



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00206 2011 52668
Acusado	Libardo Molina Valencia
Delito	Homicidio en modalidad de tentativa
Juzgado <i>a quo</i>	Veintitrés (23) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia.
Víctima	Javier Sánchez Suárez
Hechos	Abril 4 de 2012; Hora: 9:30 a.m. Sector de Barrio Triste, Centro de Medellín
Asunto	Apelación de auto proferido en desarrollo de audiencia de audiencia de preacuerdo el 24 agosto de 2015 (f. 139, co-1)
Consecutivo	SAP-A-2016-27
Aprobado por Acta	Nº 316 de 23 de septiembre 2016
Audiencia de exposición	Martes 27 de septiembre de 2016; Hora: 8:25 am; S2
Decisión	Se revoca auto que imprueba preacuerdo.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, Septiembre veintisiete (27) de dos mil dieciséis (2016)

### 1.- PETICION, DECISION DE PRIMERA INSTANCIA Y SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

En sesión de agosto 24 de 2015, el señor Fiscal 128 seccional, doctor AUGUSTO LEÓN BERRÍO CASTRO, expone a la judicatura los términos del acuerdo, consistente en la degradación de la conducta imputada de homicidio agravado (Art. 104-4 CP) en la modalidad de tentativa a lesiones personales dolosas agravadas en calidad de autor, con una pena a imponer de 21 meses y 10 días de prisión y concediendo la suspensión condicional de la pena por un período de 2 años.

Aclaró que el ciudadano no registra antecedentes penales y que no se presentan causales de mayor punibilidad, pero sí una circunstancia de menor punibilidad a favor del procesado (Art. 55-1° CP).

Acuerdo que no fue aprobado por la Juez de instancia por las siguientes razones:

**Primero**, señaló que se está “*negociando la duda*”, pues en el acta se dijo que en el caso bajo estudio el elemento subjetivo del delito -el dolo homicida- no está del todo claro, si la Fiscalía no tiene forma de acreditar un dolo, debe entonces calificar la conducta como unas lesiones, sin que sea parte de la negociación. Se da a entender que al no tener elementos para probar el dolo homicida, entonces

negocia, si el ciudadano no tenía dolo de matar, lógicamente tocaría absolver. Las dudas no se negocian se resuelven en favor del procesado.

**Segundo**, se pasó de calificar una tentativa de un homicidio a unas meras lesiones y adicionalmente se pactó pena, limitando al Juez de cualquier consideración, pese a que se anunció que el único beneficio era la nueva tipificación.

**Tercero**, se concedió como beneficio adicional el subrogado de la suspensión condicional de la pena por un período de dos (2) años.

Contra la decisión Fiscalía y Defensa interponen y sustentan el recurso de apelación.

Por su parte, el ente acusador señaló que es la Judicatura la que viola el principio del debido proceso al improbar un preacuerdo que llena y satisface todas las garantías de carácter procedimental, pues no se otorgaron tres beneficios como lo advirió, solo se degradó la conducta de tentativa de homicidio a lesiones personales agravadas. Si bien se consignó en el acta que no estaba claro el dolo de matar, no existe discusión alguna para afirmar que el victimario no quiso matar a la víctima, explicó que las circunstancias fácticas dan cuenta que LIBARDO MOLINA VALENCIA luego de atacar al señor JAVIER SÁNCHEZ SUAREZ con un destornillador se alejó del lugar. Inculpó que no se está negociando la duda como lo dijo la *iudex a-quo*.

Finalmente expuso que jurisprudencialmente está permitido pactar la suspensión condicional de la pena, acorde con la sentencia rad. 24.351 de 4 mayo 2005 de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, el acuerdo se ajusta a los parámetros de legalidad.

El defensor, doctor LEON DARIO CARDONA ARROYAVE, manifestó que coadyuva la solicitud de la Fiscalía enfatizando que el preacuerdo no es producto de la duda, es una forma de terminación anticipada del proceso. La pena pactada es un asunto en el que no tiene injerencia la Judicatura.

El doctor JUAN CAMILO MUÑETON VILLEGAS, apoderado de la víctima esgrimió que si la Fiscalía está negociando unas lesiones personales dolosas agravadas, es porque tiene elementos probatorios que indican que sí existe responsabilidad frente a este delito; de llegar a variar la calificación jurídica en la acusación, finalmente resultaría teniendo los mismos efectos, pues podría ser condenado por uno u otro delito. En cuanto a que se pactó la pena y el subrogado de ejecución condicional, es un asunto jurídicamente viable, sin que pueda vislumbrarse como doble beneficio.

## 2.- ARGUMENTOS DE DECISION DE LA SEGUNDA INSTANCIA

El problema jurídico que ha de resolver la Sala en esta oportunidad es: ***sí el acuerdo cumple con los presupuestos legales para impartir aprobación.***

Se quiere recordar que son dos instituciones diferentes la aceptación unilateral de culpabilidad (allanamiento) y la manifestación preacordada de culpabilidad (negociación), pues esta segunda figura jurídica fue la que en efecto se presentó en el *sub examine*.

De tal forma que se debe examinar la legalidad del acuerdo y si el mismo desconoce o quebrantaba garantías fundamentales en los términos del inciso 4° Art. 351 CPP/2004, para proceder en consecuencia.

La claridad del preacuerdo es de tal contundencia que inclusive ante el *ad quem* los interesados, incluida la víctima, insistieron en la negociación acordada, así: primero, la degradación de la conducta de homicidio agravado en la modalidad de tentativa a lesiones personales agravadas y su consecuente aceptación; segundo, la pena a imponer; y, tercero, concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional de la pena.

No se constató ni se evidenció por la señora juez de la causa vicio de consentimiento de alguno de los involucrados en el preacuerdo, así como tampoco violación o vulneración de garantías fundamentales, presupuestos que, de presentarse, darían lugar a su rechazo inmediato, ***razón por la cual dicho acuerdo es vinculante para el juez de la causa.***

Sobre el particular se ha expresado por la Sala Penal de la CSJ:

“7. La aceptación o el acuerdo no solo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo 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 debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

“8. Por los 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, pero estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como ya se dejó consignado, 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”<sup>1</sup>.

En la manifestación preacordada de culpabilidad o preacuerdos o negociaciones, el imputado y el Fiscal pueden acordar sobre los “*hechos imputados y sus consecuencias*” (inc. 2° Art. 351 CPP). En todo caso las negociaciones entre Fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, también:

“[c]omo lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a *los hechos imputados y sus consecuencias*, preacuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

---

<sup>1</sup> CSJ, Sala Penal, auto de mayo 10 de 2006, Rad. 25.248, M.P. Mauro Solarte Portilla. Respecto al presupuesto de respeto de garantías fundamentales en los acuerdos o preacuerdos: Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación del 23 de agosto de 2005, radicación 21.954 y Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación del 14 de diciembre de 2005, radicación 21.347

Que la negociación pueda extenderse a *las consecuencias* de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1º del mismo artículo, significa que *también* se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima, sólo que en este caso ésta podrá rehusar los preacuerdos y “acudir a las vías judiciales pertinentes” según lo prevé el inciso final del artículo en mención”<sup>2</sup>.

Así se reiteró en CSJ SP 2168 de 2016 con ponencia del Magistrado EYDER PATIÑO CABRERA:

“SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: facultades de la Fiscalía «Es cierto que en los preacuerdos los delegados de la Fiscalía General de la Nación están inhabilitados para crear tipos penales y para calificar jurídicamente los hechos de manera contraria a la ley penal preexistente, dado el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en CC C-1260/05, pero sí están facultados para que, en aras de sacar adelante las negociaciones, adecuen la conducta en una descripción típica relacionada, que comporte una pena menor, siempre que las circunstancias fácticas no sean alteradas. La Ley 906 de 2004 otorgó a dicho ente una amplia facultad dispositiva en materia de mecanismos de terminación extraordinaria de los procesos. Concretamente, en lo que toca con los acuerdos, la Corte reconoció sus atribuciones así en CSJ SP, 20 nov. 2013, rad. 41570: “En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que ‘implique la terminación del proceso’; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán ‘los hechos imputados y sus consecuencias’ sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio. Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas: ‘el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.’ (Subrayas

<sup>2</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia de 14 marzo de 2006, Rad. 24.052, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón

por fuera del texto original). También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que: ‘Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que ‘obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales’. Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima...’ (Subrayas fuera del texto original). Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado [...]»». (Subrayas de la Sala)

Es decir, se puede pactar la pena, forma de ejecución y responsabilidad civil, entre otros aspectos, porque:

“Un derecho premial, que admite pactar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación, no sólo de las penales sino también de las civiles y, entre aquéllas, además de la cantidad de sanción también respecto de las condiciones para su ejecución; y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo contrario colapsaría<sup>3</sup> [...]”<sup>4</sup>.

Los preacuerdos deberán respetar el principio de legalidad de los subrogados, la legalidad de la prisión domiciliaria, y, como debe ser apenas obvio, la legalidad de los delitos y de las penas<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En la aclaración de voto del magistrado Mauro Solarte Portilla a la sentencia del 23 de agosto del 2005, radicado 21.954, se recuerda que “El Chief Justice Burger en el caso Santonello Vs New York señaló que “una reducción del 90 al 80 % en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Jurados, etc.), mientras que la reducción al 70 % exigiría triplicarlos”.

<sup>4</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia de 14 marzo de 2006, Rad. 24.052, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón

<sup>5</sup> Se quiere insistir en el respeto del principio de legalidad de raigambre constitucional (art. 29 C. Pol.), norma rectora del Código Penal (art. 6 Ley 599/200) y principio rector del nuevo Código Procesal Penal (art. 6 Ley 906 de 2004); de tal forma que, a modo de ejemplo, no se puede pactar subrogado penal cuando la pena supera los tres años de prisión; o prisión domiciliaria cuando el límite de la pena es superior a los cinco años de prisión; o tentativa en delito objetivamente consumado; o prisión domiciliaria en padre abusador sexual; o la ira o intenso dolor en eventos de delito por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil, etc. En todo caso, los preacuerdos no pueden vulnerar el principio de legalidad.

Empero, a la manifestación de voluntad del imputado para efectos de allanamiento o bien en casos de preacuerdos o negociaciones se deben agregar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, que permitan “*inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*” (Art. 287 CPP/2004); sin olvidar que la tipicidad objetiva y la antijuridicidad material deberán estar debidamente acreditadas, para poder inferir responsabilidad en el hecho.

Sobre el particular se ha explicado que:

“Equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6° y 351, inciso 4°, del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran las de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el artículo 29 de la Carta Política

[...] Y se hace esta aseveración porque la “justicia consensual, premial, pactada”, no puede ser adoptada a cualquier precio, dejando de lado la legislación sustantiva, que en modo alguno fue derogada por la Ley 906 del 2004”<sup>6</sup>.

En definitiva, no se pueden realizar terminaciones abreviadas del proceso mediante manifestación de culpabilidad voluntaria o unilateral o bien a través de aceptación de culpabilidad preacordada saltándose el principio de legalidad de los delitos y de las penas, entre otros aspectos.

Dígase, entonces, que la aceptación de responsabilidad es necesaria pero no suficiente para una sentencia de condena.

El Juez de conocimiento no está atado a la declaración de culpabilidad obtenida a través de la terminación anticipada del proceso penal.

Si se observa que los elementos materiales probatorios son frágiles, endebles, es decir, insuficientes para dar cuenta de la verdadera realidad de la conducta, por más que medie un allanamiento, la condena no procede<sup>7</sup>.

Si el procesado acepta la culpabilidad frente a un hecho inexistente, o en relación con una conducta de otro, o propia pero atípica, es deber del juez, en desarrollo del control sobre la terminación anticipada del proceso, dictar fallo absolutorio<sup>8</sup>.

Aquí el preacuerdo expuesto por el defensor y el Fiscal Seccional a la señora Jueza de la causa cumplió con los presupuestos para su aceptación<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> CSJ. Sala Penal, Casación de 19 octubre de 2006, Rad. 25.724, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón

<sup>7</sup> CSJ STP rad. 66.463 de 11 de junio de 2013

<sup>8</sup> CSJ SP 10299-2014, rad.40.972 de 05-08-14

<sup>9</sup> “Es indispensable que el acuerdo haya sido el producto de la manifestación voluntaria del sujeto pasivo de la acción penal lo cual implica la ausencia de cualquier forma de intimidación para lograrlo; que los mecanismos de negociación sean transparentes lo que equivale a excluir cualquier maniobra que implique engaño para lograr la declaración de responsabilidad del imputado o acusado; que el contenido del acuerdo sea exacto, vale decir, sin posibilidades de entenderlo de manera distinta a como lo manifestaron quienes lo llevaron a cabo; pero además, que el imputado

**En primer lugar**, el acuerdo no vulneró derechos fundamentales del pactante, la Jueza en ningún momento se refirió a tal aspecto ni lo argumentó, por el contrario, pudo verificar la renuncia de derechos por parte del implicado. La Sala tampoco constata que haya vulneración de garantías fundamentales.

Así que un acuerdo que se sujeta a la ley es obligatorio para el Juez de la causa (Art. 351.4 CPP).

**En segundo lugar**, Aquí se degradó la conducta a efectos de obtener una pena menor, lo cual es procesalmente viable<sup>10</sup>, así como pactar pena y subrogado, sin que pueda tenerse ello como beneficios adicionales de la negociación.

**En tercer lugar**, Las verificaciones que debe realizar el juez en la negociación son las siguientes<sup>11</sup>: (i) la validez del proceso, esto es, que no se vulneren garantías fundamentales; (ii) la validez de la aceptación de responsabilidad (Art. 8, L), esto es, que sea voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, exento de vicios del consentimiento, asesorado por abogado; o cualquier circunstancia análoga debidamente probada (C-1260/05 y CSJ AP rad. 37.209 de 23-11-11); (iii) que exista fundamento razonable que desvirtúe la presunción de inocencia, es decir, que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad y (iv) verificar la legalidad de la calificación jurídica de las conductas objeto de condena (Auto Rad. 37.209 de 23-11-11).

Así que el reparo que hace la *iudex a quo* frente al acuerdo presentado es totalmente desacertado cuando indicó: “*entonces negocia la duda y aquí es donde el despacho tiene un reparo serio en la negociación, porque si la Fiscalía no tiene forma de acreditar un dolo de matar, debe entonces calificar la conducta como como unas lesiones, sin que sea parte de la negociación*”, pues olvida la Jueza de instancia que el titular de la acción penal es la Fiscalía General de la Nación (Art. 250 C. Pol.); que el *nomen iure* lo hace la Fiscalía de acuerdo a los hechos que considere probados y de los cuales tenga prueba; y, que la calificación jurídica no se hace a gusto de los sujetos procesales (CSJ SP, rad. 29.994 de 15-07-08). Más aún, cuando en este caso, el procesado tiene garantizado su derecho a la defensa técnica, esto es cuenta con un profesional del derecho a quien le corresponde brindar la correspondiente asesoría legal en materia de negociación.

Finalmente, si la *iudex a quo* considera que en el asunto no existen elementos materiales probatorios o dudas para endilgar responsabilidad al implicado debe proferir una sentencia absolutoria, si así lo estima.

---

o acusado tenga claro las consecuencias del acuerdo porque no ha de olvidarse que con su postura de declararse culpable renuncia a derechos fundamentales como la no autoincriminación, el derecho constitucional al juicio, el derecho a conainterrogar a los testigos y en general al ejercicio del derecho de contradicción; en otros términos, ha de ser una decisión inteligente y libre”. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto; BARBOSA CASTILLO, Gerardo. XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre. 2004, p.180

10 “«Es cierto que en los preacuerdos los delegados de la Fiscalía General de la Nación están inhabilitados para crear tipos penales y para calificar jurídicamente los hechos de manera contraria a la ley penal preexistente, dado el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en CC C-1260/05, pero sí están facultados para que, en aras de sacar adelante las negociaciones, adecuen la conducta en una descripción típica relacionada, que comporte una pena menor, siempre que las circunstancias fácticas no sean alteradas.»

11 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Rad. 25.248 de 05-10-06, Rad. 25.108 de 30-11-06, Rad. 29.979 de 27-10-08, Rad. 32.865 de 25-08-10, Auto Rad. 34.829 de 27-04-11, Auto Rad. 37.209 de 23-11-11

➤ **En conclusión:**

El acuerdo presentado cumple con los presupuestos legales para impartir aprobación.

4. **RESOLUCION**

**LA SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, (i) REVOCA AUTO** de fecha 24 de agosto de 2015 y, en su lugar **APRUEBA** el acuerdo presentado por las partes, se **DEVUELVEN** las diligencias a efectos de continuar con la actuación procesal; **(ii)** esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado

**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**  
Magistrado

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado