

Proceso: 0500160002062020-13553
Delito: Homicidio agravado y porte de armas
Procesado: Luis Fernando Marín Henao
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia
Objeto: Apelación de sentencia por preacuerdo
Decisión: Confirma y modifica
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 021-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Medellín, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 075

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas en contra de la sentencia del 26 de enero pasado por medio de la cual el Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, condenó como consecuencia de preacuerdo suscrito entre la fiscalía y Luis Fernando Marín Henao como cómplice del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo y simultáneo con el de porte ilegal de armas.

1. HECHOS

A eso de las 19:40 horas del 13 de septiembre de 2020, LUIS FERNANDO MARÍN HENAO, alicorado y provisto de un arma de fuego, disparó en contra de BIVIANA CARDONA MARIN y su compañero JOSE IGNACIO PULGARIN ARBOLEDA en el momento en que arribaron a la morada de LEYDI MARCELA CARDONA MARÍN, ubicada en zona rural del municipio de Barbosa (Ant.), con el fin de socorrerla, pues, ella y sus hijos, estaban siendo amenazados de muerte si no retomaban la relación sentimental que había terminado tres años antes con el

primero de los nombrados. Es de anotar que BIVIANA CARDONA MARIN, quien fue la primera en ser impactada, falleció durante el traslado al centro asistencial, mientras JOSE IGNACIO PULGARIN ARBOLEDA murió a las afueras del inmueble cuando intentaba huir para salvar su vida.

MARÍN HENAO abandonó el lugar de los hechos en compañía de su primo Mario Higuita.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

En virtud de la orden de captura proferida en contra de Marín Henao, el 28 de noviembre de 2020, ante el Juzgado 31 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión. No hubo allanamiento a cargos.

El 22 de enero de 2021, el Fiscal 1º Seccional de Barbosa, Antioquia, radicó el escrito de acusación y el 2 de junio siguiente, cuando el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, se disponía a celebrar la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía anunció que había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensora.

Presentación del preacuerdo

La Fiscalía indicó que, a cambio de la aceptación de responsabilidad por los delitos de doble homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, se pactó como único beneficio en virtud del preacuerdo “*la degradación del grado de participación de autor a cómplice sólo como ficción y para efectos de punibilidad*”, fijándose la pena en 200 meses de prisión, es decir,

16.66, o 16 años 6 meses, no obstante en este punto el juez de primera instancia “*en uso de los poderes de dirección de la audiencia*” hizo un llamado a la fiscalía para que corrigiera el yerro aritmético, en tanto la pena de 16.66 hace relación a 16 años 8 meses de prisión.

En ese sentido una vez corregido el error, la fiscalía rectificó que en efecto se trataba entonces de una pena de 200 meses de prisión, o lo que era igual 16 años 8 meses, más 10 meses por el concurso de conductas punibles, quedando la pena en 17 años 6 meses de prisión¹.

Posteriormente el *a quo* indagó al procesado sobre su conocimiento de las ventajas y desventajas de su aceptación de cargos, éste dijo comprenderlas y manifestó que era su deseo aceptarlos en los términos presentados por la fiscalía, sin embargo, en atención a la inconformidad planteada por las víctimas del fallecido José Ignacio Pulgarín Arboleda se suspendió la diligencia dada su manifestación de nombrar un abogado que las representara.

El 8 de agosto se dio continuidad a la audiencia y en ésta el apoderado de las víctimas indicó oponerse al preacuerdo suscrito entre la fiscalía y el procesado por violación a garantías fundamentales, entre ellas el debido proceso, pues no cumple con los lineamientos de la sentencia emitida por la corte Suprema de Justicia bajo el radicado 52227 de 2020, donde se señaló que en virtud de un preacuerdo debe tenerse en cuenta i) el daño causado a la víctima; ii) el momento procesal, recordando en este punto, que en el *sub judice* se había presentado el escrito de acusación, por lo que no era posible conceder una rebaja del 50% sino del 33%; iii) la colaboración eficaz del procesado; iv) su ánimo de arrepentimiento, el mismo que brilla por su ausencia en este momento y v) si ha suministrado información. Presupuestos que considera, no se configuran en este caso para otorgar una rebaja “*tan benévola*” que carece de sustento frente a los hechos jurídicamente relevantes, lo que quebranta el principio de legalidad y debido proceso al vulnerarse el bien jurídico máspreciado que es el de la vida.

¹ Audiencia de acusación donde se varió el objeto de la misma a preacuerdo del 2 de junio de 2021. Minuto: 14:12

Censuró el hecho de que el fallador le otorgara a la fiscalía un espacio para corregir el error aritmético en que se incurrió al momento de exponer el preacuerdo y criticó a la fiscalía por otorgar la mitad de la pena a imponer dado que se cometieron dos homicidios en concurso con un porte de armas en presencia de menores de edad, que incluso fueron amenazados, es decir, no se ha tenido en cuenta la gravedad de los delitos imputados.

Indicó, además, que un preacuerdo de este tenor desprestigia la administración de justicia y como se dijo, desconoce los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que incluso observa delitos que faltaron por imputar, pues los menores fueron claros en indicar que fueron encerrados, por lo que debe investigarse el delito de secuestro o como mínimo un constreñimiento y también brilla por su ausencia una investigación por la participación de Mario Higueta quien presuntamente colaboró en la huida del procesado².

Esta misma Sala de decisión a través de auto del 12 de octubre de 2021, de manera unánime avaló la decisión del juez de primera instancia y confirmó el auto con el cual aprobó el preacuerdo ordenando seguir adelante con el trámite profiriendo la respectiva sentencia.

3. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juez de instancia profirió la sentencia en los términos que consideró plasmados en el preacuerdo y condenó a Marín Henao *como cómplice de la comisión de la conducta punible de homicidio agravado (2) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*. Impuso la pena acordada de 17 años 6 meses de prisión, mismo término de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y negó cualquier subrogado penal.

² Audiencia del 2 de agosto de 2021. Tercer audio. Minuto: 07:58

4. APELACIÓN

El apoderado de las víctimas interpuso el recurso de apelación y sustentó su inconformidad indicando que el *a quo* desconoció el contenido de las normas legales que regulan el instituto de los preacuerdos, así como las jurisprudencias vigentes de las cortes Constitucional y Suprema de Justicia.

La razón de su inconformidad radica en que se haya proferido condena a título de cómplice de los delitos endilgados, desconociendo con ello principios como el de legalidad estricta y tipicidad, dando lugar a una incongruencia entre los cargos contenidos en la imputación y la acusación con los plasmados en la sentencia. En su opinión debió condenarse como autor, pues la negociación tuvo como único objetivo la disminución de la pena a imponer. Al proceder en la forma en que lo hizo el *a quo* ofendió los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia.

Una vez más calificó de irrisoria la pena acordada e impuesta.

Pide se revise el proceso en general para que se revoque el fallo y se sanee la actuación de la primera instancia.

5. DE LOS NO RECURRENTES

La defensa solicitó la confirmación del fallo proferido por el *a quo*. Destacó que el preacuerdo ya fue revisado por la segunda instancia y confirmada su aprobación. Dijo que la imposición de condena como cómplice sería el único error por corregir, efecto para el cual no era necesaria la apelación pues habría podido hacerlo el propio *a quo*.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 De conformidad con lo dispuesto en el art. 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación que interpuso el apoderado de las víctimas.

6.2 Del escrito de sustentación puede extractarse que más allá de la inconformidad general del recurrente con el contenido de lo preacordado por las partes, inconformidad que fue resuelta con anterioridad por esta Sala, son dos los motivos que esgrime en concreto. Uno, sustentado en el hecho de que se haya condenado a Marín Henao como cómplice y no como autor, y dos, el que la rebaja otorgada en su sentir sea benévola en exceso.

La Sala se ocupará del primero de los problemas postulados, pues sobre el segundo se manifestó en concreto en el auto del 12 de octubre de 2021, sin que el inconforme haya esgrimido argumento alguno en sustento de su posición que obligue un nuevo pronunciamiento. En efecto, en aquella oportunidad se discurrió sobre ese particular tópico en los siguientes términos:

Contrario a lo sostenido por algunas de las víctimas a través de su apoderado, pues otras se mostraron conformes con el acuerdo, el Tribunal no considera que la rebaja haya sido desproporcionada. Tampoco que con el acuerdo puesto a su consideración se desprestigie la administración de justicia. Estas las razones: i) la pena acordada no es desproporcionada de acuerdo con la naturaleza de la conducta ejecutada, sin que con ello quiera restársele gravedad a la misma. Lo cierto es que nada impedía que se impusiera el mínimo plasmado en la ley para el delito consumado; ii) la pena acordada, 17 años 6 meses, es decir el 50% de la pena mínima más 10 meses por el concurso de delitos, no es insignificante; iii) debe ser cumplida de forma intramural, pues la pena con que se sanciona será superior de aquellas que admiten la posibilidad de análisis de procedencia de los subrogados y sustitutos penales, lo que aparece razonable y ajustado a la naturaleza y gravedad de las conductas; iv) en el presente asunto no hubo flagrancia; v) las víctimas asistieron y participaron en las audiencias donde se presentó el preacuerdo y donde el mismo fue aprobado por el a quo, esgrimiendo algunas de ellas, las razones de su oposición al pacto, con lo cual quedó satisfecho su derecho a ser oídas en este tipo de trámites.

Y es que, en esa dirección, no advierte la Sala que se hayan vulnerado los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y la justicia. Lo primero porque los hechos que dieron origen a la actuación quedaron plenamente demostrados. Ninguna de las partes, ni las víctimas, cuestionan la forma en que se dice acontecieron. Se trató de una reacción criminal, no justificada, del ciudadano acusado en contra de dos personas cercanas, Biviana

Cardona Marín y José Ignacio Pulgarín Arboleda, quienes además se hallaban inermes ante su violencia. En ese orden la verdad está garantizada. En lo que hace a la justicia, el acusado deberá cumplir una pena intramural por un monto nada insignificante, sin que nada garantice la veracidad o certeza de la proyección que hace la defensa en punto al tiempo efectivo que habrá de purgar, pues existen factores o circunstancias que pueden llevar a contradecirla. Luego, la justicia no ha sido desconocida, ni puede afirmarse que la decisión le ocasione desprestigio a la administración de justicia. Ahora, es natural que a alguna de las víctimas ninguna pena le parezca suficientemente. Es entendible. No obstante, ese sentimiento no puede constituirse en un obstáculo para finiquitar la actuación de manera anticipada, ni erigirse en un criterio único para cuestionar el monto de la sanción acordada.

En lo que tiene que ver con el derecho a la reparación, ya tendrán las víctimas la posibilidad de procurar alguna indemnización en el momento o sede procesal correspondiente, de acuerdo con lo normado en el artículo 108 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Por lo tanto, si la fiscalía consideró mantener la calificación de jurídica realizada al momento de la formulación de imputación, la misma que se deriva de los hechos jurídicamente relevantes y degradar la forma de participación de autor a cómplice, solo para efectos de punibilidad, no puede el representante de víctimas, bajo juicios de valor propios pretender a partir de su personal y subjetivo razonamiento, imponer los términos del acuerdo a celebrar entre el procesado y el ente acusador, en la medida que, ello representaría que pasaría a asumir un rol que no le compete, máxime cuando no representa la totalidad de las víctimas, en tanto algunas estuvieron de acuerdo con el pacto suscrito entre fiscalía y procesado.

Bajo las circunstancias descritas, en sentir del Tribunal, el preacuerdo no resulta arbitrario, desmesurado o “benevolente”. La forma de cumplimiento de la pena de alguna manera resulta compatible con la obtención de sus fines de prevención general y especial, pues el mensaje que se lanza a la colectividad y al propio imputado es que la ejecución de este tipo de comportamientos es grave, así como graves sus consecuencias, no solo en punto de la restricción de la propia libertad sino en todos los efectos que la acompañan.

En otros términos, el Tribunal considera que la concesión acordada no resulta desproporcionada, con mayor razón, cuando son improcedentes los subrogados penales, razón por la cual confirmará la decisión del juez de primera instancia, disponiendo que la carpeta regrese a ese despacho a fin de que se continúe con el trámite correspondiente.

Así las cosas, se insiste, ningún pronunciamiento está obligado a realizar el Tribunal, pues se trata de un asunto debatido con anterioridad y respondido en todas sus matices.

6.3 Ya en cuanto al objeto de la censura, pasible de respuesta, ha de recordarse que en sentencia proferida dentro del radicado SP2073-2020, 52227 del 24 de junio de 2020, la Corte, al ocuparse de varias modalidades de preacuerdo que se han presentado en la práctica judicial, se refirió a una en particular en los siguientes términos:

6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que

finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.

6.4 Fue precisamente a la modalidad de preacuerdo acabada de describir a la que acudieron las partes en el presente asunto. En efecto, a Luis Fernando Marín Henao le fue imputada por la Fiscalía General de la Nación **la autoría** responsable de las conductas punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo y simultáneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, consagrados en los art. 31, 103, 104 numeral 7° y 365 del C.P. Los mismos cargos fueron incorporados en el respectivo escrito de acusación. Luego, en junio pasado, cuando se iba a dar inicio a la audiencia en que habría de concretarse el requerimiento fiscal, el delegado a su cargo anunció haber realizado una negociación con el acusado y su defensa. Ella consistió en que el acusado **aceptaría la responsabilidad como autor de un concurso de dos homicidios agravados en concurso con el artículo 365 del C.P.**³ a cambio de que se le impusiera la pena correspondiente al cómplice. A renglón seguido dijo que el preacuerdo *consiste en que el señor Luis Fernando Marín Henao acepta los cargos de doble homicidio y porte ilegal de armas a cambio de que la fiscalía degrade ese grado de participación de autor a cómplice. Esto con base en el artículo 30 del C.P. esto es, utilizando la ficción como tal, pues no está acreditada, pero es una ficción que permite la ley de degradar ese grado de participación de autor a cómplice para efectos de disminuir la pena.* Cerró su intervención insistiendo en que *estaríamos hablando de degradar la participación a cómplice a cambio de la aceptación de los cargos de autor material de los homicidios y el porte ilegal de armas.* Fue así como se pactó una pena de prisión por el delito de homicidio agravado de 200 meses de prisión, o lo que es igual 16 años 8 meses, equivalentes al 50% de la rebaja de la pena que para el caso es de 400 meses de prisión, más 10 meses por el concurso de conductas punibles de otro homicidio agravado y porte de armas de fuego, para un total de 210 meses de

³ Primer registro de audio de la audiencia de formulación de acusación a partir del minuto 16:10

prisión, o 17 años 6 meses. Nada se dijo respecto de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como el reconocimiento o no de subrogados penales.

En el anterior orden de ideas es perfectamente claro que la sentencia debió proferirse a título de autor, elemento esencial del preacuerdo realizado entre las partes, pero aplicando la pena preacordada, que debió corresponder a la del cómplice. Este aspecto del preacuerdo, tal como lo destaca el censor, fue desconocido por el *a quo* y será corregido por esta instancia. No es necesaria otra consideración, pues al juez, por mandato legal lo vincula el tenor de lo acordado, salvo que resulte desconocedor de garantías fundamentales, que no es el caso del *sub examine*, como se discurrió en oportunidad pretérita.

Resta solo por precisarse que la corrección del yerro en que incurrió el *a quo* no comporta la revocatoria de la sentencia. Lo primero, porque el acuerdo fue aprobado por encontrarlo ajustado a derecho y lo que en esencia se pretende por el recurrente es que se dé estricto cumplimiento a los términos de aquel consenso que implicaba la aceptación de los cargos tal como fueron formulados, es decir, a título de autor material no de cómplice.

Tampoco obliga a decretar la nulidad de lo actuado, porque la solución no va más allá de aclarar la sentencia en punto de la forma de autoría que fue imputada y aceptada y por el acusado.

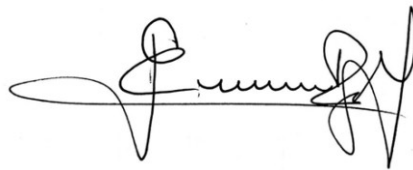
El Tribunal procederá de conformidad.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley, **RESUELVE CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia el pasado 26 de enero, **MODIFICANDO** su numeral primero en el sentido de que la condena impuesta a Luis Fernando Marín Henao es a título de **AUTOR** de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo

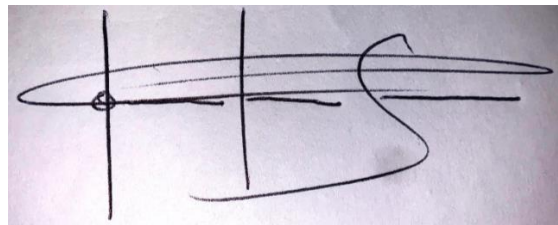
con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO