



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 11 de febrero de 2021

Doctora
PATRICIA SALAZAR CUELLAR
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL
Ciudad.

REF. Radicado 51689

Procesado: Juan Diego Restrepo González

Delito: homicidio agravado en modalidad de tentativa

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico, los derechos y garantías de los intervinientes, me permito presentar concepto dentro del trámite de la demanda de casación interpuesta por la defensa de víctimas, en contra de la sentencia de Segunda Instancia proferida, el día 5 de septiembre de 2017, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima). Decisión, por medio de la cual, se confirmó integralmente, el fallo emitido el día 28 de marzo de 2017, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, por medio del cual, vía preacuerdo, declaró penalmente responsable al señor JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ por el delito de homicidio agravado, en modalidad de tentativa, bajo circunstancias de ira e intenso dolor como, en consecuencia, le impuso la pena principal preacordada de 42 meses de prisión y otorgó el subrogado suspensión de la ejecución de la pena.

I. HECHOS

Fueron estos sintetizados en la sentencia de segunda instancia, dando con ello alcance a lo expuesto en la misma materia por la sentencia *a quo*, de la siguiente manera:



“El día 9 de marzo de 2016, sobre las horas de la madrugada, DANIELA MELO MARTÍNEZ arribó a su residencia ubicada en la torre I apartamento 401 del Conjunto Residencial TEREKAY, junto a su compañero sentimental JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ, con quien había estado celebrando la noche anterior el día internacional de la mujer, velada en la cual el sujeto le reclamó por los múltiples detalles que le habían enviado, situación que generó que al ingresar al inmueble la mujer fuera agredida verbalmente por su pareja, quien posteriormente le propinó golpes en la cabeza, estómago e intentó ‘ahorcarla’; luego, RESTREPO GONZÁLEZ se dirigió al baño, rompió el espejo y armado con un fragmento de vidrio procedió a causarle una herida a la altura del cuello a su compañera, acción que repitió una y otra vez con el mismo elemento corto contundente y después usando también, un arma corto punzante que tomó de la cocina; manifestándole durante las constantes agresiones que su propósito era causarle la muerte; no obstante, la víctima pudo ser auxiliada debido a la oportuna intervención de las autoridades de policía, que a su vez fueron alertados por personal de seguridad de la unidad residencial que se percataron de lo sucedido al interior de la residencia por voces de auxilio.”¹

No obstante, en atención a la mayor capacidad descriptiva, con alcance jurídico, que ello encierra frente al presente asunto y, la trascendencia que esa específica materia ostenta frente a la naturaleza y alcance del concepto aquí por emitir, hemos de señalar que, acorde se establece del escrito de acusación², allí se indica, como adicionales elementos descriptivos, precedentes y concomitantes al punible, los siguientes:

“Para el 8 de noviembre de 2015, DANIELA MELO MARTÍNEZ, de profesión modelo, recién había entablado una relación sentimental con JUAN DIEGO RESTREPO GONZÁLEZ y, para dicha fecha, cuando ella estaba celebrando su cumpleaños, llegó JUAN DIEGO y, se puso furioso por la presencia de los mariachis, empujó a DANIELA, en presencia de la madre de esta y le gritó que era una ‘hijueputa, perra’; pero tal episodio de violencia física y verbal no fue dado a conocer, porque el asunto no pasó a mayores.

¹ Folio 1 y 2 de la sentencia a quo.

² Página 2 del escrito de acusación.



El noviazgo de DANIELA y JUAN DIEGO, quien controlaba, celaba y trataba mal a DANIELA, continuó y para comienzos de este año -2016-, la pareja se fue a vivir al Apartamento de ésta. No. 401, ubicado en el Conjunto TEREKAY, de la Calle 69 No. 10 A-214 y, para la noche del 8 de marzo de 2016, a eso de las 9:30 p.m., la pareja salió a comer para celebrar el 'Día internacional de la Mujer', cena en la que el hombre empezó a discutir con DANIELA, esta vez, reclamándole porque le habían enviado flores y muchos presentes, con ocasión del citado día. Así llegaron hasta el Apartamento a eso de la 1:20 a.m., aproximadamente, ya del día 9 de marzo y, dada la situación DANIELA no quiso subir en el ascensor con JUAN DIEGO, hasta el Apartamento, sino que lo hizo por las escaleras, lo que llevó a este a seguirla escaleras arriba.

Ya en el interior del apartamento y cuando DANIELA, se disponía a acostarse, empezó a insultarla, esta vez, diciéndole que no podía confiar en ella, porque era una 'perra, prostituta, que no valía la pena', la tiró al piso y la emprendió a golpes contra esta, propinándole patadas en la cabeza y en el estómago, al tiempo que intentó ahorcarla, pues, decía, ella tenía una relación con otra persona y se tenía que morir.

Los gritos de DANIELA, fueron escuchados, aproximadamente, a los 15 minutos de la pareja haber llegado al Apartamento, por un vecino, quien dio aviso a la Portería, para que verificaran que era lo que estaba ocurriendo y fue así, como uno de los vigilantes, llegó hasta el apartamento 401, en donde, al escuchar que la pareja estaba peleando, les timbró en repetidas oportunidades, pero como nadie les abrió y, los protagonistas se quedaron callados, decidió continuar su ronda. Entre tanto, JUAN DIEGO, fue hasta el baño, rompió el espejo y armado con un fragmento grande del espejo, regresó a la habitación donde estaba la mujer, la sujetó por detrás y le cortó el cuello, repitiendo una y otra vez, la acción, mientras su compañera sentimental, desangrándose, le imploraba que no la dejara morir y él, seguía siguiéndola golpeándola en el cuerpo. Acto seguido y como DANIELA –según él-, 'no se moría rápido' fue hasta la cocina, cogió un cuchillo y volvió a pasárselo por el cuello, mientras se reía de verla en esa situación y, la sujetaba fuertemente, para impedirle que se soltara y que pudiera pedir ayuda. En un momento en que JUAN DIEGO, la soltó DANIELA, se levantó y pudo llegar hasta la cama en donde le dijo que si sabía lo que estaba haciendo y éste le respondió que 'Sí, porque lo que quería era que se muriera', ante lo cual DANIELA, gritó pidiendo auxilio.



En esta oportunidad uno de los vigilantes del Conjunto, decidió subir nuevamente, hasta el apartamento 401, pero como todo estaba en silencio, salió de la Torre, rápidamente y se dirigió a la Portería en donde su otro compañero, al observar que las luces del Apartamento continuaban encendidas, decidió marcar al Apartamento desde la Portería, sin que obtuvieran respuesta lo que les llevó a dar aviso a la Compañía de Seguridad y, a las autoridades de policía que hicieron presencia en el Conjunto y, después de llamar por espacio de unos 10 minutos, finalmente, consiguieron de JUAN DIEGO les abriera la puerta y pudieron auxiliar a la mujer quien, sujetándose el cuello con una toalla, les pidió que no la dejaran morir.”

II. DEMANDA

-Cargo primero

Se postula el mismo al tenor del numeral segundo del artículo 181 del estatuto procesal penal, bajo el señalamiento de desconocimiento del debido proceso con afectación sustancial de las garantías debidas a las partes, con sustento en el artículo 457, por nulidad devenida de la violación al debido proceso en su aspecto sustancial³.

Lo anterior, por cuanto, si bien se carece de la facultad para controlar la nominación que de los hechos realice el delegado del ente acusador, esa facultad fue utilizada para realizar una indebida adecuación típica, como escenario para suscribir un preacuerdo, en cuyo desarrollo se confirieron al procesado los máximos beneficios. Sustrayéndose ese delegado a lo establecido en el escrito de acusación, con desconocimiento de los límites negociales propios a esa actividad. Lo que concitaría el deber de anulación de lo surtido a partir del acto de aprobación del pre-acuerdo⁴ pues, mediante la variación en el nombre del delito, se superaron las prohibiciones que en materia de pre-acuerdos para los delitos de feminicidio, establece el artículo 5 de la Ley 1761 de 2015⁵.

De suerte que, si bien la jurisprudencia establece la imposibilidad de control material de los pre-acuerdos, tal situación detenta como excepción cuando,

³ Página 7 del escrito de demanda.

⁴ Página 8 ejusdem.

⁵ Página 12 de la demanda en casación.



producto del mismo, se produce la vulneración de las garantías debidas a una de las partes en el proceso pues, el ente acusador se encuentra en la obligación de emitir la imputación típica al tenor de las condiciones fácticas establecidas y, consustancial con las mismas, el reato a ser atribuido era el de feminicidio agravado en grado de tentativa. Por lo que, solo una vez establecida correctamente, la imputación se podrá ingresar en el proceso de variación típica, a efectos de obtener la modificación de la pena⁶, siendo el elemento diferenciador entre el homicidio y el feminicidio, el dolo calificado con el cual procede el actor.

Así las cosas, se adentra en la labor de confrontar los elementos materiales probatorios anunciados en la acusación, con los elementos típicos compositivos del punible de feminicidio. Para colegir, la comisión del aludido reato de feminicidio, en la condición de delito íntimo o familiar, en el cual se cosifica a la mujer como una posesión⁷. Siendo así que contrario a la adecuación típica verificada en el sub iudice, excluyó la sevicia con la que actuó el procesado y cuya configuración, al tenor del artículo 68 A sustancial penal, impide la concesión de beneficios y subrogados. Más aún cuando, adicionalmente, se excluyeron, en su aplicación las causales de agravación que para el delito se encuentran contenidas en los numerales 1, 4 y 6 del artículo 104⁸.

En tanto, que por afectar las actuaciones arbitrarias antes nominadas, las garantías procesales sustanciales y supra-legales de las víctimas, producto ello de la vulneración a los límites negociales, se impondría la casación de la sentencia, en orden a la protección a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima, afectados por lo que denomina como, el festín de regalías otorgado por la Fiscalía⁹, con violación a lo preceptuado en los artículos 115 y 443 procesales penales; la directiva No. 001 de 2006, que en materia de preacuerdos emitió la Fiscalía General de la Nación; la directiva No. 001 de 2015; y, los deberes funcionales a los que refieren los ordinales 1, 7 y 8 del artículo 250 constitucional¹⁰. Aspectos cuya corrección, de debe decretar la nulidad de lo actuado a partir de la aprobación del pre-acuerdo¹¹.

⁶ Página 14 ejusdem.

⁷ Página 31.

⁸ Página 33.

⁹ Página 37.

¹⁰ Página 38.

¹¹ Página 39.



Cargo segundo -subsidiario:

Igualmente, se postula este al amparo de la causal segunda del artículo 181 del régimen procesal penal¹². Al efecto, se hace consistir el vicio aducido en el desconocimiento del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura, esto con fundamento en el artículo 457 procesal penal, conllevando a la nulidad de lo actuado, por violación al debido proceso¹³.

En la materia señala cómo, dentro del curso del preacuerdo, el delegado del ente acusador desconoció la finalidad del instituto jurídico –inciso primero del artículo 348 procesal penal- como la directiva No. 001 de 2006 que, en esa materia fue impartida por el Fiscal General de la Nación –inciso segundo de la misma disposición-, con errada aplicación de los artículos 27 y 57 sustanciales penales¹⁴ pues, se contravinieron los fines sustanciales del instituto jurídico, con quebrantamiento de los derechos de las víctimas¹⁵. De donde, la correcta tipificación de la conducta como un delito de feminicidio, variaría sustancialmente las consecuencias jurídicas y materiales del proceso, lo que denota la violación del debido proceso en su ámbito sustancial¹⁶. Debiéndose casar la sentencia en aras a obtener el restablecimiento de los derechos de las víctimas, logrando así la efectividad del derecho material, el cual deviene afectado como producto de un preacuerdo contrario a la función procesal que le es originaria, tornándose en un acto ilegítimo¹⁷, con violación de los artículos 348 procesal penal y las directivas No. 001 de 2006 y No. 001 de 2015, emanadas del Despacho del señor Fiscal General de la Nación¹⁸.

¹² Página 8 de la demanda.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Páginas 8 y 39 de la demanda.

¹⁵ Página 44.

¹⁶ Página 45.

¹⁷ Página 48.

¹⁸ *Ídem*.



III. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

A los cargos primero y segundo

De las diligencias deviene como un hecho notorio y conjunto, erigirse la estructuración fáctica de los cargos en estudio en el argumento común a cuyo tenor se indica ser la conducta investigada, constitutiva del delito de feminicidio. Habiendo sido esta variada, en forma por demás abiertamente arbitraria y con miras a poder producir el preacuerdo a la de homicidio en grado de tentativa. Situación que, dada esa postulación común y los efectos de que ello se deparan, impone el tratamiento conjunto de los dos cargos formulados.

Es así que, desde un punto de vista simplemente objetivo se establece del contenido literal del primigenio escrito de acusación por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, que la conducta en estudio es simplemente constitutiva de un delito de feminicidio¹⁹. En consecuencia, el delito se verificó respecto de una mujer, en atención a su condición de género, y que este se suscitó dentro de una relación de convivencia previa entre la víctima y su agresor, que ostenta como antecedente, un ciclo de violencia física y psicológica; mediando así la aludida violencia, como un elemento estructurado en el estrecho ámbito doméstico; y, principalmente, mediante la instrumentalización del cuerpo y la vida de la mujer.

El delito en mención prevé como causal de agravación, la establecida en el literal G del artículo 104 B del Código Penal; en cuanto esa disposición remite al numeral 7 del artículo 104 de la misma obra, por actuar el sujeto agente mediante la ubicación de la víctima en estado de indefensión o mediante el aprovechamiento de esa circunstancia.

Situación de nominación y descripción tipológica de la conducta, como un delito de feminicidio que responde a la descripción fáctica que allí es verificada del comportamiento, como a los elementos materiales probatorios que se enuncian con miras a su aportación en el juicio. En consecuencia, se imponen los precisos límites negociales del artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, ante la conclusión previa –de la

¹⁹ Página 3 del escrito de acusación.



naturaleza típica del delito- no podían ser superados por el delegado del ente acusador, a través de la alteración de la nominación del delito de feminicidio en grado de tentativa a un delito de homicidio agravado, con fines de facultar un preacuerdo que incluyera, como inicial o primer beneficio –anticipado-, precisamente la variación de la ya anunciada calificación jurídica provisional propia al juicio. El cual fue seguido por el adicional y acumulativo reconocimiento, -o beneficio- vía preacuerdo, de la específica situación de menor punibilidad contenida en el artículo 57 del libro de las penas, devenido de haber actuado el sujeto agente bajo el influjo de un estado de ira e intenso dolor²⁰. Generando en conjunto, una reducción sancionatoria que se observa, así como inmerecida y contraria al mandato normativo, desproporcionada frente a los límites generales del instituto jurídico.

En estas condiciones, dicha demostración, erige la base sustancial en orden a establecer por sí misma, la existencia material del vicio acusado en los cargos primero y segundo pues, implica la desatención, con miras al preacuerdo²¹, de la específica hipótesis factual expuesta para el asunto tanto en ese mismo documento²² como en la inicial imputación y en el ulterior escrito de acusación²³. A lo cual se procede mediante la alteración de la ya adecuada calificación jurídica del comportamiento, como un delito de feminicidio, que así fue contenida en el escrito de acusación²⁴. Mediante ahora, la atribución nominal de un delito que no sólo no corresponde integralmente, a los fundamentos fácticos que se exponen como fundamento de esa acusación, sino que adicionalmente, conllevan unos efectos punitivos muy inferiores a los establecidos para la conducta *sub-iudice* por el legislador. Vulnerando en consecuencia, el principio de legalidad, con adicional e inescindible detrimento de los derechos de verdad y justicia de la víctima.

De donde, si bien le está vedado al juez de conocimiento verificar un control material a los términos del acuerdo, por competirle al mismo el deber de verificar los presupuestos legales de la condena, en orden a establecer la vigencia del mínimo de prueba de autoría y participación propios a la emisión de una declaración de condena, como elementos inherentes a la aprobación del preacuerdo. Se le imponía al fallador constatar que la actuación de la Fiscalía se sujetara a los

²⁰ Página 4 del escrito de acusación.

²¹ Página 3 del acta de preacuerdo.

²² Páginas 2 y 3 ejusdem.

²³ Página 2 del escrito de acusación.

²⁴ Páginas 1 y 3 del escrito de acusación.



derroteros de la carta política y el estatuto sustancial penal, así como a las instrucciones en la materia emitidas por el propio ente acusador. Lo cual, no se observa debidamente verificado, como bien lo señala el libelo de la casación²⁵.

En el asunto hemos de señalar conforme lo establece la jurisprudencia²⁶, que el cambio de la calificación jurídica, cuando el mismo contradice o altera la hipótesis factual contenida en la imputación, no puede ser utilizado por el ente acusador como un mecanismo para la concesión de beneficios, pues, al efecto, el delegado de la Fiscalía General de la Nación debe consultar tanto las disposiciones llamadas a regular el caso como las directivas en la materia emitidas por sus superiores, ya que se trata de una actividad de una discrecionalidad reglada, que limita y circunscribe en forma específica, los juicios de imputación y de acusación por emitir en desarrollo de ella.

Lo anterior, sin que ello conlleve un control material de la acusación, como lo señala nuestra jurisprudencia penal²⁷, tratándose de preacuerdos, la variación de la calificación jurídica, debe hallarse fundada en supuestos fácticos que la faculten pues, en el ámbito de los preacuerdos, los fiscales no están habilitados para conceder beneficios sin límites a los procesados sin una base fáctica que así lo determine. Cuestión que, como se precisa en la sentencia constitucional SU479 de 2019-, ostenta mayor trascendencia en materia de delitos atentatorios de los derechos de personas especialmente vulnerables, tal el caso de la mujer víctima de ciclos de violencia doméstica.

Casos en los cuales, se exige del ente acusador actuar con especial diligencia en el curso del esclarecimiento y tratamiento de los hechos en orden a materializar en el mayor grado posible los derechos de la víctima a verdad, justicia, reparación y aplicación de la garantía de no repetición. Lo cual aquí se echa de menos. Pues, por el contrario, mediante el acto procesal de alterar el nombre de la conducta, se superó en forma indebida, la prohibición vigente en materia de preacuerdos, y también, obró la sustracción a los verdaderos efectos punitivos del comportamiento y se confirieron al procesado una indebida acumulación de beneficios

²⁵ Páginas 38 y 48 del escrito de demanda

²⁶ SP-2073-2020 del 24 de junio de 2020, M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, Radicado No. 72.227.

²⁷ SP 2073-2020 del 24 de junio de 2020, M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, Radicado No. 72.227.



sancionatorios, que se resultan contrarios a la naturaleza del instituto jurídico en cuestión.

En estas condiciones y establecidas estas demostraciones, se debe aquí declarar tanto la ocurrencia del defecto sustancial, con afectación de la garantía debida a una de las partes en la actuación como que, para el caso en concreto, dimanó de la inaplicación del artículo 104 A del Código Penal, como el tipo penal llamado a regular el específico asunto. Dando así lugar a la estructuración del deber de casación de la sentencia demandada.

Sobre este último particular, y contrario a lo solicitado en el libelo –el cual erige los sendos cargos al tenor del numeral segundo del artículo 181 procesal penal-. Por razón de dimanar la lesión jurídica y sustancial de la inaplicación de la norma llamada a regular el caso en concreto, considera esta delegada del Ministerio Público, que se debe proceder al tenor del numeral primero del artículo 181 procesal penal. Pues, adicionalmente, como lo señala la propia demanda, el legislador, en el artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, impuso unos precisos límites en materia de capacidad negocial con miras a los preacuerdos cuando la conducta a castigar sea constitutiva del delito de feminicidio. Límites estos que aquí se observan vulnerados en el curso de la tramitación procesal, al alterar la tipificación propia del delito. Es decir, inaplicando la disposición llamada a regir el asunto.

IV. SOLICITUD

Acorde a estas demostraciones sustanciales y procesales, ciertamente, el cargo postulado está llamado a prosperar, al tenor del numeral primero del artículo 181 procesal penal y a lo cual se debe proceder mediante la anulación de lo actuado a partir de la determinación de aprobación del preacuerdo verificado, por lo cual se solicita a la Honorable Corte Suprema de Justicia, casar el fallo demandado.

Cordialmente,

PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL
CARRERA 5 NUMERO 15 – 80 PISO 26 TE 5878750 EXT. 12626