



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2022-08608
Procesado: Andrés Felipe García Saldarriaga
Delito: Tentativa de homicidio
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria con preacuerdo
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 036

Medellín, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado Andrés Felipe García Saldarriaga en contra de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, que lo condenó como autor del delito de homicidio simple, en la modalidad de tentativa.

2. ANTECEDENTES

2.1. El Hecho

Según el escrito de acusación, *“el 8 de abril de 2022, aproximadamente a las 05:30 de la tarde, en la carrera 51 con calle 45, en vía pública del barrio Guayaquil, del centro de este municipio, Andrés Felipe García Saldarriaga, sin justificación*

alguna, ocasionó dos heridas con arma cortopunzante en la región toracoabdominal derecha, octavo espacio intercostal con línea axilar anterior y media y otra en hemitórax izquierdo a nivel de la línea axilar posterior, que pusieron en peligro la vida de Juan Fernando Santana Rojas”, lo que denotaría su inequívoca intención de causarle la muerte, con medios idóneos, lo que no logró por causas ajenas a su voluntad.

2.2. Trámite Procesal

El 9 de abril de 2022, ante el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín, se formuló imputación en contra de *Andrés Felipe García Saldarriaga* por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa (artículos 103 y 27 del Código Penal), cargos a los que no se allanó. Al imputado se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad consistente en presentarse periódicamente ante el juez cuando fuera requerido y observar buena conducta.

El 29 de junio de 2022, ante el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín se formuló acusación en similares términos a la imputación. El 7 de septiembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y, el 2 de diciembre de 2022, cuando se pretendía dar inicio al juicio oral, se anunció que la Fiscalía y la defensa del acusado habían llegado a un preacuerdo. Fue así como se presentó el convenio celebrado entre la Fiscalía y el imputado y su defensa, en el que a cambio de aceptar el procesado su responsabilidad por los cargos

imputados, se le aplicaría la pena como cómplice solo para efectos punitivos, fijándola en 6 años de prisión¹.

Dicho acuerdo fue aprobado por la juez de primer grado y seguidamente se hizo la audiencia de individualización de la pena. Posteriormente, el 10 de febrero de 2023, se dio lectura de la sentencia, la cual fue recurrida por la defensa, quien sustentó por escrito dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como la resolución de la apelación no impone ingresar en otros temas diferentes a los aspectos impugnados, solo reseñamos de la sentencia lo que guarda relación con lo que fue objeto de censura. En lo restante, se entenderá incorporada la decisión de primera instancia a este fallo, pues se conserva su carácter condenatorio y lo allí resuelto que no sea objeto de reconsideración.

En virtud del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, la juez de primera instancia condenó al procesado a la pena de 6 años de prisión como autor del delito de homicidio simple en la modalidad de tentativa; por el mismo lapso impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La juez de conocimiento no concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no reunirse el presupuesto objetivo de su procedencia atendiendo al alto monto de la pena impuesta.

¹ Minuto 25:30 audiencia del 2 de diciembre de 2022.

De igual forma, negó la concesión de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, al estimar que en este caso el procesado aceptó su responsabilidad por el delito de homicidio tentado en calidad de autor y que la pena acordada es solo una ficción jurídica con exclusivos efectos en la punibilidad mas no en la responsabilidad penal que se declara. De acuerdo con lo anterior, indicó, la sanción para el delito atribuido parte de 104 meses de prisión, lo que significa que es superior a 8 años, advirtiendo que los subrogados no se definen por los beneficios de los preacuerdos, sino por los términos de la aceptación, que debe respetar la verdad procesal.

De otro lado, no acogió la solicitud de la defensa en el sentido de alejarse de los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia porque ello iría en contravía de los requisitos para conceder la prisión domiciliaria objeto de estudio, por lo que se tendría en cuenta lo establecido por la Sala de Casación Penal en la sentencia 16907-2016, radicado 46686, en la que se dispone que, en estos eventos, para efectos de la determinación de los aspectos relacionados con la objetividad de la conducta punible para el reconocimiento de la prisión domiciliaria, deben tenerse en cuenta los rangos punitivos correspondientes a la conducta circunstanciada que sea fáctica y jurídicamente imputada, mas no de la pactada dentro de la negociación.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS NO RECURRENTES

4.1. La defensora del señor Andrés Felipe García Saldarriaga apeló la anterior decisión en lo que concierne a la

negación de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal.

Considera que en este evento se reúnen los requisitos exigidos por la norma en tanto el procesado fue condenado a una pena de 6 años de prisión, el delito cometido no se encuentra en el listado de prohibición de subrogados y el acusado demostró arraigo familiar y social, asistió a las audiencias y la medida no privativa de la libertad fue cumplida durante toda la actuación.

En su sentir, la juez de primera instancia vulnera el principio de interpretación jurídica al indicar que en este caso la pena para el delito de homicidio tentado parte de 104 meses y no de los 6 años impuestos en la sentencia, para lo cual cita la providencia de segunda instancia de esta misma Sala de Decisión emitida dentro del proceso penal con radicado 2009-13949.

En síntesis, solicita se revoque la decisión recurrida en cuanto a la no concesión de la prisión domiciliaria y, en su defecto, sea otorgado dicho subrogado.

4.2. Por su lado, el delegado del Ministerio Público, como no recurrente pide que se confirme la sentencia impugnada, indicando que el presupuesto objetivo para la prisión domiciliaria es diferente del establecido para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, mientras que, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, cuando en los preacuerdos hubiere un

cambio favorable para el imputado en relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo y, por ende, para efectos de la determinación de los aspectos relacionados con la objetividad del delito, deben tenerse en cuenta los rangos punitivos correspondientes a la conducta circunstanciada que sea fáctica y jurídicamente imputada, y no de la pactada dentro del proceso de negociación, conforme con lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia con radicado 46686.

5. LAS CONSIDERACIONES

La segunda instancia se rige bajo los parámetros de la justicia rogada, por cuanto la competencia y el consecuencial objeto de la revisión que se hace en esta sede están demarcados o delimitados por los aspectos impugnados de la decisión de primera instancia, salvo los controles officiosos de debido proceso y legalidad de la pena que en este caso solo podrían operar en favor del procesado por ser su defensa apelante único.

Sentada la anterior premisa, cabe examinar si procede otorgar la prisión domiciliaria para el procesado con base en la regulación establecida en el artículo 38B del Código Penal, lo cual, a su vez, depende de si se cumple con el presupuesto objetivo de que la pena prevista en la ley para la infracción al ordenamiento penal por la que se procede sea de 8 años de prisión o menos.

Atendiendo al modo como terminó el proceso, es decir, en virtud de un preacuerdo, la solución del problema jurídico planteado depende de los términos en los que fue aceptada la responsabilidad penal, es decir, si la compensación otorgada por la Fiscalía implica la real y efectiva variación de la calificación jurídica de autor a cómplice que conlleva una pena inferior, o si ello solo ocurrió en apariencia o como ficción, como suele denominarse, esto es, para exclusivos efectos de la tasación punitiva.

Lo anterior porque si la degradación de la calificación jurídica del grado de participación atribuido fue pleno y real, esta sería la acusación aceptada y como no medió la práctica de prueba, solo es la fuerza del consenso, con respaldo en un mínimo probatorio, el que permite declarar la responsabilidad en los términos acordados.

Entonces, tanto por la fuerza de la congruencia que debe existir entre este acto procesal y la sentencia, como por el fundamento de la declaración de responsabilidad, de haber mediado realmente el cambio de la calificación jurídica de la conducta punible atribuida no se le podría declarar responsable al procesado como autor sino como cómplice, con todas las consecuencias a que hubiera lugar, entre ellas la disminución de la pena mínima consagrada en la ley para efectos de los subrogados.

La tesis de separar el delito negociado del imputado para que la condena sea por este último requiere que la aceptación de cargos sea frente al delito imputado pues, de no ser así, solo

se trataría de la hipótesis de la Fiscalía que no tendría fuerza alguna, por cuanto no estaría ni probada ni aceptada.

Entonces, lo crucial es establecer cómo fue acordada la compensación por el preacuerdo para hacerla prevalecer, toda vez que así no estuviese dentro de la legalidad, se torna inmodificable por fuerza de la prohibición de reforma en peor.

De una vez, conviene aclarar que el planteamiento efectuado no depende de la reevaluación de las concepciones vigentes sobre los fines de los preacuerdos o que se deba tener en cuenta el grado de lesividad de la conducta cometida por el acusado, pues ello no hace parte de este instituto.

Aunque la defensa cita a su favor una providencia emitida por esta Sala de Decisión en la que se concedió un subrogado², lo cierto es que se trata de un precedente que no se aviene al caso, porque si bien en esa oportunidad se analizaba una sentencia condenatoria por el delito de tentativa de homicidio emitida en virtud de preacuerdo en el que se reconoció para efectos punitivos la calidad de cómplice del procesado, lo cierto es que el tema objeto de estudio se circunscribió al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que tiene presupuestos muy distintos a la prisión domiciliaria, en especial, el requisito objetivo de la punibilidad, que para el primero se refiere a la sanción impuesta que no exceda de 4 años, mientras que para el segundo se alude a la pena mínima prevista en la ley para el delito por el que se

² Sentencia de segunda instancia del 2 de septiembre de 2022, Radicado 05-001-60-00206-2009-13949

condena y que no puede ser superior a 8 años. Fue así como en aquella ocasión la Sala de Decisión determinó lo siguiente:

“(…)

Sea como fuere, lo cierto es que en los casos de homicidio simple la concesión de subrogados no está prohibida en el inciso 2° del artículo 68A ídem y su presupuesto de procedencia desde el punto de vista punitivo es que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años. En modo alguno está autorizado el intérprete a suponer una pena distinta para negar la procedencia de la suspensión, así sea cierto que sí ameritara evaluar el presupuesto subjetivo con miras a definir si el sentenciado requiere de la ejecución de la pena en los casos en que tiene antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores, para lo que se tomaría como referencia el delito por el cual se acepta la responsabilidad y no el degradado ficticiamente para efectos de fijar la pena.

Entonces, se trata de un presupuesto expresamente señalado en la ley y su procedencia no queda condicionada a aspectos relacionados con la terminación anticipada del proceso, pues así no lo consideró el legislador, por lo que no cabe hacer reflexiones o interpretaciones *in malam partem*, por cuanto ello llevaría al desconocimiento del principio de legalidad y del principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete (*in claris non fit interpretatio*).”

Ahora bien, en la sentencia con radicado 52.227 de 2020³, con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuellar, en la que se

³ “Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia. Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU-479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

(…) 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”

considera lo previsto en la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, se distinguen dos modos como suelen presentarse en la práctica jurídica los preacuerdos cuando la contraprestación al procesado por su aceptación no se hace fijando el descuento punitivo que establece la ley para el allanamiento a cargos.

Uno de los modos es la tipificación de la conducta con la degradación plena de su calificación jurídica en las diversas modalidades posibles que comprende, caso en el cual no se debería admitir sin base fáctica atendible que, de una vez, debe advertirse es diferente a que esté demostrada, y en ese evento debería ser así reconocido oficiosamente por la Fiscalía con base en el principio de legalidad y no como compensación consensual. En otras palabras, la contraprestación no puede ser el derecho que se tiene, pues se trataría de un timo que contraría el espíritu del orden jurídico y de la justicia.

En esta modalidad de preacuerdo, la responsabilidad se acepta sobre el delito degradado, de modo que se desvanece la posibilidad de que perviva cualquier efecto del delito inicialmente atribuido, que en estos casos no estaría siquiera probado en tanto con la terminación anticipada se pretende prescindir del juicio; de modo que en la sentencia la responsabilidad se declara sobre el delito aceptado que con el acompañamiento del mínimo probatorio de la tipicidad y antijuridicidad, permite fijar la condena.

Desde luego que en estos eventos la variación de la calificación jurídica efectuada en el acuerdo tiene efectos plenos

y repercute, para bien o para mal, en la regulación de la concesión de subrogados y sustitutos penales. Entonces, por ejemplo, para establecer la procedencia de la prisión domiciliaria se tomará el mínimo establecido en la ley para el delito consensuado.

La otra modalidad consiste en que realmente no se degrada la conducta atribuida ni su responsabilidad, sino la pena con base en una tipificación que en la práctica se suele denominar ficción, evento que, si bien no consideró la Corte Constitucional en la sentencia de unificación mencionada, lo viene desarrollando la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como puede observarse en la sentencia SP359-2022 del 10 de febrero de 2022, radicado 54535. Naturalmente que en esta modalidad no cabe exigir soporte probatorio alguno, pues se presupone que se carece del mismo, es decir, que no existe la base fáctica para hacerlo como una degradación real del tipo o la participación atribuida.

Concordante con lo expuesto, en estos casos el procesado debe aceptar la responsabilidad sobre el delito imputado o acusado y no sobre la nueva calificación jurídica más favorable, cuyos efectos operan exclusivamente sobre la tasación de la pena, es decir, respecto al cálculo de la compensación otorgada por el preacuerdo; de manera que en la sentencia se declara la responsabilidad por el delito originariamente atribuido y aceptado con el grado de participación que se admite. Por consiguiente, en estos eventos, para la concesión de la prisión domiciliaria se tendrá en cuenta el mínimo punitivo señalado

en la ley para el delito por el que se condena y no el estimado para hacer el descuento punitivo.

Reiteramos, entonces, que la solución depende de cómo se planteó el preacuerdo, entendiendo la Sala que en este caso se acudió a la última modalidad, en tanto el procesado aceptó su responsabilidad como *autor* del delito atribuido, tal como lo manifestó la Fiscalía quien advirtió que: *“y a cambio de ello, y como única contraprestación, sin modificar el cargo ni los hechos, se acuerda que la pena se le impondrá en los términos de la complicidad, fijándola en 6 años de prisión”*, circunstancia que fue verificada por la juez de conocimiento con el mismo procesado, quien manifestó entender los términos del preacuerdo.

Lo decisivo para establecer que se trató de una compensación recortada es que se dice que la calidad de cómplice solamente se concede para efectos punitivos, haciendo alusión a que se refiere a una ficción, lo que impone que para los efectos distintos a la imposición de la pena se le considere autor a Andrés Felipe García Saldarriaga, puesto que además de ese modo lo aceptó, por lo cual en su caso la pena mínima sería de 104 meses de prisión para la conducta tipificada en el artículo 103 del Código Penal en concordancia con el artículo 27 ídem al haberse cometido en grado de tentativa, pena base para estudiar la procedencia de la prisión domiciliaria.

En consecuencia, al superar la pena mínima del delito por el que se procede, esto es, tentativa de homicidio simple, los 8 años de prisión, no debe otorgarse la sustitución de la reclusión

carcelaria por la domiciliaria. Esta conclusión no varía porque el delito contra la vida atribuido, no esté relacionado como excluido de la prisión domiciliaria por el artículo 68A del Código Penal, o porque el procesado carezca de antecedentes penales o demuestre su arraigo o, como lo plantea la defensa, porque haya asistido a las audiencias y cumplido a cabalidad con la medida no privativa de la libertad que le fue impuesta, pues el factor de improcedencia señalado, como es que se supera el tope mínimo de la pena de los 8 años, es independiente de los aspectos señalados. Por estos motivos, será del caso negar la pretensión de la apelante de conceder a su prohijado la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal y, por ende, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Confirmar la sentencia recurrida, obra del Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, conforme con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo

cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO