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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: NULIDAD PROCESAL / VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CASO EN QUE NO SE VULNERA SI SE LLEGA A CONDENAR POR DELITO DIFERENTE AL DE LA ACUSACIÓN / DELITOS QUERELLABLES / LO ES EL DE LESIONES PERSONALES SIMPLE / NO EL AGRAVADO / SE REVOCA LA NULIDAD DECLARADA.**

… en la actualidad la calificación jurídica que en la acusación se les da a los hechos no es pétrea ni absoluta, sino que por el contrario es de naturaleza provisional y maleable, lo que implica que pueda ser variada por la Judicatura en la sentencia, sin que ello implique una vulneración del principio de la congruencia.

Para que lo anterior pueda suceder, acorde con lo dicho por la Corte, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“El juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes…”.

Por lo tanto, una vez que estén satisfechos dichos requisitos, la Colegiatura puede válidamente proferir una sentencia en la cual es factible declarar la responsabilidad criminal de un Procesado por incurrir en la comisión de un delito diferente de aquel por el cual fue acusado por la Fiscalía…

… de ser cierto que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un delito de lesiones personales agravadas y no de un punible de lesiones personales simples, ello tendría amplias repercusiones en el escenario de los delitos querellables, porque solamente el delito de lesiones personales simples, tipificado en el artículo 112 C.P. se encuentra dentro del listado de reatos de naturaleza querellable consagrado en el numeral 2º del artículo 74 C.P.P. ; lo cual nos quiere decir contrario sensu, que el delito de lesiones personales agravadas no es una conducta punible querellable sino de investigación oficiosa.

Lo anterior se debe a que el punible de lesiones personales agravadas es un reato de naturaleza jurídica diferente del delito de lesiones personales simple, siendo esa la razón por la cual al no encontrarse incluido de manera expresa dentro del listado de reatos querellables, ello quería decir que se está en presencia de un punible de investigación oficiosa. (…)

En suma, al estar en presencia de un delito que no es de naturaleza querellable sino perseguible de oficio, ello nos quiere decir que no era necesario acudir a la conciliación pre procesal como circunstancia de procedibilidad para poder ejercitar la acción penal, y por ende el Juzgado de primer nivel se equivocó al decretar la nulidad procesal con tales argumentos. Y al no existir irregularidad alguna que nulitaria el proceso, el Juzgado A quo, como ya se dijo en párrafos anteriores, no le quedaba otra vía diferente que la de dictar la correspondiente sentencia.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 763 del 30 de agosto de 2019. H: 3:50 p.m.

Pereira, tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 3:03 p.m.

Procesado: JAML

Delito: Tentativa de homicidio agravado

Rad. # 66170 60 00 066 2017 00529 01

Asunto: Resuelve apelación interpuesta en contra de auto que decretó la nulidad del proceso

Tema: Tipos especiales agravados y delitos querellables. Principio de congruencia y variación de la calificación jurídica

Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas

Decisión: Revoca auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los sendos recursos de alzada interpuestos por la Fiscalía General de la Nación (FGN) y el Representante de Víctimas en contra de la decisión proferida el día 26 de julio del año que avanza por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, en virtud del cual, a partir de la audiencia de imputación a cargos, decretó la nulidad del proceso que en ese Despacho se le sigue al encausado **JAML**, por presuntamente haber incurrido en la comisión del delito de tentativa de homicidio agravado.

**ANTECEDENTES:**

Da cuenta el escrito de acusación que en horas de la mañana del día 9 de marzo de 2.017 la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE fue agredida por su cónyuge JAML, del cual se encontraba separada de hecho pues estaba en trámite un proceso de divorcio debido a la pésima relación conyugal que sostenían, quien le propinó varios golpes en su integridad corporal e igualmente la amenazó y atacó con un arma blanca.

Según se adujo en el libelo acusatorio, la agresión tuvo lugar en el preciso momento en el que la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO iba a ingresar a su vivienda ubicada en la calle de Las Aromas, casa número 45 del municipio de Dosquebradas, cuando sorpresivamente fue interceptada por su cónyuge JAML, quien sin mediar palabras procedió a propinarle golpes en el rostro, extremidades inferiores y superiores, y con un cuchillo le causó una herida en el antebrazo izquierdo, mientras le gritaba que la iba a matar y le reprochaba por unas supuestas andanzas casquivanas que tenía con otro hombre.

