



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Medellín, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 050016000206201641685
Procesado: Carlos Giraldo Hoyos
Delito: Homicidio agravado
Asunto: Apelación de auto que imprueba preacuerdo
Interlocutorio: No.064-Aprobado por acta No.117 de la fecha.
Decisión: Revoca y aprueba preacuerdo
Lectura: jueves 14-09-2017, hora: 10:30

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa del señor **Carlos Giraldo Hoyos**, contra la determinación adoptada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Bello, en la audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el pasado 10 de julio de 2017, dentro del proceso que se adelanta en su contra por el delito de homicidio culposo agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

2. ACONTECER FÁCTICO Y PROCESAL

Los hechos que motivaron la presente actuación fueron sintetizados por la Fiscalía General de la Nación en la adición del escrito de acusación presentado, de la siguiente manera:

“El día 16 de agosto de 2016, cerca de las ocho de la noche, el ciudadano Carlos Giraldo Hoyos, transitaba por inmediaciones de la carrera 63 con calle 56, a bordo del vehículo marca Renault, de placas MLM 064, con el cual atropella a una persona, para emprender la huida arrollando a su paso a otros transeúntes y finalmente detener su marcha cuando se estrella contra la pared del inmueble ubicado en la carrera 63 con calle 57ª, aprisionando contra ella y causándole la muerte a la menor de 11 años Paulina Echavarría Holguin. Como quiera que el acusado queda atrapado dentro del vehículo que conducía es rescatado por los cuerpos de socorro que llegan al lugar y quienes además proceden a prestar auxilio a los heridos, incluidos el acusado, quienes son conducidos a diversos centros asistenciales de esta municipalidad. Es así como en la fundación Clínica del Norte, fallece a razón de las heridas que sufrió en esos hechos la ciudadana Veronica Juliette Zapata Valencia. Igualmente se establece que en dichos hechos resultaron lesionados las ciudadanas: Nayeli Echavarria Holguin, Maria del Socorro Puerta Bedoya, Martha Cecilia Patiño Echavarria y Rosalba Valencia Mazo.
... Posteriormente se recibe informe toxicológico donde se da cuenta que el procesado se encontraba en segundo grado de alcoholemia.”

El 16 de agosto del 2016, ante el Juez Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bello, se legalizó la captura del señor **Carlos Giraldo Hoyos**, la Fiscalía le formuló imputación por los punibles de homicidio simple en concurso homogéneo y sucesivo con homicidio culposo agravado (artículos 103, 109 y 110 numeral 2 C.P.), cargos que este decidió no aceptar. Finalmente se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su domicilio.

Seguidamente, el Fiscalía 48 Seccional de Bello presentó escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, despacho que el 18 de octubre de 2016 avocó su conocimiento y realizó audiencia de acusación el 30 de marzo de 2017 en la que la Fiscalía modificó la imputación jurídica y acusó por concurso

simultáneo y homogéneo de homicidios culposos agravados y dejó constancia que el delito de lesiones personales que concursaba producto del mismo acontecer fáctico ahora endilgado se estaba adelantando por cuerda separada a través del Fiscal Local de Copacabana quien se encuentra agotando el requisito de la conciliación.

El 10 de julio de 2017 se inició la audiencia preparatoria y allí las partes manifestaron que su voluntad era variar el objeto de la misma porque habían celebrado un preacuerdo, a lo que accedió la judicatura.

3. TÉRMINOS DE LA NEGOCIACIÓN:

Las partes acordaron que el señor **Carlos Giraldo Hoyos** aceptaba los cargos por los que había sido acusado y a cambio de ello la Fiscalía eliminaba de la misma el agravante del numeral 1 del artículo 110 Penal imputado a los delitos de homicidio culposo.

Además pactaron la pena de prisión a imponer en 63 meses y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la privación del derecho a conducir vehículos por un término de 89 meses, ello por cuanto partieron del mínimo de las penas establecidas para el punible endilgado y las aumentaron en 31 meses cada una por el otro homicidio.

