁸ Ibídem

actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio”⁹

En ese sentido, el legislador ha previsto una serie de reglas transversales a todo el procedimiento penal, para garantizar el derecho fundamental al debido proceso, en las cuales se encuentra el principio de congruencia. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado:

*“El principio de congruencia, según tiene dicho la Corte, **guarda intrínseca relación con los derechos y garantías fundamentales del acusado, concretamente con el debido proceso y la defensa, en tanto su consagración propende porque a aquél no se le condene por hechos o delitos extraños a los cargos formulados** y respecto de los cuales no ha tenido oportunidad de ejercer la contradicción”¹⁰ (negrillas fuera de texto)*

El desarrollo jurisprudencial del principio de congruencia en el derecho penal ha sido amplio, teniendo en cuenta su conexidad con las garantías fundamentales. Por ejemplo, la Corte Constitucional¹¹ condicionó la interpretación del artículo 448 del código de procedimiento penal, en el sentido de que el principio de congruencia no sólo podía aplicarse desde la acusación hasta la sentencia, también entre la audiencia de imputación de cargos y la de acusación, sin desconocer el principio de progresividad del proceso penal.

En ese sentido, el principio de congruencia se caracteriza por determinar que el proceso penal conserve las siguientes premisas: **(a)** congruencia fáctica entre la imputación y la acusación y la sentencia; **(b)** congruencia personal entre la imputación, acusación y la sentencia **(c)** congruencia entre la calificación jurídica realizada en la imputación y la audiencia de acusación. Sobre la última característica, se ha manifestado el carácter flexible, bajo el entendido de que sólo podrá variarse la calificación jurídica cuando la nueva conducta no afecte el núcleo fáctico previamente definido.

En consecuencia, **esa flexibilidad no puede aplicarse respecto de la congruencia fáctica transversal en el proceso penal, sobre la cual**

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-163-19

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal SP1714-2019 Radicado N° 45718.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-025-2010

existen una serie de limitantes para el ente acusador, en aras de garantizar otros derechos fundamentales, como bien lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

*“Cuando surgen nuevas arista fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, **limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico**”* (negrillas fuera de texto)

Incluso, la misma situación debe respetarse en tratándose de allanamiento a cargos, en donde no podrá modificarse el nucleo fáctico so pena de vulneración a garantías fundamentales. Veamos:

*“resultaría imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la formulación de imputación tuviera y aportara toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; **sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados**, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos”¹²*

En el caso concreto, se evidencia una vulneración al debido proceso ante el desconocimiento del principio de congruencia que impide la adición de hechos nuevos que conllevan tipos penales autónomos de los endilgados en la audiencia de imputación de cargos al señor **AMAYA PÉREZ**, puesto que, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, declaró la nulidad del procedimiento por presunta omisión de hechos jurídicamente relevantes en la imputación, queriendo subsanar tal situación en la audiencia de verificación de allanamiento, escenario al que ordenó retrotraer la actuación. Esto, desconociendo que la misma norma¹³ señala que la aceptación de cargos se entiende como acusación, y que luego de la misma, y al verificar el allanamiento, es absolutamente imposible variar la calificación jurídica aceptada por el indiciado, así como

¹² Corte Suprema de Justicia. SP1714-2019. Radicación No. 45718.

¹³ Artículo 292 de la L.906/2004

tampoco pueden haber aceptaciones de cargos condicionadas a que la Fiscalía varie la calificación jurídica expuesta en su momento.

4. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Inicialmente, el decreto 2591 del 1991, establece un acápite normativo sobre la competencia en materia de tutela, el cual ha sido objeto de variaciones y remisiones normativas para su correcta aplicación, lo que ha generado promulgar otras disposiciones de menor jerarquía que no implican la modificación de este.

Así las cosas, la regla general aplicable al caso concreto, ha de ser la disposición normativa contemplada en el artículo 37 del precitado decreto, que expone:

"Artículo 37. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud".¹⁴

Siendo la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, la autoridad judicial que promulgó la providencia judicial objeto de acción constitucional, es correcto aplicar las disposiciones normativas que sobre reparto establece el decreto 1983 de 2017, que expone:

*"Artículo 5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o **Tribunales** serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada"¹⁵. (negrillas fuera de texto)*

Entonces, como el decreto en cita modificó la forma en la que se realizaba el reparto correspondiente de las acciones instauradas, sin que afectara sustancialmente la competencia establecida por el decreto 2591 del 1991, le corresponde conocer la presente acción constitucional a la Corte

¹⁴ Decreto 2591 del 1991.

¹⁵ Decreto 1983 de 2017

Suprema de Justicia, como superior funcional jurisdiccional del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga.

5. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Se ha señalado desde la jurisprudencia que la acción de tutela puede interponerse contra providencias judiciales de forma excepcional, cuando se cumplen los requisitos generales de procedibilidad y al menos alguno de los requisitos específicos. Los primeros son aquellos relacionados con la competencia, trámite y las condiciones de procedencia de la acción de tutela. Los segundos se refieren concretamente a los defectos en los que incurre la decisión judicial que genera la vulneración a los derechos fundamentales.

En este apartado se abordaran los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (y su acreditación), los cuales fueron señalados en sentencia de unificación SU267 de 2019, de la Corte Constitucional, y que corresponden a los siguientes:

(i) LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

El señor **AMAYA PÉREZ**, se encuentra legitimado por activa, en razón a que la providencia judicial en cuestión fue proferida dentro del proceso penal que se adelanta en su contra, es decir, los efectos de la decisión afectan los derechos fundamentales que el legislador y la jurisprudencia protege a través de los principios orientadores del derecho penal.

(ii) LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Sin duda, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga se encuentra legitimado por pasiva, al ser la autoridad jurisdiccional que promulgó la providencia judicial cuestionada, en el proceso penal adelantado bajo radicado N°2016-01434-01, donde decretó la nulidad de la actuación desde la audiencia de verificación de allanamiento, por la

supuesta omisión de hechos jurídicamente relevantes en sede de imputación de cargos.

(iii) RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.

Dentro del presente trámite, se ha manifestado la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, desconocidos por la autoridad jurisdiccional en la providencia judicial cuestionada.

Asimismo, la providencia es emitida en medio de un proceso penal, donde existe una mayor protección de garantías constitucional, al estar directamente relacionado con la Libertad, bien jurídico por el que el legislador ha establecido minuciosamente los requisitos para ponderar su limitación.

En consecuencia, al no tratarse de un derecho legal o económico, la relevancia constitucional es notoria, máxime, si la violación de los derechos fundamentales tutelados generan en el accionante un mayor castigo punitivo, en contravía de los principios que orientan el sistema penal con tendencia acusatoria.

(iv) SUBSIDIARIEDAD O AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DE DEFENSA JUDICIAL.

Al respecto, la decisión de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga que ha sido transversalmente identificada, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de víctimas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Barrancabermeja, donde fue condenado el señor **AMAYA PEREZ** a doscientos cinco (205) meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agravado señalado en el artículo 103 y 107 N°7 del código penal.

La decisión del Tribunal fue declarar la nulidad del proceso desde la audiencia de verificación de allanamiento, decisión frente a la cual no

procede recurso alguno, como bien puede extraerse de su apartado resolutivo:

*“Por lo expuesto, el H Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, sala de Decisión penal, **RESUELVE** decretar la nulidad deprecada por la apoderada de los perjudicados, a partir de la audiencia de verificación de allanamiento a cargos, inclusive, dentro de las diligencia adelantadas contra DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ”*

“Contra la presente determinación no procede recurso alguno”¹⁶

En ese sentido, si bien la providencia cuestionada fue proferida en segunda instancia, lo cierto es que su resolución no permite la interposición de ningún recurso ordinario o extraordinario, lo que permite acreditar el criterio de residualidad y subsidiariedad necesario para conocer la acción constitucional, pues el señor **AMAYA PEREZ** no cuenta con otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales.

(v) INMEDIATEZ.

Si bien la sentencia que condenó al señor **AMAYA PEREZ** a doscientos cinco (205) meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agravado señalado en el artículo 103 y 107 N°7 del código penal, fue proferida el cuatro (4) de abril del 2017, lo cierto es que, ante la apelación a dicha providencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Santander, sólo se pronunció hasta el **treinta (30) de julio del 2021.**

Así las cosas, desde la promulgación de la providencia judicial que se reputa transgresora de los derechos fundamentales, no han transcurrido más de tres (3) meses; concretamente, al día de la interposición de la acción, **han pasado menos de tres (3) meses**

¹⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Penal . Sentencia. Radicación N° 2016-01434-01. M.p Juan Carlos Diettes Luna

Esa relación temporal entre la vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción, en el caso concreto, se encuentra dentro del concepto de plazo razonable desarrollado por la jurisprudencia Constitucional, el cual debe estudiarse en cada situación particular, sin cuantificar de alguna forma el término para su interposición.

En cuanto al requisito de inmediatez en acciones de tutela contra providencias judiciales, la Corte Constitucional ha modificado levemente su postura, en el sentido de disminuir la flexibilidad del plazo razonable, afirmando:

“Además de lo expuesto, la Corte ha considerado en los asuntos referentes a acciones de tutela contra providencias judiciales, que el análisis de inmediatez debe ser más estricto, con el fin de no trastocar principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, pues la firmeza de las decisiones judiciales no puede mantenerse en la incertidumbre indefinidamente”¹⁷

Postura similar se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, si bien ha cuantificado el plazo razonable en un periodo de seis (6) meses, no entiende que su superación impida el análisis de la acción constitucional, veamos:

“la Sala Plena del Consejo de Estado adoptó, como regla general, el término de 6 meses como plazo razonable para el cumplimiento del requisito de la inmediatez”¹⁸

En conclusión, el suscrito encuentra acreditado el requisito de inmediatez entre la providencia que transgrede los derechos fundamentales del señor **AMAYA PEREZ**, y el momento de interposición de la acción constitucional, porque: **(a)** han transcurrido menos de tres (3) meses al momento de presentar la acción constitucional; **(b)** el apoderado anterior del señor **AMAYA PEREZ**, falleció durante el lapso de la decisión objeto de tutela y su presentación **(c)** al suscrito le fue conferido poder el lunes cuatro (4) de octubre del 2021, y; **(d) no se ha realizado la audiencia de verificación de allanamiento como consecuencia de la nulidad deprecada por la providencia en cuestión.**

¹⁷ Corte Constitucional 2015/T-246

¹⁸ Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia Radicación número 11001-03-15-000-2016-02045-00(AC). Dieciseis (16) de noviembre del 2016.

Por tanto, si para el juez constitucional existiere un ejercicio tardío de la acción, estaría justificado debidamente de acuerdo a las situaciones acontecidas en el lapso entre la providencia y la presente, que, sin embargo, encontramos razonable y ajustado a la urgencia que precisa la intervención constitucional.

(vi) *DE TRATARSE DE UNA IRREGULARIDAD PROCESAL, QUE ÉSTA TENGA INCIDENCIA DIRECTA EN LA DECISIÓN.*

Conforme a los defectos planteados de la providencia cuestionada, no se avisa alguno que trate sobre vicios en el procedimiento adelantado en contra de **AMAYA PERÉZ**. Por lo que no es necesario cumplir la carga argumentativa sobre este requisito genérico de procedibilidad.

(vii) *IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS.*

Al momento de verificar este requisito de procedibilidad, ya han sido abordados los hechos del caso en el que ha sido denominado “contexto fáctico” y los derechos fundamentales presuntamente vulnerados constan en el título inmediatamente anterior, por lo que no surge necesario realizar otro pronunciamiento en los mismos términos.

(viii) *QUE NO SE TRATE DE UNA ACCIÓN DE TUTELA FORMULADA CONTRA SENTENCIAS ADOPTADAS EN PROCESOS DE TUTELA.*

De acuerdo a la identificación previa de la providencia, la presente acción de constitucional no está formulada contra sentencias de tutela. En consecuencia, el requisito se encuentra acreditado.

Finalmente, la valoración que suscita la acción de tutela contra providencia judicial, está dirigida a revisar la validez de la decisión en cuestión, por lo que no debe ser concebida como un juicio de corrección

del fallo reputado, lo que en efecto representa la imposibilidad de utilizar el medio constitucional como una instancia adicional; esto, como garantía del principio de subsidiariedad de un mecanismo considerado excepcional.

6. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Superados los requisitos generales para la procedencia de la presente acción, es viable continuar con la caracterización y posterior acreditación de los requisitos especiales que deben cumplirse en las acciones de tutela contra providencias judiciales.

- a. *Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.*¹⁹
- b. *Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido*²⁰
- c. *El defecto material o sustantivo se presenta cuando existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto o en normas inexistentes o inconstitucionales.*²¹
- d. *El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión porque dejó de valorar una prueba o no la valora dentro de los cauces racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación.*²²
- e. *Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*²³
- f. *Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos*

¹⁹ STP16949-2019

²⁰ Ibídem

²¹ 2017/T-459

²² Ibídem

²³ STP16949-2019

de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.²⁴

- g. El desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.²⁵
- h. La violación directa de la constitución como causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. En consecuencia, este defecto se estructura cuando una sentencia judicial desconoce determinados postulados del texto superior, bien sea porque los omite por completo, los contradice, o les atribuye un alcance insuficiente.²⁶

De acuerdo a lo anterior, se encontraron dos (2) de los requisitos especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales los cuales tiene conexión entre sí, pues el desconocimiento del precedente judicial puede derivar en un defecto material, atinente a la indebida aplicación de una norma o situación jurídica que desde la jurisprudencia ha sido decantada. Al respecto, expone la Corte:

*“Para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe”.*²⁷

De acuerdo a ello, se demostrarán en acápite separado los yerros en los que incurrió el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Santander, que vulneran los derechos fundamentales tutelados.

²⁴ Ibídem

²⁵ 2017/T-459

²⁶ Ibídem

²⁷ 2015/T-309

6.1. Sobre el desconocimiento del precedente judicial como causal específica en el caso concreto.

La providencia cuestionada desconoce el precedente judicial trasado por la Corte Suprema de Justicia sobre la prohibición de variar el núcleo fáctico delimitado en la audiencia de formulación de imputación.

En las providencias (a) *Sentencia penal SP.2042-2019, Rad. 51007*; (b) *sentencia penal SP. Rad.45888-2015 y; (c) Sentencia penal SP Rad.25862-2009*,(entre otras), se han fijado las pautas que orientan el juicio de imputación de la Fiscalía General de la Nación y las condiciones que posibilitan modificar la calificación jurídica provisional, excluyendo de dicha facultad la situación fáctica. Veamos.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP28649-2009

Aún cuando no se había ampliado el alcance del principio de congruencia hasta la formulación de imputación de cargos, la Corte Suprema de Justicia ya advertía sobre la prohibición de variar el nucleo fáctico establecido en la acusación, a partir del resultado del debate probatorio que entregaba al ente acusador y al juez de conocimiento la comisión de una conducta punible distinta a la acusada. Veamos:

“Significa lo anterior que las diferencias entre los comportamientos punibles reseñados no se agotan en la mera denominación jurídica sino que abarca el núcleo esencial de su sustrato comportamental.”

“De manera que el a-quo se equivocó al estimar que la única diferencia entre ellas era la pena más benigna del abuso con respecto a la violación, sin advertir que su ubicación en capítulos diferentes los hacen en esencia disímiles en su núcleo fáctico, no obstante que ambos comparten el acceso carnal o acto sexual como ingrediente común”

Esa misma línea jurisprudencia ha sido sostenida en sentencias posteriores, donde se incluye el análisis del principio de congruencia entre la formulación de imputación y la acusación. Por ejemplo:

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP1714-2019.

Parada Gómez Abogados S.A.S. NIT. 900818252-6

*“la descripción fáctica o hechos jurídicamente relevantes, según la nominación de la Ley 906 de 2004, **no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, esto es**, desde la formulación de imputación hasta la sentencia ejecutoriada”.*

*“Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, **por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas referentes al principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2000 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004**”.*(Negrillas fuera de texto)

Actualmente, el criterio sobre la prohibición de modificar el nucleo fáctico se mantiene incólume, por lo que tales orientaciones jurisprudenciales constituyen precedente judicial consolidado. En el caso concreto, la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga desconoció el precedente judicial precitado, por las siguientes razones:

En primera medida, recuérdese que el señor **AMAYA PEREZ**, fue condenado a 205 meses de prisión, como autor a título de dolo del delito de homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104 N°7 del código penal; situación que produjo la interposición de recurso de apelación por parte de la apoderada de la víctima, quien fundó su disenso en que la calificación jurídica no era la correcta, porque existían suficientes elementos probatorios para calificar el hecho bajo el tipo penal de feminicidio.

En los términos anteriores, en su recurso de alzada solicitaba la nulidad del procedimiento por omisión de hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de imputación de cargos, ante lo cual el Tribunal afirmó:

*“Ciento es que al interior de la audiencia preliminar de formulación de imputación la agencia fiscal enrostró el punible de homicidio agravado con base en el acervo probatorio acopiado **hasta ese instante procesal**, pues el*

informe pericial de necropsia fue obtenido con posterioridad; sin embargo, no podía desconocer que una vez recaudado, el artículo 351 incio 3 de la ley 906 contempla..." (negrillas propias)

En ese sentido, el Tribunal le halla la razón al apelante, entendiendo que existen nuevos hechos que permiten modificar la calificación jurídico, por lo que fundamenta su decisión con las siguientes afirmaciones:

*"Lo anterior permite concluir que el principio de congruencia comprende dos aspectos fundamentales, esto es (i) el Derecho del procesado a conocer de forma clara y específica los cargos y (ii) que estos guarden coherencia con los que son objeto de la sentencia, **siendo absolutamente inmodificables en lo fáctico y parcialmente en lo jurídico, pues la agencia fiscal tiene la potestad de variar la calificación jurídica**". (Negrillas propias)*

Seguidamente, cita extensa jurisprudencia (la cual es parte del precedente que se alega desconocido) para concluir que:

"Al vulnerarse las garantías procesales de los afectados, se generó un vicio que torna imperativo retrotraer parcialmente lo actuado pues dicha solicitud no se fundó en especulaciones, sino en el informe pericial de necropsia, expedido por un funcionario de INML, el cual debe ser valorado para tipificar él o los ilícitos en que presuntamente incurrió el encartado".

*"Colorario de lo anterior, resulta **imperativo anular exclusivamente la actuación a partir de la audiencia de verificación de allanamiento a cargos**, inclusive, a efectos que la agencia fiscal proceda de conformidad con lo expuesto, sin que lo antedicho tenga incidencia en la actual privación de Amaya Pérez, ya que la invalidez cobra vigencia a partir de un acto procesal posterior" (negrillas propias)*

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal pretende variar la calificación jurídica por la supuesta existencia de **nuevos delitos** en un escenario posterior a la audiencia de imputación de cargos que, previamente había fijado el núcleo fáctico en el proceso penal contra el señor **AMAYA PÉREZ**.

La decisión del Tribunal desconoce el precedente judicial previamente expuesto, pues faculta al ente acusador a variar la calificación jurídica,

teniendo en cuenta nuevos hechos que no fueron expuestos en la audiencia de formulación de imputación de cargos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP.2042-2019, Rad. 51007 ha reiterado la prohibición que aquí se alega:

*“(i) no puede darse por “sobreentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría **inferirse** de los hechos –lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia–; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado”²⁸*

Es decir, la providencia cuestionada, exhorta al Fiscal delegado, para que, en virtud de la flexibilidad del principio de congruencia, pueda **adicionar** nuevos delitos y nuevos hechos en el escrito de acusación (inexistente), vulnerando el principio de congruencia en su connotación fáctica, al permitir irrumpir el núcleo fáctico inmutable establecido en la audiencia de formulación de imputación

Tal decisión que intenta disimular de “nuevos detalles” hechos autónomos a los ya enrostados, es contraria a las ya proferidas sobre la prohibición de variar la calificación jurídica del procesado por circunstancias que exceden el nucleo fáctico; situación que vulnera el derecho fundamental a la igualdad del señor **AMAYA PÉREZ**, pues se realiza un trato distinto y desigual por parte de la administración de justicia que no está obligado a soportar.

En pronunciamiento reciente, la postura de la Corte Suprema de Justicia sobre la adición de nuevos hechos, siguió la misma línea expuesta en precedencia. En la sentencia penal SP3918-2020²⁹, se estudió un caso de violencia intrafamiliar donde se pretendía adicionar nuevos hechos en la audiencia de acusación que ampliaban o cambiaban el nucleo fáctico, Veamos el pronunciamiento:

²⁸ Corte Suprema de Justicia. SP.2042-2019, Rad. 51007.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal SP3918-2020

*La formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación - **o del allanamiento o del preacuerdo** - , sin que los hechos puedan ser modificados.(negrillas propias)*

...
Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que revelan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al incriminado.

...

*-Esto significa que tales modificaciones serán posibles **si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.***

Así, la posibilidad de adicionar nuevos hechos que implican la modificación del núcleo fáctico, es procedente en el sistema penal colombiano, pero está supeditada a dos condiciones procesales; **(i)** solicitar un audiencia de garantías para adicionar los hechos nuevos a la imputación, y **(ii)** que dicha solicitud se realice antes de la presentación del escrito de acusación; pues, se entiende que en ese lapso el proceso continua en la fase investigativa, que culmina con la presentación del escrito. Sin embargo, la adición a la imputación no podrá agravar la situación jurídica del procesado. Veamos:

*En suma, la modificación de la imputación fáctica: i) no puede recaer sobre el núcleo de lo que fue objeto de imputación; ii) es admisible para aclarar los hechos en todos los casos, o para excluir supuestos de imputación; y iii) **si se trata de adición, necesariamente no se puede agravar la situación jurídica del inculpado**³⁰.*

Por desconocer tales postulados, el Tribunal viola las garantías fundamentales del señor **AMAYA PÉREZ** y vulnera su derecho a la igualdad, al dar un trato diferente y desigual en la providencia cuestionada, y no tener como punto de partida el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia sobre la variación del núcleo fáctico, agravando su situación jurídica.

³⁰ Ibídem.

6.2. Acerca del desconocimiento del precedente judicial trazado sobre el control material a los actos de parte

Sobre los actos de parte dentro del sistema penal con tendencia acusatoria, la jurisprudencia ha resaltado la imposibilidad de que el juzgador realice un control material a cada uno de ellos, pues quebrantaría los principios que gobiernan el sistema acusatorio.

Siendo un acto de parte el allanamiento que, a su vez constituye una de las formas de terminar el proceso de forma anticipada, el legislador estableció una serie de parámetros para que, en un curso procesal diferente al ordinario, se garanticen todos los derechos de las partes e intervenientes.

De esta forma, cuando el allanamiento a cargos por parte del proceso se realiza en sede de formulación de imputación y se constatan los requisitos legales: aceptación libre, consiente y voluntaria; nace la audiencia de verificación de allanamiento, la cual puede realizarse ante el mismo juez de control de garantías, o ante un juez de conocimiento. En ese sentido, como el allanamiento se realiza en la primera de las audiencias establecidas por el legislador en la ley 906/2004, lo actuado será suficiente como acusación:

*“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que **lo actuado es suficiente como acusación**”³¹.*

El enunciado normativo condiciona la actividad del ente acusador y la del juzgador que vaya a verificar el allanamiento a cargos, teniendo en cuenta las siguientes precisiones realizadas en el Auto AP4324-2021.Casacion N°58372:

*“El allanamiento y los preacuerdos son formas de terminación anticipada que implican renuncias mutuas: el procesado se abstiene de ejercer los derechos a no auto incriminarse y a tener un juicio oral con todas las garantías descritas en el literal k) del artículo 8 de la Ley 906/2004, mientras que **la Fiscalía pierde la oportunidad de realizar ajustes***

³¹ Artículo 293. Ley 906/2004.

fácticos y/o jurídicos a la imputación y acusación, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito". (negrillas propias).

Así las cosas, como la audiencia de formulación de imputación debe sustentarse en elementos probatorios (**hasta ese momento procesal recolectados**) de los que se pueda inferir razonablemente la autoría y participación en el hecho, el juez en la verificación de allanamiento deberá valorar si los elementos probatorios acreditan sumariamente la tipicidad del hecho³², sin entrar a realizar un control material sobre el mismo. Al respecto, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia:

*"De conformidad con el criterio **reiterado** de la jurisprudencia el juez no puede ejercer un control material sobre la acusación, puesto que la calificación del hecho punible es un asunto que es del resorte exclusivo del ente persecutor"*³³

*"La única forma en la que el juez puede entrar a modificar la adecuación jurídica de la conducta, **es porque advierte la violación de garantías fundamentales, por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica**"³⁴... (Negrillas propias)*

En ese sentido, en el control adjetivo que realiza el juez de conocimiento, la **única** posibilidad de variar la calificación jurídica, es al observarse una violación de las garantías fundamentales del **procesado**, situación en la cual la variación sólo podrá favorecer la situación jurídica del mismo. Sobre las cualidades del control judicial al allanamiento, la Corte ha precisado su alcance:

"Nada diferente ocurre frente a los procesos que terminan anticipadamente, en tanto el juez competente para examinar los términos de la negociación, debe verificar si están dados los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria"³⁵

"por lo que el Juez debe verificar: i) el consentimiento y voluntad del procesado (ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios

³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal. SP2073-2020.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal SP3918-2020

³⁴ Ibídem.

³⁵ Ibídem.

concedidos al procesado, (iii) la existencia de un mínimo de prueba, (iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) que se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garantizaron los derechos de las víctimas"³⁶. (negrillas propias)

Ese mínimo de prueba que debe ser constatado fue el ejercicio que realizó el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Barrancabermeja, pues el sustento material de la calificación jurídica estaba soportado en los informes y elementos probatorios que el ente acusador discriminó en el escrito de acusación, y los que había recolectado hasta ese momento procesal, por lo que el tiempo de investigación se reduce en esencia, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia.

*"si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues **precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva**, es claro que tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud"*³⁷.

En ese sentido, advierte el suscrito que el Tribunal en la providencia cuestionada, contaba con los elementos probatorios que acreditaban minimamente el delito imputado al señor **AMAYA PÉREZ**, empero, en una extralimitación de sus funciones, sobre pasando los límites del control judicial, aún cuando no se han conculado garantías fundamentales, decidió modificar la calificación jurídica por un nuevo tipo penal menos benigno, retrotrayendo la actuación procesal a un escenario que imposibilita tales modificaciones. Esa intervención, solo se tornaba posible en el siguiente evento:

*"el allanamiento a cargos no solo resulta vinculante para el imputado y el fiscal, sino para el Juez de Conocimiento quien no tiene más alternativa que proceder a dictar la sentencia de condena, de conformidad con lo admitido por el acusado, salvo que observe violación de garantías fundamentales y se acredite que el allanamiento no fue libre, voluntario, o debidamente informado"*³⁸.

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal SP 1289-2021

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal SP9379-2017

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia penal SP 14496-2017

Así las cosas, el Tribunal desconoce el precedente judicial establecido sobre los límites del control judicial por parte de los juzgadores ante el acto de parte (allanamiento a cargos), por lo que ejerce un trato diferente y desigual en desfavor de DIEGO ARMADO AMAYA PÉREZ, pues las decisiones de Corte Suprema de Justicia, sobre personas que han estado en la misma situación, fueron resueltas de forma disímil a la impartida por el Tribunal, vulnerando los derechos fundamentales tutelados.

6.3. Sobre el defecto sustancial padecido por la providencia judicial en el caso concreto.

El defecto sustancial padecido por la providencia cuestionada tiene origen en la misma situación desconocedora del precedente judicial, pero se distancia de su argumentación. Al respecto este apartado busca demostrar; **(a)** la contradicción entre la fundamentación y la decisión en la providencia judicial y; **(b)** la utilización de normas inaplicables -artículos 448 y 351 de la ley 906/2004- para fundamentar la decisión.

- Contradicción entre la fundamentación y la decisión en la providencia judicial

Sobre el primero de ellos, se evidencia notoria la contradicción entre la fundamentación y la decisión cuestionada, porque gran parte de su extensión pertenece a citas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se advierte la prohibición de variar la calificación jurídica con nuevos hechos u otras circunstancias fácticas y aún así, el Tribunal exhorta al ente acusador para hacerlo, vulnerando el debido proceso.

Por ejemplo, el Tribunal utiliza extractos de la sentencia penal SP52507 de 2018, para advertir la imposibilidad de modificar el nucleo fáctico:

"De manera contraria, ya ha sido acuñado pacíficamente que la descripción fáctica-o hechos jurídicamente relevantes, como así lo rotula la ley 906, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza en la

*formulación de imputación y termina en la sentencia ejecutoriada*³⁹.
(negrillas propias)

Seguidamente, para precisar el alcance de las modificaciones sustanciales, advierte:

*“Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, **por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas referentes al principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2000 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004**”⁴⁰. (Negrillas fuera de texto)*

En ese sentido, el Tribunal, teniendo conocimiento sobre la aplicación pacífica que se ha dado a la prohibición de alterar el nucleo fáctico bajo el presupuesto de variar la calificación jurídica, propone exactamente lo contrario, pues cree erróneamente que los nuevos hechos no afectan el nucleo fáctico de la imputación de cargos realizada a **AMAYA PÉREZ**, por lo que propone simplemente modificar el *nomen iuris* acuñado por el ente acusador, de autor de homicidio agravado conforme los artículos 103 y 105 #7 del código penal, a **autor del delito de feminicidio, contemplado en el artículo 104 de la misma codificación**.

Esa modificación aludida en la providencia cuestionada, desnaturaliza el sistema procesal, pues la comunicación de los hechos jurídicamente relavantes y su consecuente calificación jurídica se materializa en la audiencia de formulación de imputación, cuya finalidad constituye garantía para el derecho de defensa del procesado, en los siguientes términos:

³⁹ Folio once (11) de la providencia judicial cuestionada.

⁴⁰ Ibídem.

“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”⁴¹. (negrillas propias)

Además, debe observarse que, si bien el homicidio y el feminicidio tienen en común el bien jurídico de la vida, lo cierto es que son situaciones fácticas autónomas e independientes, por lo que calificar un hecho jurídicamente relevante a título de homicidio y luego modificarlo por encontrar elementos que acreditan el tipo penal de feminicidio, transgrede el principio de congruencia en su aspecto fáctico, junto con el derecho de defensa, que en conjunto forman parte del derecho fundamental al debido proceso.

Adicionalmente, la Corte Suprema ha precisado que un cambio en el aspecto fáctico de la imputación de cargos, sólo es procedente en beneficio del procesado, es decir, por avizorarse una calificación jurídica menos gravosa, veamos:

“Antes, debe resaltarse que el carácter progresivo de la actuación penal también constituye un instrumento idóneo para proteger los derechos del procesado, entre otras cosas porque: (i) **es posible que los actos de investigación permitan modificar la premisa fáctica de la imputación, en un sentido favorable al sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal**”⁴²”

Lo opuesto sería lo que toscamente resolvió el Tribunal en el caso concreto, pues la modificación **fáctica** pretendida, implica una premisa jurídica mas gravosa para el señor **AMAYA PÉREZ**. En consecuencia, al advertir con suma claridad la prohibición de irrumpir el núcleo fáctico establecido en la formulación de imputación, pero resolver facultando al ente acusador a modificar la situación fáctica para cambiar la premisa jurídica de homicidio a feminicidio, bajo el entendido de que no tal cambio no afecta el núcleo fáctico, la providencia judicial incurre en defecto sustantivo por falta de correspondencia entre la fundamentación y la decisión.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia SP2042 del 2019.

⁴² Ibídem

- **Utilización de normas inaplicables -artículos 448 y 351 de la ley 906/2004- para fundamentar la decisión**

Cuestión adicional se presenta en la providencia judicial, al advertir un tratamiento no aplicable a situaciones en las que el proceso ha terminado de forma anticipada. Recuérdese que el señor **AMAYA PÉREZ**, se allanó a los cargos endilgados en audiencia de imputación. Frente a este tipo de sucesos procesales, ha manifestado la jurisprudencia:

*“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que **lo actuado es suficiente como acusación**”⁴³.*

Ahora bien, si al momento de presentarse el escrito de acusación con el que se consigna la pretensión final, el ente acusador no conocía nuevos hechos que facultaran una modificación en el núcleo fáctico, posteriormente se encontraba inhabilitado para ello. Al respecto en el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 establece que:

*“el fiscal hará la imputación fáctica cuando **de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida**, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.*

En ese sentido, cuando se supera la fase procesal de investigación con la presentación del escrito de acusación, que en los casos de allanamiento a cargos en la aduencia de formulación de imputación se limita, no es procedente estudiar la posibilidad de retrotraer la actuación para subsanar algún yerro en los hechos jurídicamente relevantes de forma posterior.

Por ejemplo, si en la audiencia preparatoria, por distintas razones el ente acusador conoce nuevos hechos que implican un cambio en el nucleo fáctico para atribuir un delito autónomo al inicial y más gravoso, no podría realizarse una adición a la imputación de cargos en audiencia preliminar, porque dicho evento de riguroso cuidado, sólo es viable dentro de la etapa

⁴³ Ibídem.

de investigación, en donde su culminación se materializa con la edificación de la pretensión acusatoria a través del escrito de acusación.

De lo anterior, el tribunal encuentra prudente la aplicación del artículo 351 del estatuto procesal penal vigente, para advertirle al ente acusador que los nuevos elementos lo obligaban a modificar la situación fáctica (y no jurídica, como erróneamente se evidencia en la providencia cuestionada). Veamos:

“La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”.

...

“En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.”

Empero, desconoce que las distintas etapas de indagación e investigación son preclusivas, y producto **de esto no podría el ente acusador adicionar hechos a la imputación jurídica** cuando ya ha culminado la etapa de investigación, situación que se torna relevante ante el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, pues tal facultad del procesado reduce las etapas procesales establecidas en la ley 906/2004, y en el caso concreto, al realizarse la verificación de allanamiento, resulta improcedente pretender imputar nuevos hechos que irrumpen el núcleo fáctico previamente establecido, porque la pretensión acusatoria ya había sido establecida.

Lo que sí puede adicionararse, son circunstancias de mero tiempo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.⁴⁴

⁴⁴ Ibídem.

Ello concuerda con las indicaciones que la Corte Suprema de Justicia ha realizado en los eventos en los que se hace necesario adicionar la formulación de imputación. Veamos.

En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo factico de la imputación, no encaja en la categoría de “detalles” o complementos –C-025 de 2010-, por lo que deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional⁴⁵.

Situación que no pudo realizarse en el presente caso, porque la etapa para adicionar el acto comunicacional, debe tener sustento en el estatuto procesal vigente, es decir, en el periodo correspondiente a la fase investigativa, situación que no se da en el caso concreto, puesto que, ante el allanamiento a cargos, dichas fases se reducen, y a la fecha, pretender adicionar el acto comunicacional también vulneraría el derecho fundamental al debido proceso.

PETITORIO

Conforme las razones expuestas transversalmente en el presente escrito, solicitamos **TUTELAR** los derechos fundamentales que ciudadano que representamos, y en consecuencia **ANULAR** la providencia judicial proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que declaró la nulidad del proceso adelantado en contra de **DIEGO ARMANDO AMAYA PÉREZ**, desde la audiencia de verificación de allanamiento.

Resultado de lo anterior, **ORDENAR** a la autoridad accionada que profiera nuevamente la decisión objeto de reproche, atendiendo las pautas normativas y jurisprudenciales exigidas.

ELEMENTOS DE PRUEBA

⁴⁵ Ibídem.

Los elementos materiales probatorios se componen de todo el expediente judicial, de los cuales podemos discriminar:

PRIMERO: Sentencia condenatoria proferida el cuatro (4) de abril del 2017, por el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Barrancabermeja con Función de Conocimiento

SEGUNDO: Escrito de acusación de fecha veinte (20) de enero de 2017.

TERCERO: Acta de audiencias preliminares de legalización de registro de allanamiento, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del veinticuatro (24) de noviembre de 2016.

CUARTO: Acta de audiencia de verificación de allanamiento del veintitres (23) de febrero de 2017.

QUINTO: Acta de audiencia de lectura de sentencia del cuatro (4) de abril del 2017.

SEXTO: Recurso de apelación interpuesto el diecisiete (17) de abril de 2017 por la apoderada de las víctimas.

SÉPTIMO: Pronunciamiento como un recurrente presentado el 24 de abril del 2017 por parte de la fiscal primera seccional NOHORA ALICIA NARANJO MARÍN.

OCTAVO: Intervención como no recurrente por parte del apoderado de confianza del señor DIEGO ARMANDO AMAYA PEREZ de fecha veinticuatro (24) de abril de 2017.

NOVENO: Auto proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual se decretó la nulidad de la sentencia condenatoria proferida el cuatro (4) de abril del 2017, por el Juzgado

Segundo (2) Penal del Circuito de Barrancabermeja con Función de Conocimiento

DÉCIMO: Poder para actuar dentro de la presente acción.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones el suscrito las recibirá en las siguientes direcciones electrónicas: contacto@paradagomez.com y rodrigo.parada@gmail.com

Los demás, las podrán recibir en las siguientes direcciones:

Fiscalía	nohora.naranjo@fiscalia.gov.co
Juzgado	j02pctobmeja@cendoj.ramajudicial.gov.co
Apoderada de víctimas	organizacionfemeninapopular@gmail.com
Procurador	cjardila@procuraduria.gov.co

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga dispone del siguiente correo electrónico: secpenalbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cordialmente,

RODRIGO JAVIER PARADA RUEDA
C.C. No. 1.098.608.344 de Bucaramanga
T.P. No. 199.505 C.S. de la J