Como consecuencia de la golpiza que le propinaron el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) le dictaminó a la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO un periodo de incapacidad médico legal definitiva de 35 días sin secuelas médico-legales.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se realizaron el día 28 de mayo de 2018 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, en las cuales se le imputó cargos al señor JAML como presunto autor, a título de dolo, del delito de tentativa de homicidio contemplado en el artículo 103 el Código Penal, agravado acorde con las circunstancias de que trata el numeral 1º del artículo 104 ibídem, por cuanto la víctima fungía como cónyuge del entonces indiciado. De igual manera al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria.
2. El 18 de julio de 2018 la Fiscalía radicó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de ese asunto al Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, ante quien se realizó la audiencia de formulación de la acusación el día 3 de septiembre de 2018, en la que el Ente Fiscal reiteró los cargos endilgados en contra del Procesado JAML en la audiencia de formulación de la imputación.
3. El 26 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se realizó los días 4 de marzo y 2 de abril de 2019, una vez terminada la etapa probatoria y luego de haberse efectuado los alegatos de conclusión se anunció el sentido del fallo en el cual el Juzgado *A quo* señaló que no quedó probado que el delito cometido por el señor JAML hubiese sido el de homicidio agravado, en la modalidad de tentativa, sino que de la actuación se desprendía que el comportamiento enrostrado al Procesado se adecuaba al delito de lesiones personales, por lo que probablemente en la sentencia se iba a declarar una nulidad del proceso.
4. Posteriormente el 26 de junio de 2019 tuvo lugar la vista pública en la cual el Juzgado de primer nivel se ratificó de lo dicho cuando anunció el sentido del fallo en lo que tenía que ver con la variación de la calificación jurídica dada a los hechos, lo que conllevó a que se declarara la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de la imputación. Contra esa decisión, se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía como el Representante de la Víctima, quienes oralmente sustentaron sus sendas alzadas en esa vista pública.
5. Como consecuencia de las decisiones tomadas por el Juzgado de primer nivel, se ordenó la inmediata libertad del procesado JAML, a quien se le había definido la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión interlocutoria tomada por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas el 26 de julio del año que avanza, en la cual se procedió a decretar la nulidad de la actuación procesal surtida en el presente asunto a partir de la audiencia de imputación celebrada el 28 de mayo de 2018 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías.

Para llegar a esa determinación, el Juzgado *A quo* adujo lo siguiente:

* No existía duda alguna de la relación conyugal habida entre el señor JAML y la señora SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE, quienes contrajeron nupcias en el año de 1998, pero como consecuencia de una serie de conflictos de convivencia, de los cuales llevaba la peor parte la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO, se encontraban separados de cuerpos para la fecha de la ocurrencia de los hechos.
* Estaba plenamente demostrado que en efecto la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE fue víctima de una agresión perpetrada por el Sr. JAML, quien la abordó violentamente el 9 de marzo de 2017 en el preciso momento en el que Ella iba a ingresar a su domicilio, propinándole golpes en el rostro, extremidades inferiores y superiores, y con un cuchillo le hizo lances en el cuerpo causándole heridas en el brazo izquierdo.
* De los medios de conocimiento aducidos al proceso, se generaban dudas respecto de si la intención del Procesado, cuando decidió agredir a la agraviada, no era otra diferente de la de querer atentar en contra de su vida, o si por el contrario lo único que quería era lesionarla.

Ante tal disyuntiva, el Juzgado de primer nivel se inclinó por considerar que de las pruebas habidas en el proceso no se demostró con suficiente claridad que el Procesado haya incurrido en la comisión del delito de tentativa de homicidio, sino en el reato de lesiones personales por cuanto:

* Estaba demostrado que el Procesado no acechó a la víctima, y más por el contrario el encuentro habido ese día entre ambos fue algo más bien propio de la casualidad, si se tiene en cuenta que el encausado reside en una casa cercana a la de la ofendida.
* Pese a que el Procesado tenía en su poder un arma blanca, de igual manera las pruebas allegadas al proceso, entre ellos los dictámenes periciales emitidos por el INMLCF, demostraban que la gran mayoría de las lesiones infligidas a la agraviada fueron ocasionadas por unos golpes propiciados con un instrumento contundente. De igual manera esas experticias establecían que las lesiones que sufrió la víctima en su humanidad no comprometieron ningún órgano vital ni pusieron en riesgo su vida.
* La naturaleza de las lesiones, así como la ubicación de las mismas, descartan la posibilidad de un *animus necandi* por parte del Procesado, tanto es así que la víctima adujo que quedó desmadejada después de la golpiza que le dio su marido, quien pese a tener en sus manos un cuchillo, no aprovechó esa oportunidad para rematarla con esa arma.
* Existían razones valederas para desconfiar de las evidencias físicas allegadas por la Fiscalía, las que se trataban de una blusa de color rojo que llevaba puesta la ofendida el día de los hechos y un bolso, las cuales, respectivamente presentaban un orificio y unos cortes finos, que no se parecen al corte hecho con un cuchillo. De igual manera dichas elementos materiales probatorios (*emp)* presentaban máculas ocasionadas porque los mismos estuvieron en poder de la víctima por varios días, y solo le fueron entregadas a la Fiscalía el 4 de abril de 2017, siendo esa una fecha muy distante a la ocurrencia de los hechos.

De igual manera, el Juzgado de primer nivel adujo que estaba habilitado para trocar la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación, porque se mantuvo la identidad en el núcleo básico de la imputación y en el fundamento fáctico, y no se afectaron derechos de los demás sujetos procesales.

Finalmente, el Juzgado *A quo* expuso que como consecuencia de la variación de la calificación jurídica, o sea al mutar el delito de tentativa de homicidio en lesiones personales, debía declarar la nulidad de la actuación, la que se tendría que retrotraer hasta antes de la formulación de la imputación, porque acorde con el periodo de incapacidad médico legal dictaminado a la víctima, el cual fue de 35 días sin secuelas médico-legales, se estaba en presencia de un delito querellable, el que acorde con lo reglado por el articulo 522 C.P.P. debía cumplir con el requisito de la conciliación pre procesal como presupuesto de procedibilidad para poder ejercer la acción penal, el cual no ha sido satisfecho dentro del trámite adelantado en el presente asunto, y por ende se debía declarar la nulidad de la actuación procesal.

**LAS ALZADAS:**

**- El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:** Cuyo representante solicitó la revocatoria de la providencia confutada porque en su opinión el Juzgado de primer nivel no apreció en su debida dimensión las pruebas allegadas al proceso, las cuales, de haber sido valoradas conjuntamente, indicaban el comportamiento homicida del procesado JAML cuando atacó a la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente adujo que las pruebas habidas en el proceso eran claras en demostrar que:

* El Procesado agredió a golpes y con un arma blanca a la ofendida, y mientras lo hacía le profería en su contra múltiples amenazas.
* El contenido de los dictámenes médico-legales establecen que la agraviada presentaba en su humanidad lesiones causadas con mecanismos contundentes, cortocontundente y cortante, razón por la que le dictaminaron una incapacidad de 35 días sin secuelas.
* La existencia de un patrón previo de violencia domestica durante el tiempo de convivencia de la ciudadana SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE con el señor JAML, aunado a las pruebas que demostraban las constantes amenazas y acechanzas que el Procesado le profería a la víctima.

Acorde con lo anterior, el Fiscal recurrente expuso que de haber sido apreciadas de manera conjunta e integral las pruebas que demostraban todos esos elementos de juicio, seguramente que se llegaría a la conclusión consistente en que la conducta endilgada al Procesado se adecuaba en el delito de tentativa de homicidio y no en el de lesiones personales porque se presentaron unos actos idóneos e inequívocamente dirigidos a segarle la vida a la víctima mediante la utilización de un arma blanca, lo que no se pudo consumar por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, porque gracias a la intervención oportuna de JANES LENITH PATIÑO RUGE se logró frenar el comportamiento homicida del agresor, quien se vio obligado a huir del lugar.

**- El recurso de apelación interpuesto por el representante de víctimas,** quien indicó que discrepaba de la providencia confutada en dos aspectos. El primero de ellos radicaba en una carencia de enfoque de género, debido a que durante el transcurso de la audiencia de juicio oral la ofendida fue nuevamente revíctimizada, pues todos los señalamientos buscaban desacreditar su versión, lo que contraría claramente con la postura de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala de Casación Penal, donde dice que a las víctimas hay que creerles y no se les puede imponer una tarifa legal a lo dicho por ellas, por lo que se aparta de la forma como se calificó o se le impuso esa tarifa legal al dicho de la víctima para no darle el valor que merecía sus declaraciones, las que ni siquiera fueron analizadas en conjunto con las demás pruebas.

El segundo reparo que la Defensa le hizo al proveído confutado, tiene que ver con un posible error en la valoración de las pruebas, por lo siguiente:

* La Jueza de instancia dio por hecho que el agresor portaba el cuchillo en la mano izquierda y que golpeaba a la víctima con la mano derecha, lo cual se aleja de la realidad pues todas las versiones rendidas en el juicio manifestaron que el señor JAML primero golpeó a la señora SANDRA PATRICIA y luego sacó el cuchillo e intentó segarle la vida.
* Claramente la intención de JAML era la de asesinar a la señora SANDRA PATRICIA PATIÑO, pues no existe otra explicación que justifique por qué llevaba un cuchillo, debido a que el acusado no desempeña ninguna actividad que indique que él deba portar este tipo de elementos, puesto que es un señor profesional que se dedica a la vida política, de manera que no hay razón por la cual él deba portar un arma blanca.
* De acuerdo a lo narrado por la víctima, Ellos no se encontraron causalmente, sino que ella se regresó a su casa y él la estaba asediando, lo que se puede evidenciar con el oficio allegado al Despacho, en el que se demuestra que el señor JAML la continuaba buscando. En este caso la víctima se regresó y él la abordó porque la estaba siguiendo, pues aunque viva en el mismo barrio no indica que tenga que transitar todos los días por la casa de la víctima.

Con base en lo anterior, el recurrente concluyó que no estaba de acuerdo con lo decidido en primera instancia, razón por la que solicitó que se realizara una valoración armónica de todas las pruebas con un enfoque de género y así se pueda condenar al señor JAML como autor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa.

**LAS RÉPLICAS:**

**- El Agente del Ministerio Público** solicitó que se confirme la decisión recurrida, porque en su opinión estaba demostrado que por parte del Procesado no había *animus necandi*, o sea intención de matar, sino que lo que se presentó fue un delito de lesiones personales, porque si bien es cierto que no existía duda que la mañana de los hechos el señor JAML efectuó un ataque en contra de la señora SANDRA PATRICIA PATIÑO, sin embargo de las pruebas allegadas al juicio no afloraba certeza frente a la intención homicida del acusado.

De igual manera expresó que se aparta de lo dicho por el representante de la Víctima cuando afirmó que a la víctima hay que creerle por el hecho de ser víctima y que lo contrario sería desconocer lo relacionado con la perspectiva de género, ya que la CSJ nunca ha dicho eso, sino que lo que ha argüido es que a la víctima hay que creerle cuando reúne los requisitos de un testimonio digno de credibilidad, de manera que se deben acudir a las circunstancias que rodearon al hecho y al contenido del testimonio de la señora SANDRA PATRICIA PATIÑO, para poder establecer el grado de credibilidad que se le debe dar a su testimonio y poder determinar si se está frente a una intención de matar, de la cual existen dudas porque:

* No existen pruebas que demuestren la preparación del delito, ya que el Sr. JAML no sabía que la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO se devolvería a su casa, lo que quiere decir que se estaba en presencia de una conducta intempestiva e impredecible.
* No hay evidencia de la existencia del cuchillo pues las únicas que lo vieron fueron la víctima y su hermana.
* La Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO afirmó que el acusado le propinó puñaladas y que ella cayó casi inconsciente al piso y que el continúo golpeándola, de manera que si la intención del señor JAML era la de matarla, por qué entonces no aprovechó ese estado para herirla con el cuchillo en órganos vitales, sin decir que se está descartando la idea de una tentativa de homicidio por no haber heridas profundas, es más hay muchas tentativas de homicidio en las que no hay heridas, pero en este caso no se demostró que haya habido un error en el golpe por parte del autor.
* Se deben observar los cortes tan perfectamente delineados que aparecen en el maletín que dice haber utilizado la víctima para oponerse al ataque, además ese maletín nunca fue examinado por un perito, pero todo indica que son cortes de bisturí; además es imposible que en una situación intempestiva como la que describe la víctima se hayan hecho unos cortes tan lineales y simétricos.
* Llama la atención que cuando la Fiscalía interrogó a SANDRA PATRICIA PATIÑO, Ella en sus respuestas fue amplía, detallista y todo lo recuerda, pero cuando es contrainterrogada por la Defensa se le olvida todo.
* El primer galeno que la observó dijo que algunas de las heridas que tenía eran de tiempo atrás.

En síntesis consideró el no recurrente que si el señor JAML hubiese tenido la intención de matar a la señora SANDRA PATRICIA PATIÑO le hubiera producido unas heridas profundas en partes vitales del cuerpo y no unas pequeñas heridas con un cuchillo, respecto de las cuales existe un manto de duda de cuando fueron efectuadas, lo cual no quiere decir que se está justificando o negando la existencia de un ataque hecho por el Sr. JAML, quien debe responder penalmente por la comisión del delito de lesiones personales.

**- La Defensa**, durante su intervención como no recurrente, indicó que sería muy obtuso querer ocultar los hechos que fueron presentados en el juicio oral en el que quedó claro que se trató de unas lesiones personales dolosas sin el ánimo de causarle la muerte a la víctima, lo que quedó debidamente acreditado con los dichos de los médicos traídos por la Fiscalía, quienes indicaron que las lesiones causadas a SANDRA PATRICIA MONTOYA LÓPEZ no pusieron en riesgo su vida ni su integridad.

De igual manera también expuso que es cierto que no se pudo incautar la presunta arma agresora, pero que curiosamente llamaba la atención que la lesión que debía ser considerada como la más grave, por ser la efectuada con el supuesto cuchillo, resultó no serlo. Además, dicha lesión, de acuerdo con lo expuesto por los galenos, pudo ocurrir en una fecha distinta a la del día del ataque.

Asimismo, el no recurrente indicó que la Fiscalía se quedó corta en la presentación de sus pruebas, pues no citó a un perito que pudiera dictaminar que los cortes que presentaban la blusa, que al parecer usaba la víctima en ese momento, así como el bolso que dice haber usado para defenderse, tuvieran relación con un elemento cuchillo o arma blanca.

En ese orden de ideas solicitó que se confirme la decisión de primera instancia.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De lo dicho por los recurrentes y por los no apelantes, le corresponde a la Sala resolver como problema jurídico el siguiente:

¿Incurrió o no el Juzgado de primer nivel en una errónea apreciación del acervo probatorio respecto de la calificación jurídica dada a los hechos con los que se estructuró la acusación, los cuales, en sentir del Juzgado *A quo* no se adecuaban en el delito de tentativa de homicidio agravado sino en el reato de lesiones personales?