4. PROVIDENCIA RECURRIDA

La juez de conocimiento argumentó básicamente que no podía avalar la negociación, debido a que la Fiscalía concedió, simuladamente, un doble beneficio al procesado, como quiera que de manera autónoma y sin

explicación alguna varió la calificación jurídica al modificar, en una audiencia anterior, el escrito de acusación, en el sentido de que al homicidio doloso (dolo eventual) lo degradó a culposo agravado, igual que el otro con el que concursaba y, posteriormente, antes de iniciar la audiencia preparatoria suscribió un preacuerdo con la defensa y el procesado, pactando la eliminación del agravante para los delitos de homicidios culposos.

Advirtió la juez que si bien la Fiscalía cuenta con plena discrecionalidad para tipificar la conducta delictiva por la que acusa, la misma debe estar limitada por el principio de legalidad de acuerdo a la imputación fáctica, la cual evidentemente si es inmodificable.

Señala que la intervención del juez, en tratándose de preacuerdos queda restringida a la observancia de algún vicio que afecte el debido proceso o derechos de los sujetos e intervinientes o cuando lo pactado se pasa por alto los límites legales establecidos para la conducta investigada y no consulta el contenido de artículo 348 de la Ley 906 de 2004.

Advierte que en el presente evento, aceptar el preacuerdo sería tanto como permitir transgresiones al principio de legalidad, como quiera que de la situación fáctica planteada se advierte claramente que, cuando menos, uno de los homicidios imputados se cometió con dolo eventual y no con culpa y por tanto si quería variarse esa tipificación ello debió hacer parte de la negociación.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. Fiscalía

La delegada del Ente Acusador manifiesto su inconformidad con la decisión de improbar el preacuerdo aduciendo para ello que ninguna irregularidad advierte en el contenido del mismo, sino que por el contrario, el pacto se aviene a la legalidad.

Señala que es facultad de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el artículo 250 Constitucional, hacer la imputación jurídica de la conducta investigada y, en el presente caso se hizo de conformidad al acontecer fáctico, pues ciertamente, el Fiscal al momento de imputar tipificó la conducta en un concurso homogéneo y sucesivo de homicidio doloso y culposo; no obstante al momento de presentar el escrito de acusación, el mismo funcionario varió esa calificación jurídica al considerar que no se presentaba el dolo eventual para uno de los punibles endilgados, calificación que conservó ella, como nueva funcionaria, y en sentido acusó.

Aduce que las etapas procesales son preclusivas y en la audiencia de acusación, cuando se presentó la variación a la calificación, la defensa, el representante de las víctimas y mucho menos la juez manifestaron irregularidad alguna al respecto y por ende no puede venir ahora la funcionaria judicial, al conocer la negociación, a advertir un yerro o ilegalidad en la calificación jurídica aduciendo que la degradación de la misma representa un beneficio adicional al acuerdo suscrito, cuando es lo cierto que, primero, esa variación se hizo desde el escrito de acusación y para ese momento ni siquiera se tenía pensado en realizar un preacuerdo y, segundo que la misma se dio al avizorarse por parte del delegado que la conducta endilgada no encuadraba dentro de la tipificación original.

Así las cosas, solicita se revoque la decisión de la primera instancia.

5.2. Defensa:

Por su parte, la defensa solicita revocar el auto de primera instancia y aprobar el preacuerdo suscrito entre las partes, toda vez que en la audiencia de acusación la misma juez analizó el contenido de la acusación y era allí donde, de avizorar vulneración a garantías fundamentales, debía hacer las precisiones de rigor, pero al no hacerla, ni ella ni las partes, la misma quedó en firme y es desde ese momento que se demarcó el derrotero del juicio oral.

Pese a ello, al iniciar la audiencia preparatoria, la Fiscalía y el procesado, llegan a un preacuerdo, obviamente teniendo como fundamento la acusación que ya se había formalizado, y la judicatura rechaza el mismo aduciendo una violación de garantías fundamentales, pero no de la negociación como tal, sino de la acusación.

Considera que no puede la juez perder la imparcialidad que se le exige, intentando variar la imputación jurídica que le hizo la Fiscalía a la conducta por la que hoy se juzga a Carlos Giraldo Hoyos, cuando es exclusivamente facultad suya hacerla y con la misma no se está incurriendo en una vía de hecho.

Advierte que el preacuerdo celebrado entre las partes es plenamente legal y por ende debe impartírsele aprobación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico a resolver en esta oportunidad consiste en establecer si el acuerdo de voluntades suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el acusado materialmente se encuentra ajustado a la legalidad y por ende debe

aprobarse o, si por el contrario, tal y como lo consideró la primera instancia, el mismo comporta una doble rebaja, por cuanto la tipificación de los delitos allí contenida representa un beneficio adicional que se hizo desde la acusación.

La juez de conocimiento consideró ilegal el preacuerdo celebrado entre las partes aduciendo a que en él se estaba concediendo más de un beneficio al señor Carlos Giraldo Hoyos, pues no conforme la Fiscalía con haberle hecho una variación a la imputación jurídica desde la audiencia de acusación, la cual resultaba ostensiblemente favorable al procesado, ahora en un nuevo acto procesal pactó con el señor Giraldo Hoyos, por su aceptación de cargos, la eliminación del agravante para los delitos de homicidios culposos, lo cual vulneraba el artículo 351 Procesal y constituía una vía de hecho.

Lo primero que debe destacarse desde ya es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte Constitucional, con asidero en nuestra nueva normativa procesal penal, han construido un fuerte precedente jurisprudencial en torno al diseño del nuevo esquema procesal, lo que tiene incidencia directa en los roles que las partes e intervinientes procesales tienen en el mismo y a su vez ha servido de parámetro para desarrollar las diversas instituciones de justicia premial, como es el caso de los preacuerdos, que es lo que hoy concita la atención de la Sala.

Ya desde el año 2005, la Corte Constitucional al sentar las bases del nuevo modelo procesal que se había implementado en Colombia a raíz del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, estableció que como el nuevo procedimiento tiene una marcada tendencia acusatoria, el mismo se caracteriza por una estricta distribución y división de roles entre la Fiscalía, la defensa y el juez, lo que da lugar ciertamente a un proceso adversarial en donde la primera tendrá de manera exclusiva la titularidad de la acción penal,

es decir, *el poder requirente* o la facultad de acusar, la defensa por su parte tendrá todas las posibilidades fácticas y jurídicas de ejercer la oposición a la acusación por medio de su *facultad defensiva*, a la vez que el juez, ubicado en el centro de este cuadrilátero dialéctico ejercerá la *función jurisdiccional* de decidir el conflicto, acogiendo con absoluta objetividad e imparcialidad una de las pretensiones de los litigantes enfrentados en igualdad de condiciones¹

Esta definición de atribuciones procesales ha sido plenamente compartida por la Sala de Casación Penal, que en ya consolidadas líneas jurisprudenciales ha defendido a capa y espada la **autonomía** de la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, para hacer la adecuación típica de la imputación y de la acusación y por esa misma vía la de los preacuerdos, advirtiendo que cualquier intromisión del juez en tal atribución so pretexto de control material de la acusación, es un desbordamiento inaceptable de sus funciones legales y constitucionales, lo cual incluso puede dar lugar a un amparo constitucional por una clara vía de hecho del funcionario judicial que así actúe.²

Ahora bien, la total autonomía que tiene la Fiscalía para hacer la adecuación típica en la imputación, en la acusación o en los preacuerdos, solo tiene como limitante el principio de legalidad de los delitos y de las penas y las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, por lo que el Ente de Instrucción para el respectivo ejercicio de subsunción normativa no puede desconocer el núcleo esencial de los hechos, condición que también se aplica en tratándose de los preacuerdos que celebre con la defensa, con el aditamento de que si se pacta también la pena, el convenio debe estar dentro de los límites establecidos por el legislador.

¹ Corte Constitucional, sentencias C-591 y C-592 de 2005

² Al respecto, confrontar solo a manera de ejemplo las sentencias 40871 del 16 de julio de 2014, 41570 del 20 de noviembre de 2013 y las sentencias de tutela 69478 del 24 de septiembre de 2013 y 70392 del 13 de noviembre de 2013

En síntesis el juez no puede hacerle control material a la adecuación típica propuesta por la Fiscalía, salvo que se trate de una verdadera **vía de hecho**, por lo cual, en tratándose específicamente de los preacuerdos, el juez solo es competente para verificar que el pacto fue producto de la voluntad libre, consciente e informada del procesado y que con el mismo no se afectaron garantías fundamentales.

Es así porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal estableció de manera categórica que el juez, sea de garantías o de conocimiento, le queda vedado ejercer control material sobre la imputación o la acusación de la Fiscalía, como de igual manera sobre los allanamientos a cargos o los preacuerdos, bajo el entendido, suficientemente elucidado, que la adecuación típica de los hechos como elemento de pretensión de la Fiscalía, es algo que le corresponde con exclusividad a este órgano de persecución penal, en tanto, que se trata de un acto de parte, y aquella, por mandato constitucional, es la titular del *ius puniendi* estatal.

Esta doctrina es un tema ya en absoluto pacífico en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, como se puede observar, solo a manera de ejemplo ilustrativo, de la lectura de las sentencias con radicados números 27759 de 2007, 25389 de 2006, 31531 de 2009, 39886 de 2013, 39892 de 2013 y 41570 de 2014 o, lo que es más dicente, de las sentencias de tutela números T-59043 de 2012, T-69478 de 2013 y T-70392 de 2013, en las cuales se invalidaron las decisiones de jueces de primera y de segunda instancia que, so pretexto del control material de la acusación (incluidos por supuesto los allanamientos y los preacuerdos), improbaron preacuerdos o aceptaciones unilaterales de cargos, en razón que para la alta Corporación, esto ni más ni menos constituye una clara vía de hecho por defecto sustantivo, en razón de que el juez al tomar partido por la acusación pervierte el modelo de partes y pierde su imparcialidad:

“1. La jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (**que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella**) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar.

En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).

La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. **La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado**³. (negrillas fuera de texto)

Si esto es así, en el caso de marras la juez de conocimiento lo único que tenía que hacer una vez le presentaran el preacuerdo suscrito por la Fiscalía y el señor **Carlos Giraldo Hoyos**, quien fue acusado por un concurso de homicidios culposos agravados, era verificar que ese pacto reuniera las condiciones consagradas en el inciso segundo del artículo 351 procesal, esto es que la negociación versara sobre el aspecto fáctico–jurídico (hechos y sus consecuencias) o sobre una disminución concreta de la pena, sin que pudiera haber una combinación de las dos, quedándole vedado al juez entrar a verificar la legalidad de la acusación presentada en contra del procesado, cuando la formulación de la misma había culminado en una audiencia

³ C.S.J., sentencia No. 39892 de 2013

anterior y quedó en firme, por lo que volver sobre ella violaría el principio de preclusividad de los actos procesales.

Pero, además de lo anterior, erróneo sería pensar que en el acto acusatorio de la Fiscalía existió una vía de hecho susceptible de ser intervenida por el juez, únicamente porque el Fiscal desde el escrito de acusación varió la calificación jurídica de uno de los punibles endilgados, conservando el acontecer fáctico descrito en la audiencia de formulación de imputación, situación que es perfectamente válida y legal, como quiera que, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esa adecuación típica que se hace de los hechos en la imputación, es provisional, a diferencia del *factum* endilgado, que sí es inmodificable.

Y es que si bien es cierto la Fiscalía varió la calificación jurídica establecida para uno de los punibles imputados al señor **Giraldo Hoyos**, de homicidio con dolo eventual a culposo agravado, no lo es menos que esa modificación era perfectamente viable y posible legal y jurisprudencialmente y para nada obedece a una subsunción normativa amañada de parte del funcionario respecto a la imputación fáctica, en consecuencia, ese cambio no puede predicarse como una vía de hecho por violación al principio de legalidad.

Nótese que la formalización de la acusación donde se introdujo la variación tantas veces aludida se hizo en audiencia del 30 de marzo de 2017 y frente a la misma ni los demás sujetos intervinientes ni el juez, mostró reparo alguno, cobrando firmeza entonces, la calificación jurídica dada a los hechos por los que se acusó. Luego, el 10 de julio del mismo año, al iniciar la audiencia preparatoria, las partes solicitaron mutar el objeto de la misma para presentar un preacuerdo donde la única rebaja ofrecida por la Fiscalía al señor **Carlos Giraldo Hoyos** lo fue eliminar el agravante para los homicidios concursantes, lo cual es perfectamente legal, y no se advierte en ese pacto

una vía de hecho y por tanto a la juez de conocimiento se le imponía la aprobación del mismo, porque, como viene de verse, su rol le impedía inmiscuirse en el contenido material de la acusación o del preacuerdo.

A criterio de esta Sala, el acuerdo celebrado con el señor **Giraldo Hoyos** reúne a cabalidad los requisitos formales para la aprobación del mismo, en tanto verificados las exigencias que apareja el artículo 351 y siguientes y 199 de la Ley 1096 de 2006⁴, encontramos claramente que no hay prohibición alguna para la suscripción del mismo, pues la irregularidad que advirtió la juez de conocimiento lo fue la variación de la calificación jurídica en la acusación, lo cual no representa una situación como tal del preacuerdo, sino de un acto anterior que ya se encontraba perfectamente superado y convalidado por la judicatura.

Claramente, el hecho de que la Fiscalía desde la radicación del escrito de acusación hubiera variado autónomamente la calificación jurídica de uno de los delitos imputados de homicidio con dolo eventual a culposo agravado, no puede ser un obstáculo para aprobar el preacuerdo, pues es perfectamente posible doctrinaria y jurisprudencialmente hablando que frente a unos hechos como los que ahora concitan la atención de la Sala, el Ente Acusador impute cualquiera de las dos tipos penales y, en consecuencia, no puede afirmarse con vehemencia, como lo hizo la *a quo*, que esa variación de la Fiscalía afecte, transgreda o desatienda el *factum* endilgado y con ello el debido proceso al punto de que constituya una vía de hecho que permita la intromisión del juez.

Tampoco podría advertir esta Sala de decisión que esa variación tenga toda la intención de favorecer al procesado y con ello simular una rebaja de pena adicional, como lo sugiere la funcionaria judicial, pues del estudio del caso y

⁴ Por ser una de las víctimas menor de edad.

el devenir procesal, no ese evidencia ese ánimo desleal o engañoso por parte de la Fiscalía y la defensa, pues incluso, al recapitularse los hechos por los que viene siendo juzgado el señor **Carlos Giraldo**, considera la Colegiatura que en nuestro sistema penal es tan sutil la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación que resulta muy difícil probar el dolo eventual y por ello es que constitucionalmente se le permite a la Fiscalía la variación del tipo con miras a lograr una sanción penal.

En últimas, entonces, concluye la Sala que no es una tipificación amañada la que hizo la Fiscalía respecto de los hechos endilgados al señor **Giraldo Hoyos** por considerar que allí se presentaba un homicidio con culpa con representación y no con dolo eventual, como se le había imputado, pues como se dijo, la configuración de las dos hipótesis delictuales, en la práctica, presenta una diferencia tan mínima que es perfectamente posible que se opte por cualquiera de las dos calificaciones.

Bajo los anteriores argumentos encuentra esta Colegiatura que ninguna vulneración de garantías fundamentales y ningún yerro o irregularidad presente el preacuerdo suscrito entre los sujetos procesales y mucho menos la variación de la calificación jurídica en la acusación. En consecuencia, la decisión proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, Antioquia, el 10 de julio del año en curso, debe ser revocada para en su lugar impartir aprobación al preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado, en los términos señalados en el acuerdo, atendiendo a que este cumple claramente con los requisitos formales exigidos por el legislador.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal**,

7. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto interlocutorio de fecha, origen y contenido reseñados para en su lugar **APROBAR** el preacuerdo presentado por las partes, de conformidad a lo indicado en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Remítase de inmediato la presente decisión al juzgado de conocimiento para lo de su cargo.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado