



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

### Relatoría

---

VARIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA / PREACUERDO /..."el juez en lugar de verificar los presupuestos legales para emitir sentencia anticipada por allanamiento a cargos, invadió la órbita de la actuación de la fiscalía al auscultar sobre la variación de la imputación jurídica presentada por el ente acusador dentro de la audiencia de acusación y por confundir los actos procesales enunciados con el instituto de los preacuerdos..."

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA/ - Trascendencia en la protección a la víctima y a la sociedad/..."Ante la ausencia de un escenario que habilite al juez de conocimiento para realizar un control judicial sobre el acto de acusación so pena de afectar su imparcialidad y desconocer el principio adversarial acogido por este sistema procesal de tendencia acusatoria, esta Corporación debe advertir que la imputación fáctica y jurídica que realice la fiscalía debe ser el resultado de un estudio acucioso de la normatividad y la valoración de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida. De lo contrario, el incumplimiento a esta responsabilidad debe dar lugar a sanciones penales y disciplinarias dada la trascendencia en la protección a la víctima y la sociedad, cuando se malogra la administración justicia por errores en la acusación, sea porque es incompleta o es el efecto del capricho y arbitrio del funcionario delegado por la fiscalía..."

INTERLOCUTORIO 014

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

## SALA PENAL

Radicación: 2018-1062-01

Procesado: Ciro Antonio Vergara Ovalle

Delitos: Acceso carnal o acto sexual  
abusivo con incapaz de  
resistir

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 035 de marzo 19 de 2019, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, marzo veintiséis (26) de dos mil diecinueve (2019). Hora: nueve de la mañana (9:00 a.m.)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra la providencia del 4 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa con funciones de conocimiento mediante la cual improbió el acuerdo celebrado entre fiscalía y procesado.

## HECHOS

Los hechos expuestos en la audiencia preliminar de imputación pueden sinterizarse así:

La menor Sandra Milena Díaz Rodríguez, con retardo mental leve, fue citada por Ciro Antonio Vergara y en el encuentro este le tocó sus partes íntimas (senos y vagina) y besó sus labios por espacio de un minuto a cambio de yogurt y ponqué.

## ANTECEDENTES PROCESALES

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la Capilla con funciones de control de garantías el 20 de junio de 2017 se celebraron las audiencias concentradas de formulación de imputación contra Ciro Antonio Vergara Ovalle por el delito de "*acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*"<sup>1</sup> y la de imposición de medida de aseguramiento. El imputado no aceptó cargos y el despacho negó la medida de aseguramiento solicitada, decisión confirmada por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque el 10 de agosto de 2017

El 20 de junio de 2017 la fiscalía presentó escrito de acusación contra Ciro Antonio Vergara Ovalle ante el Juez Penal del Circuito de Guateque, quien se declaró impedido porque tuvo conocimiento de las diligencias como juez de control de garantías en segunda instancia.

El Juzgado Penal del Circuito de Garagoa el 28 de septiembre de 2017 avocó conocimiento y el 13 de febrero de 2018 decretó la nulidad de lo actuado durante la audiencia de formulación de acusación realizada ese día debido a la ausencia del representante de víctimas<sup>2</sup>.

Dispuesta la audiencia de formulación de acusación el 3 de mayo de 2018, la fiscalía y el abogado de la defensa solicitaron aplazamiento para negociar y obtener un preacuerdo, petición a la que accedió el juez de conocimiento<sup>3</sup>.

Instalada la audiencia de formulación de acusación el 20 de junio de 2018 el Juez Penal del Circuito de Garagoa concedió la palabra al fiscal delegado

---

<sup>1</sup> Audiencia del 20 de junio de 2017. Archivo "4-1". Record: 37:32

<sup>2</sup> Audiencia del 13 de febrero de 2018. Archivo "Ciro Antonio Vergara 13-02-018" Record: 20:33

<sup>3</sup> Audiencia del 3 de mayo de 2018. Archivo "Ciro Antonio Vergara Ovalle 03-05-2018" Record: 06:00

quien sustentó la variación de la calificación jurídica y manifestó la intención del procesado de allanarse a los cargos endilgados, decisiones contenidas en un acta que entregó, denominada preacuerdo, suscrita por ese ente, el enjuiciado, la defensa y la representación de víctimas donde: (i) el delegado de la fiscalía varió la calificación jurídica de la conducta punible de actos sexuales con incapaz de resistir a injurias por vías de hecho; (ii) el procesado aceptó los cargos con la nueva adecuación legal y (iii) la defensa, el representante de víctimas y la fiscalía solicitan al juez proferir sentencia condenatoria por la comisión del punible de injurias por vías de hecho imponiendo una pena de dieciséis (16) meses de prisión y multa en cuantía mínima, establecida en el art. 220 del C.P.

El juez interrogó al imputado sobre la aceptación de su responsabilidad penal por el delito de injurias por vías de hecho y para verificar que su consentimiento estuviera exento de vicios y rectificar que se trataba de una decisión libre, consiente, voluntaria y debidamente informada. Luego recibió de parte de la fiscalía los elementos materiales probatorios recaudados, para verificar la ocurrencia de la conducta penal y la responsabilidad del enjuiciado. Acto seguido fijó fecha y hora para dar lectura a la decisión.

En vista pública del 4 de diciembre de la misma anualidad el Juez Penal del Circuito de Garagoa improbió el preacuerdo presentado, decisión contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación que resuelve la Sala.

## DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada. (Audiencia de verificación de preacuerdo del 4 de diciembre de 2018).

El a quo consideró que el preacuerdo celebrado no se ajusta a derecho por las siguientes razones:

Expuso que a Ciro Antonio Vergara le fue imputada la conducta de actos sexuales con incapaz de resistir, calificación jurídica que permaneció incólume hasta la presentación del escrito de acusación cuando en sede de preacuerdo fue modificada para atribuir responsabilidad penal al imputado por el delito de injuria por vías de hecho, conducta que no encontró probada si se tiene en cuenta que la víctima es una niña con retraso mental y no basta que en las diligencias se diga que no se le causó ningún daño.

Consideró que la degradación de la conducta se dirigió a reducir el ámbito punitivo de la eventual sanción a imponer, lo que en su sentir no puede tener asidero por la calidad de la víctima, aspecto que lo habilita para que en sede judicial se propendan por sus derechos dada su protección reforzada.

De los hechos relatados advirtió que estos refieren a tocamientos dirigidos a partes íntimas como la vagina y senos junto con besos y prebendas como dinero y comida, que dan cuenta de una satisfacción de carácter sexual y no de una ofensa y por ello el punible no afecta la honra, pues es conducta de carácter sexual.

Inconforme con la decisión, el abogado defensor interpuso recurso de apelación.

## 2.- Del motivo de impugnación.

### 2.1- De la defensa<sup>4</sup>

Solicita la revocatoria de la decisión para que en su lugar se apruebe el preacuerdo celebrado, porque le está vedado al juez de conocimiento realizar control material de la acusación presentada por la fiscalía.

Recordó que el artículo 350 del C.P.P., habilita a la fiscalía para celebrar preacuerdos con el imputado desde la audiencia de formulación de imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, contando con la facultad exclusiva para degradación la conducta punible a cambio de la aceptación de cargos.

En este caso la variación de la calificación jurídica fue avalada por el delegado de la fiscalía, la defensa, el imputado y la representación de víctimas porque concuerdan en la inexistencia de daño a la víctima. Además la conducta punible pertenece al mismo género de la anterior, siendo posible adecuar la conducta de actos sexuales a injuria por vía de hecho y porque se respeta el núcleo fáctico de la imputación.

---

<sup>4</sup> Audiencia de verificación. Récord 27:16

### 3.- Intervención de los no recurrentes.

#### 3.1. De la fiscalía<sup>5</sup>

Coadyuva la petición de revocatoria para que en su lugar se apruebe la variación de la conducta sustentada en ausencia de elementos materiales probatorios que demuestren secuelas afectivas en la menor víctima y con ello la vulneración a su integridad sexual.

Por ello elevó la solicitud de variación de la conducta punible en los formatos diseñados por la fiscalía, dentro de los cuales no existe uno exclusivo para ese caso, aspecto que confundió al juzgador que asumió equivocadamente que se trataba de un preacuerdo, por demás prohibido por la Ley 1098 de 2006, cuando en realidad es una variación de la conducta punible en atención al resultado obtenido, viable jurídicamente, debido a que en la nueva imputación la conducta es del mismo género, es un delito de menor cuantía y respeta el núcleo fáctico de la acusación.

Aduce que la decisión de la fiscalía está conforme a derecho y como fue aprobada por las demás sujetos e intervinientes procesales, el Juez de conocimiento debe proceder con el trámite correspondiente.

Agregó que se trata de una terminación anticipada del procesado y como derecho que le asiste al procesado debe acogerse la variación de la conducta punible y otorgarse los beneficios de la justicia premial.

#### 3.2. Del apoderado de víctimas:

---

<sup>5</sup> Audiencia de verificación. Récord 36:36

Pide se apruebe el preacuerdo porque la Fiscalía está facultada realizar la adecuación típica contenida en el preacuerdo porque la víctima no sufrió ningún daño.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Conforme al art. 204 del C. de P.P. la Sala adquiere competencia sólo en referencia a los motivos de impugnación y los asuntos que resulten necesariamente vinculados a ellos.

De la revisión de las diligencias advierte esta Corporación que se impone la revocatoria de la decisión impugnada porque el juez en lugar de verificar los presupuestos legales para emitir sentencia anticipada por allanamiento a cargos, invadió la órbita de la actuación de la fiscalía al auscultar sobre la variación de la imputación jurídica presentada por el ente acusador dentro de la audiencia de acusación y por confundir los actos procesales enunciados con el instituto de los preacuerdos.

A pesar que el abogado de la defensa en la sustentación del recurso de apelación hace alusión a la existencia de un presunto preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el imputado en el que éste acepta la ocurrencia del delito de injuria por vías de hecho y su consecuente responsabilidad penal, esta Sala debe advertir como en efecto lo hizo la fiscalía en su intervención como no recurrente, que en realidad se trata de un acto unilateral consistente en variar la calificación jurídica provisional de la imputación con posterior aceptación de cargos.

Por mandato constitucional (art. 250<sup>6</sup>) la fiscalía es la titular de la acción penal y por lo tanto es autónoma para delimitar la pretensión punitiva; es decir no necesita del consenso de los sujetos procesales y por regla general la acusación como acto de parte no está sometido a control por parte del juez penal. Únicamente se admite la intervención del juez, de oficio o a solicitud de parte, cuando los yerros en la acusación afecten derechos fundamentales.

Al respecto, recientemente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó:

*"El control sobre la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes*

*Si la Fiscalía cumple con la obligación legal de expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, los jueces, por regla general, no ejercen control sobre el acierto de la calificación jurídica, salvo que se trate de casos de evidente violación de los derechos fundamentales.*

*Al respecto, en la decisión CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad. 45594, la Sala, a la luz de sus propios precedentes, reiteró que*

*[el]l nomen iuris de la imputación compete a la fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las*

---

<sup>6</sup> Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...)"

*observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.*

*[...] La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales.*

*Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.*

*La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor" (S.P. de la C.S.J, 11 dic. 2018, Rad. 52311).*

Bajo los anteriores lineamientos es claro que el órgano de instrucción criminal no requiere presentar un documento otorgado por la defensa, el procesado y/o la representación de víctimas, para adecuar jurídicamente la

conducta punible formulada en la audiencia de imputación, como sucedió en este caso.

En efecto se presentó un acta suscrita por la defensa, el imputado, el representante de víctimas y el fiscal que enunciaba la aceptación de cargos del implicado por el delito de injuria por vías de hecho, una vez el fiscal adecuara la conducta a ese tipo penal y con el compromiso de solicitar al juez la dosificación de la pena privativa de la libertad en 16 meses.

La calificación jurídica comunicada en la imputación es provisional y por lo tanto, durante el acto de formulación de acusación puede modificarse aún si no lo hizo en el escrito de acusación<sup>7</sup>, dentro del traslado del artículo 355 del C.P.P. Incluso también es posible hacerlo en la fase de alegatos finales del art. 443 ibídem.

En el caso bajo estudio, pese a las confusiones originadas por la suscripción e introducción al plenario del acto comentado que además se titulaba “preacuerdo”, la fiscalía fue clara al enunciarle al juez de conocimiento y a las partes en la audiencia de formulación de acusación del 20 de junio de 2018, que se trataba de un acto de parte y no de un preacuerdo.

Concretamente en diferentes oportunidades dijo:

*“Desde el análisis y estudio que se hizo de los hechos y la situación procesal del señor Ciro Antonio Vergara Ovalle tanto la defensa como el representante de víctimas y esta fiscalía han observado que aquí es posible hacer una variación de la conducta punible que se viene investigando a Vergara. En ese sentido su señoría procedemos a dar a conocer a usted para su análisis y respectiva aprobación, si es el caso.*

---

<sup>7</sup> S.P de la C.S.J., 28 may. 2014, rad. 42357.

*Esta decisión se realizó en el formato de acta de preacuerdo en relación a que la fiscalía para estos eventos no ha elaborado el respectivo formato (...) " De esta manera su señoría dejó socializado la situación de variación de la conducta punible a favor del señor Ciro Antonio Vergara Ovalle"<sup>8</sup>*

Del registro audiovisual esta Corporación avizora que la fiscalía expresamente indicó al juez que no era un preacuerdo sino una variación de la conducta punible, como se muestra a continuación:

*"Juez: el juzgado debe solicitar respetuosamente una aclaración por parte de la Fiscalía si es que se trata de una variación de la calificación adicionalmente a la variación de la naturaleza de la audiencia que era una de acusación"<sup>9</sup>*

*La fiscalía contestó<sup>10</sup>: su señoría como se ha venido pronunciando la Corte en distintas oportunidades referente a esta clase de conductas donde ha determinado jurisprudencialmente se trata de hechos injuriosos contra las víctimas, la fiscalía con fundamento en ello ha realizado una variación de la conducta punible realizada por Ciro Antonio Vergara Ovalle.*

*Juez: ¿Y no hay preacuerdo?<sup>11</sup>*

*Fiscal<sup>12</sup>: precisamente dentro del documento él acepta los cargos por injuria por vías de hecho. Su señoría aquí no hay que hablar tanto de preacuerdo porque acordémonos que la Ley 1098 prohíbe los*

---

<sup>8</sup> Record: 13:22

<sup>9</sup> Record: 15:45

<sup>10</sup> Record:16:18

<sup>11</sup> Record:16:47

<sup>12</sup> Record: 16:49

*preacuerdos con las víctimas menores de edad. Lo que estamos haciendo aquí es variación de la conducta punible con aceptación de cargos sobre la nueva conducta señalada.*

*Juez: ¿es decir hay allanamiento?*

*Fiscalía: allanamiento de esos cargos*

Además llama la atención de esta Sala que el juez a quo no enunció los móviles para instalar una audiencia de verificación de preacuerdo el 4 de diciembre de 2018, cuando nunca se configuró ese instituto procesal, en lugar de proceder con la verificación de los requisitos para dictar sentencia anticipada debido a la aceptación unilateral de cargos, máxime cuando en la vista pública del 20 de junio de 2018 ratificó que se trataba de un allanamiento y procedió a dar aplicación al artículo 293 del C. de P. de P, como se observa aconteció:

*“Juez<sup>13</sup>: con la indicación de que hay una variación de la calificación jurídica y que también hay según lo entiendo una variación de la naturaleza de audiencia que es verificación o de individualización de pena y sentencia porque está aceptando los cargos a través de allanamiento el señor *Ciro Antonio Vergara Ovalle*. El despacho le va hacer al señor *Ciro Antonio Vergara Ovalle* la advertencia que está renunciando a una serie de derechos como la no autoincriminación y la realización de un juicio público donde tenga usted intervención, donde usted pueda participar con las pruebas. Por ese motivo el despacho le interroga sobre si entiende a qué clase de derechos está renunciando.*”

---

<sup>13</sup> Record 17:24

*Imputado<sup>14</sup>: si entiendo que yo acepto los cargos y que renuncio a un juicio.*

*Juez<sup>15</sup>: Usted entiende que con esta manifestación de allanamiento mmm, claro que hay una situación el formato. Estamos nosotros supeditados a que se presente. El formato dice que es un preacuerdo.*

*Defensa: Señor juez cuando el fiscal empezaba su intervención nos dice que la fiscalía no ha desarrollado un formato especial para esta variación de la acusación que se iba hacer y que por eso viene con ese título pero que se entiende que es una variación de la calificación jurídica de la conducta para que pase de ser de actos sexuales abusivos con menor incapaz de resistir a un delito de injuria por vías de hecho.*

*Juez: entonces esperamos que la manifestación de allanamiento por del señor Ciro Antonio Vergara Ovalle sobre este particular escucha este estrado.*

*Imputado: si acepto los cargos.*

*Juez: usted escuchó los cargos que le formuló la fiscalía en está audiencia.*

*Imputado: escuché que por actos sexuales y me lo dejaron en injuria por vías de hecho.*

*Juez: ¿los entendió?*

*Imputado: Sí.*

---

<sup>14</sup> Record 19 11

<sup>15</sup> Record 19:28

*Juez: ¿admite haber cometido este punible? ¿Acepta haberlos cometido o no?*

*Imputado: Si los acepto.*

*Juez: ¿usted sabe las consecuencias que lleva a esa aceptación? ¿Qué lleva a una sanción penal? ¿Usted lo entiende y la acepta?*

*Imputado: sí, de 16 meses.*

*Juez: ¿acepta esa consecuencia además?*

*Imputado: Sí, de 16 meses no más.*

*(...)”*

Por lo tanto, esta Sala revocará la decisión proferida el 4 de diciembre de 2018 por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa que negó la aprobación de un preacuerdo inexistente y ordenará dar trámite a lo señalado en los artículo 293 y 447 del Código de Procedimiento Penal, esto es convocar audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Comentario final.

Ante la ausencia de un escenario que habilite al juez de conocimiento para realizar un control judicial sobre el acto de acusación so pena de afectar su imparcialidad y desconocer el principio adversarial acogido por este sistema procesal de tendencia acusatoria, esta Corporación debe advertir que la imputación fáctica y jurídica que realice la fiscalía debe ser el resultado de un estudio acucioso de la normatividad y la valoración de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida.

De lo contrario, el incumplimiento a esta responsabilidad debe dar lugar a sanciones penales y disciplinarias dada la trascendencia en la protección a la víctima y la sociedad, cuando se malogra la administración justicia por errores en la acusación, sea porque es incompleta o es el efecto del capricho y arbitrio del funcionario delegado por la fiscalía.

Por lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Penal

## RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la providencia impugnada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se ordena convocar audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

SEGUNDO. Oportunamente regresen las diligencias al juzgado de origen para que proceda de conformidad.

Quedan las partes notificadas por estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ  
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ  
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ  
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ  
Secretario