El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Sentencia - 25 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66400600006420130010100 01

Procesado: Rodrigo Antonio Vergara Toro

Delito: Violencia Intrafamiliar

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema: APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMER GRADO / ALLANAMIENTO UNILATERAL / EFECTOS PROBATORIOS / SE CONFIRMA / “**Sin embargo se debe aclarar, retomando los términos de la decisión antes citada, que en este caso se puede plantear que la defensa en sentido estricto no planteó una retractación del acusado sobre su aceptación de cargos, sino que alegó en su recurso la existencia de una discordancia entre el contexto fáctico del caso y la imputación jurídica contenida en la sentencia, lo que habilitaba al representante del procesado para recurrir la sentencia de primera instancia,…

En el caso sub examen, se encuentra acreditado que como consecuencia de su allanamiento a cargos, el señor Rodrigo Antonio Vergara Toro renunció al derecho de tener un juicio oral, público, concentrado y con inmediación de la prueba, dentro del cual de habrían podido practicar las pruebas que la defensa hubiera considerado pertinentes para acreditar que en su caso se configuraba una conducta punible diversa a la que aceptó, y por ello considera esta Sala que en ocasión al principio de preclusión de los actos procesales, al haberse decidido - aunque no de la manera más ortodoxa – en la audiencia de individualización de pena y sentencia, que la conducta se tipificaba bajo el nomen iuris aceptado por el acusado, esto es, bajo la descripción típica del injusto de violencia intrafamiliar, finalmente la sentencia de primera instancia resultó conforme con la aceptación de cargos que hizo el procesado, que comportaba no solamente la imputación fáctica, sino la imputación jurídica que se le hizo en la audiencia preliminar, que resultó corroborada con la manifestación que hizo la víctima en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

Por lo anterior, fue acertada la decisión del juez promiscuo municipal de La Virginia en el sentido emitir sentencia de carácter condenatorio en contra del señor Rodrigo Antonio Vergara Toro, con base en el aceptación de cargos realizada en la audiencia preliminar de formulación de imputación, por lo que se confirmará el fallo de primer grado.”

**Citación jurisprudencial**: CSJ SP del 16 de mayo de 2007, radicado 26716. /

-----------------------------------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA PENAL

M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1091 del veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Acta Nro. 1091

Hora: 8:30 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66400600006420130010100 01 |
| Acusado  | Rodrigo Antonio Vergara Toro |
| Delitos | Violencia Intrafamiliar  |
| Juzgado de conocimiento  | Juzgado Promiscuo Municipal, La Virginia, Risaralda |
| Asunto a decidir  | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de la Virginia, Risaralda, mediante la cual se condenó al señor Rodrigo Antonio Vergara Toro por el delito de Violencia Intrafamiliar.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el acta de la audiencia de formulación de imputación[[1]](#footnote-1), que se celebró el 17 de enero de 2013, el delegado de la FGN hizo una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, indicando que el día 16 de enero del año 2013, a las 16:50 horas en la plaza de mercado del municipio de La Virginia, fue capturado el señor Rodrigo Antonio Vergara Toro, cuando golpeaba a su compañera. Por lo tanto se le imputó la conducta punible de violencia intrafamiliar (artículo 229 del CP).

En el mismo documento se certifica que el señor Vergara Toro aceptó los cargos por el delito en mención y que seguidamente fue dejado en libertad, ya que la FGN no solicitó que se le impusiera medida de aseguramiento.

2.3 Luego de sucesivos aplazamientos, el 12 de febrero de 2014 se dio inicio a la audiencia de individualización de pena y sentencia. Según el acta levantada en esa oportunidad[[2]](#footnote-2), se presentaron las siguientes actuaciones relevantes:

* La delegada de la FGN hizo referencia a la imputación jurídica que se le hizo al señor Vergara Toro en la audiencia preliminar, en los términos indicados en el acápite anterior y a la aceptación de cargos por parte del indiciado, por el *contra jus* de violencia intrafamiliar (artículo 229 CP).
* Según el acta levantada en esa fecha, el mismo defensor que asistió al procesado en las audiencias preliminares, expuso lo siguiente:

*“La defensa manifiesta, que la aceptación de cargos hecha por su prohijado el día de la imputación, estuvo acorde a lo narrado por la Delegada de la Fiscalía, pero indica, que no existía una prueba concluyente que indicaran que vivían bajo el mismo techo y es por eso que solicita, se estudie esta circunstancia, para que Rodrigo Antonio Vergara Toro, no se vea afectado en su libertad. Finalmente indica, que pretende que la nueva fiscal se ponga en contacto con la Fiscal saliente y profundice la circunstancia que pone en evidencia, si realmente el hecho de la convivencia existió o era una prueba de amor, como para que esto configurara una relación de pareja, y solicita se suspenda esta audiencia para tal fin.”*

* La delegada de la FGN manifestó que con base en la solicitud del defensor y la pena fijada para el delito investigado, consideraba viable *“el beneficio que se debiera tener con el imputado”*, teniendo en cuenta que no había certeza de que hubiera convivido con la afectada y coadyuvó la solicitud del representante del acusado, solicitando un término de 15 días para esclarecer esa situación.

En ese orden de ideas la juez de conocimiento decidió lo siguiente:

*“(…)*

*… considera el defensor que en el caso del señor Rodrigo Antonio Vergara Toro, no se podría estructurar el delito de Violencia Intrafamiliar, ya que se tiene serios indicios de que el imputado no convivía con la víctima y mal haría el despacho en que se adelante una audiencia de Control de Aceptación de Cargos, cuando en el parágrafo del artículo 293, que fue modificado por la Ley 1453/11, se indica claramente que la retractación por parte de los imputados que aceptan cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre que se vicio su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales, situación que desconoce el despacho y que debe recurrir a la condición que resulte más beneficiosa para el imputado, en aplicación al principio\Pro Homine, y es por eso que ACCEDE a lo solicitado por la defensa y soliera a la Fiscalía y a la Defensa a que se comprometan a esclarecer los hechos se pueda ejercer una verdadera justicia en este caso…”*

2.4 El 5 de marzo de 2014 se anexó un escrito por parte de la señora Ana Yivy Gutiérrez Peláez ,en el cual manifestó lo siguiente: *“1) que ya no convivía bajo el mismo techo con el acusado Rodrigo Antonio Vergara Toro; 2) que hacía muy poco nos conocíamos, sólo tres meses de tener una amistad amorosa cuando lo denuncié por maltrato; 3) que desde ese incidente ya no nos vemos ni tenemos relaciones amorosas y desconozco el lugar de residencia, domicilio o trabajo del señor Rodrigo Antonio Vergara Toro; 4) Que por las lesiones que me produjo estoy dispuesta a llegar a un arreglo conciliatorio con Rodrigo Antonio Vergara Toro”. [[3]](#footnote-3)*

2.5 De acuerdo al acta de la audiencia de individualización de pena y sentencia, que se celebró el 15 de mayo de 2014: i) el defensor del acusado solicitó que se declarara la nulidad de la actuación, ya que se debió haber investigado un delito de lesiones personales y no el de violencia intrafamiliar; ii) se interrogó a la víctima Ana Yivy Gutiérrez Peláez, quien hizo un recuento de su vida en pareja con el acusado; manifestó que convivían y que tanto era así, que el señor Vergara se había llevado algunos enseres domésticos; que él cancelaba el valor del arrendamiento del cuarto que ocupaban; se llevó su ropa y que se iba a trabajar en semana, regresando el fin de semana al lugar donde residían.

Conforme al mismo documento, el juez de conocimiento no accedió a la declaratoria de nulidad solicitada, por considerar que si se había presentado la conducta descrita en el artículo 229 del C.P., ya que la víctima y el acusado tenían una vida en común como compañeros permanentes y no se advertía la existencia de alguna causal de nulidad derivada de la aceptación de cargos que hizo el procesado. No se interpuso ningún recurso frente a esta determinación.

Seguidamente la delegada de la FGN exhibió unos EMP sobre el diagnóstico de las lesiones sufridas por la víctima y documentos relativos a la identidad y arraigo del acusado y solicitó que se dictara sentencia condenatoria conforme a los cargos aceptados por el procesado.

Por su parte la defensa pidió que se le concediera al incriminado la “detención domiciliaria” (sic) en su lugar de residencia, con base en el monto de la pena a imponer; su oficio como agricultor y el hecho de que en su caso no se podían aplicar las disposiciones de la ley 1709 de 2013 (sic).[[4]](#footnote-4)

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de Rodrigo Antonio Vergara Toro identificado con C.C. 70.853.599 de Támesis, Antioquia, nacido el 3 de mayo de 1969 , es hijo de ´Ángela y Jesús María, domiciliado en Carrera 4 Nº 9- 50 Barrio la playa, la Virginia, de ocupación agricultor.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

4.1 El juez de conocimiento sustentó el fallo condenatorio[[5]](#footnote-5) con base en los siguientes argumentos:

* El 16 de enero de 2013, a eso de las 16.50 horas en la plaza de mercado de La Virginia se presentó un caso de violencia doméstica, protagonizado por el señor Vergara Toro, quien agredió físicamente a su compañera Ana Yivy Gutiérrez Peláez, causándole lesiones.
* El señor Vergara fue capturado en flagrancia, actuación que fue validada por el juez con función de control de garantías que conoció del caso.

* En la audiencia preliminar se le formuló imputación por el delito de violencia intrafamiliar, cargo que aceptó.
* El acusado fue señalado de manera directa por su compañera permanente, y por los agentes que le dieron captura, de ser el autor de la conducta punible investigada. A su vez, con el material probatorio allegado por la FGN, se comprobaron esas circunstancias.
* El análisis de los EMP presentados por la FGN aunados al allanamiento a cargos que hizo el imputado, permitían considerar al señor Vergara Toro como el responsable de la conducta de violencia intrafamiliar (artículo 229 CP), modificado por el artículo 33 de la ley 1142 del 28 de junio de 2007;con lo cual se vulneró el bien jurídico de la unidad familiar, sin que se advierta la existencia de alguna causal de justificación de esa conducta, que fue cometida con conocimiento y voluntad de realización.

4.2 La juez de conocimiento efectuó el ejercicio de dosificación punitiva. Para el efecto tuvo en cuenta la pena básica establecida para el delito descrito en el artículo 229 del C.P. (48 a 96 meses), que fue incrementada con base en la causal prevista en el inciso 2º de esa norma, ya que el acto de violencia recayó sobre una mujer.

Luego de fijar los cuartos de pena (de 72 a 168 meses), decidió partir del mínimo del primer cuarto (72 meses),con base en los criterios fijados por el inciso 3º del artículo 61 del CP. Seguidamente hizo la detracción punitiva del 12.5% derivada del allanamiento a cargos del procesado y fijó una pena definitiva de 63 meses de prisión. Se impuso como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo.

En lo relativo a la concesión de subrogados, se negó la condena de ejecución condicional, ya que se superaba el límite objetivo del artículo 63 del CP, modificado por las disposiciones de la ley 1709 de 2014 (artículo 29).

Sobre la prisión domiciliaria se dijo que la pena mínima para la infracción era de 72 meses, por lo cual no resultaba aplicable al caso el artículo 38, numeral 1º del C.P.

Además se manifestó que el artículo 68 A del C.P. adicionado entre otras disposiciones por el artículo 32 de misma ley 1709 de 2014, no permitía la concesión de este beneficio para el *contra jus* de violencia intrafamiliar.

Por lo tanto se libró orden de captura para que el procesado cumpliera la pena impuesta.

La sentencia fue recurrida por el defensor del acusado.

5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

5.1 Defensor (recurrente)

Solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

* La señora Ana Yivy Gutiérrez Peláez suministró los elementos de juicio para desvirtuar la existencia del delito de violencia intrafamiliar, ya que expuso personalmente y mediante un escrito dirigido a la juez de conocimiento que: i) no convivía con el acusado bajo el mismo techo; ii) que sólo se conocían hacia tres meses, llevando una amistad cercana, que se rompió definitivamente luego de la agresión que sufrió; y iii) que había sufrido unas lesiones dolosas, por lo cual pedía la reparación del daño.
* Rodrigo Antonio Vergara Toro trabajaba como agricultor, y terminada la jornada de trabajo, iba a visitar a su amiga Ana Yivy Gutiérrez, provocando encuentros amorosos. Sin embargo, una amistad íntima, no corresponde a un núcleo familiar, ya que no se dan los elementos de una pareja unida en el tiempo.
* El acusado como “*hombre macho iletrado*” se creyó “*dueño de la mujer que le corresponde*” y la atacó motivado por los celos. Luego se alejó para siempre, es decir que no ejerció actos de violencia contra su esposa o su compañera, sino sobre su amante. Por ello la afectada solamente reclama la indemnización por los perjuicios, petición a la que el procesado accede.
* En consecuencia, lo que se presentó fue una agresión entre un hombre y una mujer, que eran amantes ocasionales, causándose unas lesiones a la víctima de los hechos.
* La FGN interpretó los hechos como un episodio de violencia intrafamiliar, criterio que fue acogido en la sentencia. Por su parte la observa que el hecho corresponde a un delito de lesiones personales. Con base en esa disparidad de criterios, solicita la revocatoria del fallo de primer grado.

5.2 La delegada de la FGN no intervino como no recurrente.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver

6.2.1 De conformidad con la argumentación del censor, el problema jurídico se centra en decidir si resulta procedente revocar la sentencia de condena que se impuso al señor Rodrigo Antonio Vergara Toro, quien se allanó a cargos por el delito de violencia intrafamiliar, en la audiencia preliminar efectuada el 17 de enero de 2013 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Balboa con Funciones de Control de Garantías, ya que el defensor del acusado considera que en virtud de manifestaciones posteriores de la víctima de los hechos, se desdibuja la existencia de una relación de convivencia o de orden familiar entre el acusado y la señora Ana Yivy Gutiérre, por lo cual plantea la existencia de un error en el juicio de subsunción de la conducta investigada, que en su criterio corresponde a un delito de lesiones personales y no a la conducta descrita en el artículo 229 del C.P. por la cual fue sentenciado su representado.

6.2.2 Para dar respuesta al problema jurídico planteado, hay que manifestar inicialmente que el artículo 351 del C. de P.P., dispone lo siguiente en su primer inciso: *“La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.”.*

Por su parte el artículo 293 del mismo estatuto dispone: *“Si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía, acepta la imputación se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.*

*Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y se convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.”*

6.2.3 En atención al principio de necesidad de prueba establecido en los artículos 372 y 381 del CPP, es necesario manifestar que se escuchó el registro de la mencionada audiencia preliminar, celebrada el 17 de enero de 2013 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Balboa (R) con Función de Control de Garantías, y se comprobó que: i) el juez que presidía el acto le preguntó al señor Vergara Toro si le quedaban claras las consecuencias, alcances y beneficios en caso de aceptar la imputación por la conducta de violencia intrafamiliar a lo cual respondió el imputado que aceptaba los cargos presentados por la FGN, de manera libre y voluntaria; ii) que se le informó al acusado como consecuencia de su conformidad con los cargos se iba a dictar una sentencia condenatoria en su contra y que su aceptación era irretractable; y iii) se dejó constancia de que la conducta que aceptó el acusado fue la violencia intrafamiliar contra la señora Ana Yivy Gutiérrez Peláez.[[6]](#footnote-6)

6.2.4 El examen de esa parte del registro de la citada audiencia, y del acta levantada en esa oportunidad, demuestra claramente que el señor Vergara Toro aceptó de manera libre y voluntaria el cargo que se le formuló en ese acto procesal por el delito descrito en el artículo 229 del COP, siendo asistido por el mismo defensor que ahora funge como recurrente.

6.3 Es necesario manifestar inicialmente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 293 del C.P.P. la actuación cumplida en la audiencia preliminar se debe entender como un escrito de acusación,[[7]](#footnote-7) en virtud del allanamiento a cargos del procesado, según la jurisprudencia pertinente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.[[8]](#footnote-8) Motivo por el cual lo procedente era convocar para la audiencia de IPS que finalmente se realizó el 15 de mayo de 2014.

Según el acta de esa audiencia[[9]](#footnote-9), la señora Ana Yivy Gutiérrez Peláez hizo un recuento de su vida en pareja con el acusado; dijo que era cierto que vivían juntos; que el señor Vergara cancelaba el valor del cuarto que ocupaban y que se iba a trabajar en semana y regresaba el fin de semana al lugar donde residían.

Seguidamente la juez de conocimiento denegó una solicitud de nulidad planteada por el defensor del procesado por error en el *nomen iuris* de la conducta investigada, quien consideraba que se trataba de un delito de lesiones personales y expuso por el contrario que la conducta se debía subsumir en el artículo 229 del CP, ya que el acusado y la víctima hacían vida en común como compañeros permanentes. Esa decisión quedó en firme.

6.4 En este caso específico hay que aclarar que el defensor del procesado no formuló específicamente una solicitud de retractación de la aceptación de cargos que hizo su representado en la audiencia preliminar, sino que formuló una solicitud de nulidad, en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, a efectos por considerar que la conducta del procesado se adecuaba a algunos de los tipos sancionatorios del delito de lesiones personales (sin precisar de cuál se trataba).

Por ello el recurso propuesto no puede abordarse desde la perspectiva de una apostasía frente al allanamiento a cargos que hizo el señor Vergara Toro por el delito de violencia intrafamiliar, sino que se debe examinar lo planteado por el defensor del acusado sobre el error en el juicio de adecuación típica de la conducta que aceptó el procesado, ya que en su criterio la víctima no hacía parte del “núcleo familiar” del acusado pues no existía una relación de convivencia entre el procesado y la señora Ana Yivy Gutiérrez Peláez, sino que se trataba de dos personas que tenían amoríos y que como consecuencia de los celos sobrevino la lesión que le propinó el señor Vergara a la afectada .

6.5 En ese orden de ideas hay que definir entonces los efectos del allanamiento a cargos del procesado por el delito de violencia intrafamiliar, que fue precisamente la conducta que se definió mediante providencia en firme en la audiencia de individualización de pena y sentencia, al resolver la solicitud de nulidad formulada por el defensor por el presunto error en la denominación jurídica de la conducta atribuida al procesado.

6.5.1 En ese sentido hay que plantear inicialmente que en este caso se llegó a una terminación anticipada del proceso como consecuencia del ejercicio por parte del señor Vergara de la facultad de allanarse a los cargos, que es una potestad exclusiva del imputado, conforme a los literales a), b), k), y j) del artículo 8o del C. de P.P.

Para el efecto se debe tener en cuenta que el artículo 131 de la ley 906 de 2004, dispone claramente que: *“si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”.*

Debe decirse que los requisitos previstos en la norma antes citada se cumplieron en la audiencia preliminar en lo relativo al avenimiento a cargos por parte del procesado, ya que no existe ninguna evidencia que demuestre la violación de las garantías fundamentales del señor Vergara Toro en ese acto, donde estuvo asistido por el mismo defensor que ahora funge como recurrente, por lo cual no se pueden desconocer sus efectos procesales, con el pretexto de aducir un error en el juicio de adecuación entre conducta y norma, ya que se supone que en un estado normal de cosas, el representante del acusado debió haber advertido en la audiencia preliminar que la conducta aceptada por su representado no había sido tipificada debidamente por la FGN.

6.6 En consecuencia, hay que precisar que conforme a la argumentación del recurrente, su disconformidad con el fallo se centra en el hecho de no compartir el juicio de subsunción de la conducta que su representado aceptó en la audiencia preliminar ( violencia intrafamiliar ) , por la cual resultó sentenciado.

6.7 En ese orden de ideas hay que manifestar que de acuerdo a la jurisprudencia puntual de la SP de la CSJ, la audiencia de individualización de pena y sentencia, no fue estatuida para variar los extremos punitivos ni el juicio de tipicidad de la conducta investigada, tal como se expuso en CSJ SP del 29 de julio de 2008, radicado 29788 así:

“(…)

*La Corte en pasada oportunidad ya había establecido que las intervenciones de las partes en la audiencia de individualización de la pena, sirven de fundamento para que el juez gradúe dentro de un ámbito punitivo que respete el principio de legalidad, la sanción a imponer. Dijo en aquella ocasión[[10]](#footnote-10):*

*“En efecto, entre la acusación y la sentencia, entre ésta y los cargos aceptados, luego de aceptado el acuerdo, deviene la audiencia para la individualización de la pena en los términos del artículo 61 del código penal, de modo que ese esquema debe respetarse por el recurrente a la hora de postular los cargos.*

*“Así, cuando el artículo 447 de la ley 906 de 2004, señala que “si se aceptare el acuerdo celebrado con la fiscalía”, el juez le concederá la palabra para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden”, se refiere a circunstancias que le permitan al juez graduar la pena en los términos del artículo 61 del código penal y no a aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno diferente, en perjuicio del mismo acuerdo”[[11]](#footnote-11)*. (Subrayas fuera del texto original)

De igual modo en CSJ SP del 16 de mayo de 2007, radicado 26716, se precisó que la audiencia de IPS no fue establecida para debatir temas relacionados con la responsabilidad del procesado, bien sea que se hubiera arribado a esa fase procesal luego de que se anunciara un sentido de fallo condenatorio al finalizar el debate probatorio luego de un juicio plenario, o porque se hubiera acudido a un mecanismo de terminación anticipada del proceso como ocurrió en este caso. En el precedente en mención se expuso lo siguiente:

*“Para empezar, conviene reseñar que el citado artículo 447 del Código de Procedimiento Penal de 2004, establece en sus dos primeros incisos:*

*“Individualización de la pena y sentencia. Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideran conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.*

*Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición”.*

*(.. .)*

*En ambos casos se parte de la base de que en contra del sujeto pasivo de la acción penal se dictará sentencia condenatoria, bien porque fue vencido en el juicio oral, anuncio que hace el juez tras sopesar la prueba allegada en dicho acto y los argumentos de cierre de las partes e intervinientes, ora porque aceptó su responsabilidad en los hechos, materializada en el allanamiento o en un acuerdo que celebró con el ente instructor, aprobado por el juzgador luego de verificar, junto con la aceptación voluntaria, libre, espontánea y con cabal asesoría del defensor, que hay un mínimo de prueba a partir del cual inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327 Ib.), y que lo pactado discurre por caminos de legalidad.*

*De allí entonces que la prueba que se tabula en el juicio oral, apunta única y exclusivamente a determinar la responsabilidad o no del acusado en los sucesos por los cuales fue convocado al juicio, mientras que el fundamento probatorio que conlleva a avalar el allanamiento o acuerdo y emitir el subsiguiente fallo condenatorio, radica en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes aportados por la Fiscalía, sin que pueda denominárseles “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público -del cual se prescinde en estos casos-, con total respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.*

*Es por lo anterior que el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a la definición de la ya decantada responsabilidad, que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de adoptar su decisión de condena, los cuales tocan con la “probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado” (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las “condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”.*

*Ese es precisamente el objeto de la diligencia que regula el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal de 2004, etapa procesal que es de obligatoria observancia –con la excepción que remite al hecho de contener el acuerdo o preacuerdo una manifestación concreta del monto de pena aplicable y concesión de algún subrogado, dado que ello agota el objeto de la tramitación, tornándola completamente innecesaria, en ambas oportunidades, por hacer parte estructural del procedimiento del sistema acusatorio oral.*

*Y si aquél es el objeto específico, expresamente delimitado por la norma, lo dicho quiere significar que la diligencia contemplada en el artículo 447 en cita, no es una nueva oportunidad que tienen las partes para referirse al tópico de responsabilidad y los que le son consustanciales, si en cuenta se tiene que desde el momento mismo de anunciar el sentido del fallo, en tratándose del procedimiento ordinario, el juez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, ya ha definido con suficiencia este tema, dada la exigencia legal de que la decisión “será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación”; y si se trata de allanamiento o acuerdo previamente aprobados, la condena versará por el delito aceptado, el cual debe constar con total claridad en el escrito de acusación que se ha presentado ante el funcionario de conocimiento.*

*(…)*

*Los aspectos personales, familiares y sociales a los que se puedan referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia, servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción -entendido que ya anteriormente, gracias a lo decidido en el anuncio del sentido del fallo, la verificación del allanamiento o la aprobación del acuerdo, se establecieron los criterios objetivos necesarios para determinar los límites punitivos y el específico cuarto que a este corresponde- o para determinar formas de cumplimiento de la misma o bien para la cuantificación individualizada de la pena pecuniaria, respecto de la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargas familiares del condenado (artículo 30 de la Ley 599 de 2000), o para la imposición de penas accesorias, y principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad.*

*Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7° art. 32 C.P.), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P)…”.* (Subrayas fuera del texto original).

6.8 Con base en lo expuesto en precedencia, se advierte que la solicitud de nulidad planteada por la defensa en la audiencia dispuesta por el artículo 447 del CPP, resultaba improcedente, ya que como se expuso anteriormente estaba dirigida a plantear una discusión sobre el juicio de subsunción de la conducta que aceptó el incriminado en la audiencia preliminar, que resultaba ajena a los fines de la audiencia de IPS, siguiendo los precedentes antes citados.

6.9 A su vez debe decirse que en el caso *sub examen,* se contaba con suficientes elementos de juicio para subsumir la conducta investigada en el tipo de violencia intrafamiliar, pese a que la señora Ana Yivy Gutiérrez Peláez hizo llegar al despacho de conocimiento un memorial recibido el 5 de marzo de 2014, donde expuso que: *“no convivía bajo el mismo techo con RODRIGO ANTONIO VERGARA TORO…que hacía muy poco que nos conocíamos sólo tres meses de tener una amistad amorosa cuando lo denuncié por maltrato…”.*

Para el efecto se debe tener en cuenta que en la audiencia de individualización de pena y sentencia, que se realizó el 15 de mayo de 2014, y luego de que la fiscal hiciera un relato de los hechos que motivaron la aprehensión del acusado, la citada funcionaria dio lectura a una entrevista tomada a la víctima el 20 de febrero de 2014, donde la señora Gutiérrez manifestó que había convivido con el acusado cerca de dos meses y “*hasta lo* *sucedido*”, manifestando que “Antonio” la había agredido por motivos de celos, con el dueño de la casa donde vivían.[[12]](#footnote-12).

El defensor insistió en que el acusado y la víctima no formaban una pareja permanente, por lo cual no existía el “núcleo familiar” a que se refiere el artículo 229 del C.P., fuera de que la señora Gutiérrez había manifestado en un escrito dirigido al despacho que no convivía con el acusado y que luego del incidente había terminado su relación, por lo cual la conducta que se tipificaba eran unas lesiones personales dolosas. En consecuencia pidió que se decretara la nulidad de lo actuado en la audiencia preliminar, para que se corrigiera la imputación jurídica.

Seguidamente la citada dama fue interrogada por el juez de conocimiento[[13]](#footnote-13) , y según el registro respectivo dijo que el señor Vergara le había manifestado que era una persona sin familia cuando “*llegaron a la unión de convivencia”* y necesitaba una mujer que lo aceptara; se refirió al escrito que presentó ante el despacho y aclaró que el acusado le había dicho que consiguiera un cuarto y que él lo pagaba; que Rodrigo Antonio se iba a trabajar en semana y regresaba el fin de semana; dijo que *“a mi parecer conviví con él*”, y que existió ese ánimo, ya que le dejaba dinero para su sostenimiento y llevó varios enseres domésticos y su ropa al cuarto que ocupaban; que el acusado la había lesionado por celos con el dueño de la casa donde residían y que solicitaba el pago de una indemnización por parte del procesado para evitar que fuera detenido.

A continuación el *A quo* estimó que no se había presentado ninguna vulneración de derechos del procesado durante la audiencia preliminar en la cual aceptó cargos por el *contra jus* de violencia intrafamiliar, ya que se contaba con pruebas de la relación de convivencia entre el acusado y la señora Gutiérrez y del ánimo de constituir un núcleo familiar, además con apoyo en la normatividad pertinente y referentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la SP de la CSJ, consideró que la conducta atribuida al procesado había sido debidamente tipificada en la audiencia preliminar, por la violación del artículo 229 del C.P., por lo cual no decretó la nulidad solicitada.

6.10 Lo anterior significa que quedó vigente la actuación cumplida en esa diligencia, es decir, la presentación de cargos al acusado por el delito de violencia intrafamiliar y el acto de allanamiento a la imputación. La decisión no fue recurrida por el defensor del procesado y en consecuencia se continuó con el trámite previsto en el artículo 447 del CPP.

6.11 Esta situación aunada a la aceptación de cargos del acusado, lleva a considerar que se cumplió con el principio de mínima actividad probatoria, frente a las sentencias que se dictan como consecuencia de un allanamiento a cargos, asunto que fue examinado por esta colegiatura en pasada oportunidad, en providencia del 26 de septiembre de 2014, con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque, donde se dijo lo siguiente:

*“(…)*

*Es bien cierto, como lo ha sostenido el Tribunal desde hace ya buen tiempo con asiento en la jurisprudencia nacional, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena.*

*La Corte Constitucional, inicialmente por medio de la Sentencia C-425/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y posteriormente en la SU-1300/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con relación a la anterior figura de la sentencia anticipada, señaló:*

*“El juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable. La aceptación por parte del implicado de ser el autor o partícipe de los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia”.*

*En vigencia del nuevo estatuto contenido en la Ley 906/04, el mismo órgano de cierre constitucional retomó el punto en su Sentencia T-091/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño, para hacer un comparativo entre la sentencia anticipada y el nuevo allanamiento unilateral a cargos, a consecuencia de lo cual se aseveró:*

*“La validez de estas opciones está condicionada, de manera general, a la existencia de prueba sobre la responsabilidad aceptada por el imputado o acusado y a que se preserven las garantías fundamentales.*

*[…]*

*En el nuevo sistema la carga de la prueba radica igualmente en el órgano de investigación penal. La aceptación unilateral de cargos conduce necesariamente a una sentencia condenatoria que debe estar fundada en el “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (Art.7°). De manera que la sentencia condenatoria producida sin agotar el debate público debe contar con el presupuesto relativo a la existencia de evidencia o material probatorio sobre la responsabilidad aceptada del procesado. Mediante la aceptación de los cargos y la evidencia o elementos materiales de prueba, el procesado renuncia a controvertirlos en el juicio”.*

*Es claro por tanto para el Tribunal y así lo ha entendido desde siempre, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena, en cuanto el juez no es un autómata, ni estamos ante un procedimiento mecánico, y el funcionario tiene que apersonarse de la situación a efectos de verificar, por lo menos, que el hecho atribuido sea en realidad típico y que existe una base seria de autoría y responsabilidad en la incriminación; de lo contrario, no podría proferir una declaración de culpabilidad por encima de preclaros preceptos legales y constitucionales.*

*De ese modo, cuando se asegura que el procesado no puede retractarse de lo ya admitido, ello se entiende sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador -imputación fáctica- estén acordes con la adecuación legal del comportamiento -imputación jurídica-.*

*Cabe recordar también, que el juez de control debe estar alerta a la proposición fáctica y jurídica que hace la Fiscalía al momento de comunicar al indiciado la imputación, con el fin de pedir las aclaraciones, complementaciones o correcciones que fueren indispensables, en aras de hacer congruente el cargo y tener un control efectivo sobre la tipificación de la conducta .*

*Ocurre sin embargo, que esa posibilidad en cuanto a la exigencia de prueba para condenar se refiere, tiene también una limitante apenas obvia tratándose de las terminaciones abreviadas del proceso por consenso o por aceptación unilateral, puesto que la defensa no puede entrar a cuestionar los elementos materiales probatorios o evidencias físicas que en forma preliminar ha presentado la Fiscalía como soporte de la imputación.*

*Desde hace ya buen tiempo y de manera pacífica, nuestro Tribunal de Casación dejó sentado como criterio -nos referimos a los pronunciamientos surgidos a partir, que se recuerde, de la sentencia del 08-07-09, radicación 31531-, que la defensa tenía derecho a apelar las sentencias que avalaran los allanamientos a cargos o los preacuerdos y a interponer el recurso de casación, siempre y cuando ello no signifique que las instancias superiores sirvan para que el procesado se retracte de su alegación de culpabilidad. Allí se dijo, que la posibilidad de apelar y de solicitar la casación por parte de la defensa se limita a controvertir la dosificación de la pena, a exigir mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, a controvertir alguna incongruencia entre lo acordado y lo resuelto y, desde luego, a alegar transgresiones a las garantías fundamentales del procesado. Lo cual traduce, que si el defensor sostiene la vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa, no podrá concentrar su censura en cuestiones probatorias, como la omisión en la práctica de pruebas o la violación del derecho de contradicción.*

6.12 Sin embargo se debe aclarar, retomando los términos de la decisión antes citada, que en este caso se puede plantear que la defensa en sentido estricto no planteó una retractación del acusado sobre su aceptación de cargos, sino que alegó en su recurso la existencia de una discordancia entre el contexto fáctico del caso y la imputación jurídica contenida en la sentencia, lo que habilitaba al representante del procesado para recurrir la sentencia de primera instancia, en atención al precedente mencionado así :

“(…)

*De manera, que la aceptación del acuerdo resulta vinculante para la fiscalía, el implicado y el juez, pues este último debe dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales está llamado anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro del juzgamiento ordinario.*

*Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada….”[[14]](#footnote-14).* ( Subrayas fuera del texto original )

La misma corporación igualmente ha expuesto que :

*“Las anteriores limitaciones tienen su fundamento en el hecho que la segunda instancia como la sede extraordinaria de la casación penal en lo que corresponde a la impugnación de sentencias proferidas en vía de terminación anticipada del proceso, no pueden constituirse en espacios de retractación de lo aceptado, motivo por el cual se restringe para aquellos la discusión probatoria, retractación o negación de los cargos que de manera libre y espontánea hubiesen aceptado.*

*Lo anterior no excluye que se puedan desplegar censuras sobre aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre los contenidos de lo consensuado y las conductas derivadas, y desde luego, respecto de la transgresión de garantías fundamentales…..”[[15]](#footnote-15).* ( subrayas fuera del texto original )

6.13 En el caso *sub examen,* se encuentra acreditado que como consecuencia de su allanamiento a cargos, el señor Rodrigo Antonio Vergara Toro renunció al derecho de tener un juicio oral, público, concentrado y con inmediación de la prueba, dentro del cual de habrían podido practicar las pruebas que la defensa hubiera considerado pertinentes para acreditar que en su caso se configuraba una conducta punible diversa a la que aceptó, y por ello considera esta Sala que en ocasión al principio de preclusión de los actos procesales, al haberse decidido - aunque no de la manera más ortodoxa – en la audiencia de individualización de pena y sentencia, que la conducta se tipificaba bajo el *nomen iuris* aceptado por el acusado, esto es, bajo la descripción típica del injusto de violencia intrafamiliar, finalmente la sentencia de primera instancia resultó conforme con la aceptación de cargos que hizo el procesado, que comportaba no solamente la imputación fáctica, sino la imputación jurídica que se le hizo en la audiencia preliminar, que resultó corroborada con la manifestación que hizo la víctima en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

Por lo anterior, fue acertada la decisión del juez promiscuo municipal de La Virginia en el sentido emitir sentencia de carácter condenatorio en contra del señor Rodrigo Antonio Vergara Toro, con base en el aceptación de cargos realizada en la audiencia preliminar de formulación de imputación, por lo que se confirmará el fallo de primer grado.

A su vez se advierte que se comprobó igualmente con el registro de las audiencias preliminares que se adelantaron el 17 de enero de 2013 ante el juzgado único promiscuo municipal de Balboa, que la fiscal le puso de presente al acusado el incremento de pena previsto en el inciso 2º del artículo 229 del CP, deducida del hecho de que la víctima de la conducta de violencia intrafamiliar fue una mujer, luego de lo cual el incriminado manifestó que entendía y se mostraba conforme con el cargo presentado por la FGN por el delito de violencia intrafamiliar.[[16]](#footnote-16)

6.14 Finalmente y en aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, la Sala manifiesta que no se hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al acusado, ni sobre la negativa de concesión de subrogados penales, ya que ese acápite del fallo no fue recurrido por la defensa.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia, del 23 de mayo de 2014, en la cual se condenó al señor Rodrigo Antonio Vergara Toro, como responsable del delito de violencia intrafamiliar con circunstancias de agravación,, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Folios 5 y 6 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 70-71 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 74 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 93 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 95 a 97 vto. [↑](#footnote-ref-5)
6. Lo relativo al allanamiento a cargos del implicado se escucha a partir de H 00:14:40 [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 906 de 2004 Artículo 293 [↑](#footnote-ref-7)
8. C.S.J Sala de C.P. Sentencia del 31 de marzo de 2008 M.P. Alfredo Gómez Quintero [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 93 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver auto del 12 de diciembre de 2005. Radicado. 24.913. [↑](#footnote-ref-10)
11. Auto del 10 de mayo de 2006, Rad. 25389. [↑](#footnote-ref-11)
12. Audiencia del 15 de mayo de 2014 . A partir de H. 00.14.26 [↑](#footnote-ref-12)
13. Audiencia del 15 de mayo de 2014 A partir de H. 00. 23.16 [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticinco (25) de marzo de 2015. AP1505-2015. Radicación # 40439. M. P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de julio ocho (8) de 2009. Rad. # 31531. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [↑](#footnote-ref-15)
16. A partir de H. 00.18.28 [↑](#footnote-ref-16)