De igual manera, como problemas jurídicos coyunturales, la Sala avizora los siguientes:

¿Con la variación de la calificación jurídica por parte del Juzgado de primer nivel, se incurrió en una vulneración del principio de la congruencia?

¿Como consecuencia de la variación de la calificación jurídica dada a los hechos, se podía considerar como de naturaleza querrellable el nuevo delito que supuestamente el Procesado JAML perpetró cuando agredió a su cónyuge SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE?

**- Solución:**

Para poder resolver los anteriores problemas jurídicos, los cuales giran en torno a determinar si las pruebas habidas en el proceso demostraban que la conducta enrostrada al Procesado JAML se adecuaba típicamente en el delito de tentativa de homicidio agravado o en su defecto en el reato de lesiones personales, la Sala tendrá como hechos ciertos e indiscutibles, por estar demostrados en el proceso y por haber sido aceptados por las partes y demás intervinientes, los siguientes:

* La existencia de lazos conyugales que lían al procesado JAML con la ofendida SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE, pese a que Ellos se encontraban separados de cuerpos por estar en curso un proceso de divorcio.
* Las constantes persecuciones, acechanzas y acosos a las que el procesado JAML sometía a la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO RUGE, pese a que ambos no convivían, lo cual dio lugar para que esta última solicitara ante las autoridades pertinentes las correspondientes medidas de protección y de amparo.
* La agresión de la que fue víctima la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO por parte de su cónyuge JAML en horas de la mañana del día 9 de marzo de 2017, quien de manera sorpresiva la abordó para luego insultarla y emprenderla a golpes en su humanidad.
* Como consecuencia de la golpiza que le propinaron a la Sra. SANDRA PATRICIA PATIÑO, el INMLCF dictaminó que la agraviada presentaba lesiones causadas con mecanismos contundentes, cortocontundente y cortante, las cuales generaron un periodo de incapacidad médico legal definitiva de 35 días sin secuelas médico-legales.

Estando claro lo anterior, la Sala iniciara por determinar si se vulneró o no el principio de la congruencia con la decisión del Juzgado *A quo* al variar la calificación jurídica dada a los hechos plasmados en el escrito de acusación, los cuales fueron adecuados por la Fiscalía en el delito de tentativa de homicidio agravado, porque de ser cierto que tuvo una conculcación del aludido principio, ello implicaría que se deba declarar la nulidad de la actuación por haberse vulnerado el Debido Proceso, si se tiene en cuenta que el principio de la congruencia hace parte integrante de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como Debido Proceso.

Como bien es sabido, el principio de la congruencia propende por la correspondencia o la consonancia que debe existir entre la sentencia y la acusación en lo que atañe con los hechos jurídicamente relevantes y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que debe ser afín.

Acorde con lo anterior, en un principio se podría decir que el Juzgado de primer nivel con la decisión opugnada conculcó el principio de marras, porque en dicho proveído desconoció la calificación jurídica que en el libelo de acusación la Fiscalía le dio a los hechos jurídicamente relevantes, los que fueron adecuados en la presunta comisión del delito de tentativa de homicidio agravado, al trocarlo en un reato diferente como lo es el delito de lesiones personales.

Pero pensar de tal forma sería desconocer que en la actualidad la calificación jurídica que en la acusación se les da a los hechos no es pétrea ni absoluta, sino que por el contrario es de naturaleza provisional y maleable, lo que implica que pueda ser variada por la Judicatura en la sentencia, sin que ello implique una vulneración del principio de la congruencia.

Para que lo anterior pueda suceder, acorde con lo dicho por la Corte, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“El juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes…”[[1]](#footnote-1).

Por lo tanto, una vez que estén satisfechos dichos requisitos, la Colegiatura puede válidamente proferir una sentencia en la cual es factible declarar la responsabilidad criminal de un Procesado por incurrir en la comisión de un delito diferente de aquel por el cual fue acusado por la Fiscalía, como bien lo destacó la Corte en los siguientes términos:

“Según lo ha definido la Sala, es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa….”[[2]](#footnote-2).

Al aplicar lo anterior al caso *subexamine*, para la Sala no existe duda alguna que se cumplía con todos los requisitos para que el Juzgado de primer nivel pudiera válidamente variar la calificación jurídica que en la acusación se le dieron a los hechos, sin que implicara una vulneración del principio de la congruencia, porque: a) No se afectó el núcleo factico de la acusación, el cual en su esencia siguió siendo el mismo; b) Los delitos corresponden al mismo bien jurídico protegido; c) El delito de lesiones personales es un reato de menor entidad punitiva que el reato de tentativa de homicidio agravado; e) No se avizora desmedro alguno para los derechos de las partes e intervinientes.

Superado el anterior escollo, ***que en nada quiere decir que la Sala haya tomado partido por la calificación jurídica que el Juzgado de primer nivel les dio a los hechos jurídicamente relevantes consignados en la acusación***, procede ahora la Colegiatura a determinar, en lo que atañe con el segundo de los problemas jurídico coyunturales, si es o no de naturaleza querellable el delito de lesiones personales que el Juzgado de primer nivel consideró que se adecuaba a los hechos jurídicamente relevantes que en el libelo acusatorio le fueron enrostrados al Procesado, ya que en el evento de estar en presencia de un delito de investigación oficiosa, es obvio que no procedería la declaratoria de nulidad de la actuación, porque no operaria la conciliación pre procesal como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, y por ende el Juzgado de primer nivel estaba abocado en la necesidad de dictar el correspondiente fallo, acorde con su real saber y entender.

Sobre lo anterior, bien vale la pena traer a colación lo que ha dicho la Corte de la siguiente manera:

“La no realización de la audiencia de conciliación reviste la capacidad de generar la invalidez de la actuación por afectación al debido proceso en aspectos sustanciales, por cuanto para el ejercicio de la acción en relación con los delitos querellables es requisito de procesabilidad la celebración de una audiencia de conciliación pre procesal en los términos señalados por el artículo 522 de la Ley 906, en la que bien podrían las partes llegar a un acuerdo que ponga fin a las diligencias.

En consecuencia, en momento alguno le era dable a los juzgadores dictar absolución en este caso, bajo el argumento de no haberse intentado la audiencia de conciliación. Más aún, como quiera que, en realidad, el punible atribuido no requiere querella para la iniciación de la acción penal, lo que les correspondía era emitir sentencia de fondo, apreciando las pruebas para determinar si la conducta desplegada por la acusada es típica, antijurídica y culpable y, por consiguiente, merecedora de sanción penal….”[[3]](#footnote-3).

Como se sabe el Juzgado de primer nivel en la providencia confutada fue de la opinión consistente en que la conducta punible enrostrada en la acusación al encausado se adecuaba típicamente en el delito de lesiones personales tipificado en el inciso 2º del articulo 112 C.P. porque el periodo de incapacidad médico legal definitiva dictaminado a la agraviada correspondió a 35 días sin secuelas médico-legales.

De igual manera, la Sala observa que el Juzgado *A quo* guardó silencio en lo que atañe con precisar si en el presente asunto se estaba en presencia de un delito simple de lesiones personales o en un reato de lesiones personales agravadas, de lo cual no se dijo nada pese a que de los hechos jurídicamente relevantes que habían sido aceptados por las partes y demás intervinientes por estar plenamente acreditados en el proceso, se tenía que víctima y victimario se encontraba liados por lazos conyugales vigentes, a pesar de que para cuando ocurrieron los hechos se encontraban separados de cuerpos.

Tal situación relacionada con la existencia de la relación conyugal o marital habida entre el Procesado y la agraviada mutaba el delito básico de lesiones personales en el reato de lesiones personales agravadas acorde con lo reglado en el artículo 119 C.P. en cuya virtud se tiene que las circunstancias específicas de agravación punitiva del punible de homicidio agravado consagradas en el artículo 104 ibídem, también se pregonan como agravantes específicos del delito de lesiones personales.

Por lo tanto, de ser cierto que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un delito de lesiones personales agravadas y no de un punible de lesiones personales simples, ello tendría amplias repercusiones en el escenario de los delitos querellables, porque solamente el delito de lesiones personales simples, tipificado en el artículo 112 C.P. se encuentra dentro del listado de reatos de naturaleza querellable consagrado en el numeral 2º del articulo 74 C.P.P.[[4]](#footnote-4); lo cual nos quiere decir *contrario sensu,* que el delito de lesiones personales agravadas no es una conducta punible querellable sino de investigación oficiosa.

Lo anterior se debe a que el punible de lesiones personales agravadas es un reato de naturaleza jurídica diferente del delito de lesiones personales simple, siendo esa la razón por la cual al no encontrarse incluido de manera expresa dentro del listado de reatos querellables, ello quería decir que se está en presencia de un punible de investigación oficiosa.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se torna necesario acudir a la clasificación de los tipos penales, según su estructura, la que acorde con la doctrina y la jurisprudencia estaría conformada por *tipos básicos, especiales y subordinados*. Respecto de los cuales, debe entenderse:

“Son básicos o fundamentales aquellos tipos que describen conductas lesivas de la integridad del bien jurídicamente tutelado y respecto de los cuales el proceso de adecuación típica es autónomo en cuanto se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos.

En general cada bien jurídico dispone de un tipo de esta naturaleza, en derredor del cual los demás se aglutinan; así, en los delitos que atentan en contra de la vida, el tipo fundamental es el homicidio descrito en el art. 323 porque se refiere a un comportamiento que ataca en su base misma este bien jurídico; lo mismo podríamos decir del hurto (art. 349) en relación con el interés jurídico de la propiedad privada, o de la falsedad documental (art. 218) frente a la fe pública.

(:::)

Los tipos especiales se caracterizan porque describen conductas referibles al básico aunque diferenciables de él en cuanto agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquel.

Esta particular estructura de tales tipos les da vida propia e independiente su subordinación al tipo fundamental. Su presencia se explica por el deseo del legislador de tratar diversamente desde el punto de vista punitivo ciertas formas de agresión al interés jurídico genéricamente tutelado en el tipo básico.

(:::)

Son tipos subordinados o complementarios aquellos que, refiriéndose inmediatamente a uno fundamental o especial, describen solamente circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios de los elementos del tipo al cual se refieren. Por esta razón carecen de vida propia y no pueden aplicarse con independencia de los otros; por eso BELING los llama «acciones punibles de segundo orden».

Se asimilan a los tipos especiales en cuanto unos y otros se refieren al mismo bien jurídico y están igualmente conectados con el tipo básico respectivo, pero se diferencian en que, al tiempo que el especial excluye al fundamental (el infanticidio excluye al homicidio), y por eso se aplica con total independencia a la suya, el complementado supone su existencia hasta el ser apenas una proyección del tipo básico o del especial. De otra parte, el elemento nuevo del tipo especial es por tal modo importante que actúa autónomamente y transforma la figura jurídica descrita en el básico en otra distinta, a tiempo que el agregado que contiene el tipo complementado es apenas una circunstancia suplementaria que modifica, sin alterar, la figura fundamental…….”[[5]](#footnote-5).

Acorde con lo anterior, se puede concluir que el delito de lesiones personales agravadas debe ser considerado como un tipo especial y autónomo porque además de modificar el ámbito de punibilidad, consagra nuevos elementos que modifican la estructura del tipo básico de lesiones personales, como acontece con las circunstancias consagradas en el numeral 1º del artículo 104 C.P.[[6]](#footnote-6) las que afectan la estructura del tipo básico en lo que atañe con el sujeto pasivo, el que ya no es de naturaleza indeterminada sino calificada, porque solamente las personas que detenten la condición de cónyuge o de compañero permanente del sujeto agente, o de aquellos que tengan con él ciertos nexos de consanguinidad pueden ser sujetos pasivos de esa modalidad delictiva.

Por otra parte, frente a lo anterior se podría decir que el delito de lesiones personales agravadas, por tratarse de un tipo que consagra una serie de circunstancias de agravación punitiva que se pregonan del tipo básico, no se trata de un tipo especial sino de un tipo subordinado, el cual, en caso de adecuarse al delito tipificado en el artículo 112 C.P., acorde con lo dicho en párrafos precedentes, sería un reato de naturaleza querellable, por depender su existencia del tipo básico al que solo estaría complementando.

Pero tal tesis no puede ser de recibo por parte de la Colegiatura, porque si bien es cierto que tradicionalmente se han considerado como tipos subordinados aquellos que describen ciertas circunstancias que inciden en el aumento o en la disminución de las penas, de igual manera no se puede desconocer la existencia de unos tipos penales, denominados como *tipos especiales agravados*, que además de consagrar circunstancias que afectan de una u otra forma el ámbito de punibilidad, también consignan otras circunstancias que afectan o modifican la estructura del tipo básico o la del tipo especial.

Sobre lo anterior, la doctrina se ha expresado de la siguiente forma:

Distinto es lo que ocurre cuando al tipo derivado[[7]](#footnote-7) se le añaden características y peculiaridades que lo distinguen hasta tal punto del tipo básico, que lo convierten en un *tipo autónomo*. Siguiendo con el ejemplo del hurto, cuando el apoderamiento de la cosa mueble ajena se utiliza alguna de las circunstancias previstas en el art. 238, o se emplea violencia o intimidación, el hurto se transforma en un delito distinto, el robo, que, tanto en su vertiente de robo con fuerza en las cosas, como en la de robo con violencia e intimidación, tiene un régimen penal distinto. Así, por ejemplo, el robo, a diferencia de lo que sucede en el hurto (art. 623,1), es siempre delito, aunque la cuantía de lo sustraído sea ínfima. Lo mismo sucede en los delitos contra la vida. El tipo básico en ellos es el homicidio simple, previsto en el art. 138; pero el asesinato tipificado en el art. 139, aunque podría considerarse como una mera derivación cualificada del homicidio, ofrece tales peculiaridades, tanto en su tipicidad, como en la pena que se le asigna que, a nivel técnico-jurídico, debe considerarse como delito autónomo e independiente del tipo básico.

Para saber cuándo estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuando ante uno autónomo, es necesario, por tanto, acudir a la interpretación partiendo de la regulación legal concreta, sin que se puedan establecer *a priori* unos criterios vinculantes al margen de la regulación legal positiva. **De un modo general se puede decir que los tipos cualificados o privilegiados solo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican sus elementos fundamentales.** El tipo autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo, etc…”[[8]](#footnote-8).

Lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala concluya que por tratarse el delito de lesiones personales agravadas de un delito diferente del delito de lesiones personales simple, ello quiere decir que al primero de los aludidos reatos no se le puede pregonar la naturaleza de querellable del segundo delito, como bien, en un caso similar, lo hizo saber la Corte de la siguiente manera:

“Diferente es la situación cuando legislativamente se habla de delitos específicamente agravados o calificados como que en tales eventos sí debe entenderse que aunque se trata de tipos que generalmente conservan el verbo rector del básico, constituyen un delito diverso de este que permite calificarlos como tipos penales especiales en tanto además de los elementos propios del básico contienen otros nuevos o modifican requisitos del fundamental, de ahí que se apliquen con independencia de él; tal es el caso precisamente del abuso de confianza específicamente agravado que preveía el artículo 359 del Código Penal del 80, o el abuso de confianza calificado que señala el artículo 250 de la Ley 599 de 2000.

Tratándose entonces de tipos penales especiales, independientes, su no inclusión en la lista de punibles querellables permite concluir que ellos sí son ilícitos perseguibles de oficio…”[[9]](#footnote-9).

En suma, al estar en presencia de un delito que no es de naturaleza querellable sino perseguible de oficio, ello nos quiere decir que no era necesario acudir a la conciliación pre procesal como circunstancia de procedibilidad para poder ejercitar la acción penal, y por ende el Juzgado de primer nivel se equivocó al decretar la nulidad procesal con tales argumentos. Y al no existir irregularidad alguna que nulitaria el proceso, el Juzgado *A quo,* como ya se dijo en párrafos anteriores, no le quedaba otra vía diferente que la de dictar la correspondiente sentencia.

Las conclusiones a las que podemos llegar de todo lo dicho en el presente proveído de 2ª instancia, serían las siguientes:

* El Juzgado de primer nivel con lo resuelto y decidido en el auto confutado en momento alguno incurrió en una vulneración del principio de la congruencia.
* La variación de la calificación jurídica efectuada por el Juzgado *A quo* no tuvo en cuenta las pruebas que demostraban la existencia de la relación marital habida entre víctima y victimario, lo cual trocaba el delito de lesiones personales simple en el reato de lesiones personales agravadas.
* El delito de lesiones personales agravadas no se encuentra consignado dentro del listado de delitos querellables consagrado en el numereal 2º del art. 74 C.P.P. por ser de un punible de naturaleza jurídica diferente de la del delito de lesiones personales simples tipificado en el artículo 112 C.P.
* Al estar en presencia de un delito perseguible de oficio, el Juzgado de primer nivel, en vez de dictar la correspondiente sentencia, mal hizo el en declarar la nulidad de la actuación por no cumplirse con el requisito de la conciliación pre procesal reglada por el articulo 522 C.P.P.
* Lo dicho hasta ahora por la Colegiatura en momento alguno quiere decir que ha tomado partido por la tesis propuesta por el Juzgado *A quo,* ya que cualquier pronunciamiento que hagamos en tal sentido, lo haremos en el evento que a futuro nos corresponda desatar los hipotéticos recursos de alzada que se interpongan en contra de la sentencia que ha de dictar en el presente asunto el Juzgado de primer.

Siendo así las cosas, la Sala revocará la providencia confutada en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y en consecuencia exhortará al Juzgado de primer nivel para que proceda a dictar la correspondiente sentencia de fondo.

Finalmente, como quiera que en la actualidad se encuentra en libertad el procesado JAML, a quien en el pasado se le había definido la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, como consecuencia de lo resuelto y decido en el presente asunto en sede de segunda instancia, la Colegiatura procederá a ordenar que en su contra se libren las correspondientes órdenes de captura a fin que se haga efectiva la medida de aseguramiento que gravita en su contra.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la providencia proferida el 26 de julio del año que avanza por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, en virtud del cual se decretó la nulidad del proceso que en ese Despacho se le sigue al encausado **JAML**, por presuntamente haber incurrido en la comisión del delito de tentativa de homicidio agravado.

**SEGUNDO: EXHORTAR** al Juzgado de primer nivel para que proceda a dictar la correspondiente sentencia de fondo.

**TERCERO:** **ORDENAR** que en contra del procesado JAML se libren las correspondientes órdenes de captura a fin que se haga efectiva la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que gravita en su contra.

**CUARTO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 15 de agosto de 2.018. SP3379-2018. Rad. # 50890. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de agosto de 2.018. SP3580-2018. Rad. # 46227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 18 de mayo de 2016. SP6419 – 2016. Rad. # 46110. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Modificado por el artículo 5º de la Ley 1.826 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. REYES ECHANDÍA, ALFONSO: La Tipicidad, paginas # 112, 113 y 114. 5ª Edición. 1.989. Editorial Temis. [↑](#footnote-ref-5)
6. Aplicables al delito de lesiones personales por remisión expresa del artículo 119 C.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. El autor con la expresión de tipo derivado se refiere a lo que también se conoce como tipo subordinado. [↑](#footnote-ref-7)
8. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES: Derecho Penal. Parte General: Pagina # 258. 8ª Edición. Tiran lo Blanch. Méjico D.F. 2.012 (Negrillas fuera del texto) [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 15 de septiembre de 2010. Rad. # 31088. M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO. [↑](#footnote-ref-9)