

Proceso: 050016000206 **2023-00732**  
Delito: Homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado  
Imputados: John Esteban Vergara Castañeda y  
José Eladio Giraldo Restrepo  
Procedencia: Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia  
Objeto: Apelación auto que imprueba preacuerdo  
Decisión: Revoca  
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez  
No. Auto: 032-2023

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DECIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL

**Medellín, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

**Proyecto aprobado según acta Nro. 117**

Se pronuncia la Sala, sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la defensa y la representación de las víctimas contra la decisión del Juez 2° Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, el pasado 4 de agosto, de no impartir aprobación al preacuerdo suscrito con los imputados **JOHN ESTEBAN VERGARA CASTAÑEDA**

**Y JOSÉ ELADIO GIRALDO RESTREPO** por los delitos de homicidio agravado en concurso con homicidio agravado en grado de tentativa, en calidad de coautores.

## 1. HECHOS

Según el acta de preacuerdo son los siguientes:

*“Ocurrieron el pasado 13-01-2023 aproximadamente a las 9.00 de la noche, en el municipio de la Estrella, corregimiento de la Tablaza, barrio El Chispero, en la calle 100 B Sur con carrera 48 CC, cuando el señor JOHN ALEXIS MEJÍA VARELA, mayor de edad, acudió al sitio acompañado por el joven CRISTIAN ANDRÉS LONDOÑO ACEVEDO, menor de edad a tres meses de cumplir la mayoría de edad, por invitación que le hiciera al primero la señora SARA ARREDONDO LÓPEZ, momento en el que fueron abordados y agredidos con elementos corto contundentes como varillas, palos y navajas, por aproximadamente seis (6) sujetos que los esperaban y se encontraban escondidos detrás de un camión parqueado en el sector, entre los cuales se encontraban los señores JOHN ESTEBAN VERGARA CASTAÑEDA (alias Primo) y JOSÉ ELADIO GIRALDO RESTREPO (Alias Lalo), causando con dicho ataque la muerte del señor JOHN ALEXIS MEJÍA VARELA e infringiéndole lesiones al joven CRISTIAN ANDRÉS LONDOÑO ACEVEDO, que pusieron en peligro su vida”.*

## **2. ANTECEDENTES PROCESALES**

2.1 El 31 de mayo de 2023, ante el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de la Estrella se legalizó la captura de **José Eladio Giraldo Restrepo**, se le formuló imputación como coautor del concurso de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado, art. 27, 29, 31, 103 y 104 numeral 7° del C.P. No hubo aceptación de cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Las audiencias preliminares en disfavor de **John Esteban Vergara Castañeda** se efectuaron el 1° de junio de 2023 ante el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de la Estrella. Se formuló imputación en los mismos términos que al primero y se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario. No se allanó a cargos.

2.2. El 7 de julio de este año, la Fiscalía 41 Seccional radicó acta de preacuerdo, mismo que le correspondió por reparto al Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, quien llevó a cabo dicha audiencia el 4 de agosto siguiente.

### ***Términos de la negociación***

La fiscalía luego de hacer un recuento de los hechos jurídicamente relevantes tal y como constan en el acta de preacuerdo, aclaró que, en este asunto, no se presentaba el agravante del numeral 3° del inciso 2° del art. 104 del C.P, porque no cuenta con elementos materiales probatorios que indiquen que los coautores del hecho conocían de antemano la minoría de edad del joven Cristian Andrés Londoño Acevedo, a quien le faltaban tres meses para cumplir los 18 años y por ende a los imputados tampoco les es aplicable la prohibición de la concesión de beneficios consagrada en el Código de Infancia y Adolescencia.

Enseguida dijo que por la aceptación de responsabilidad como ficción jurídica y sólo para establecer el monto de la pena, se les reconocería la circunstancia de marginalidad consagrada en el art. 56 del C.P., de esa manera indicó que la pena a imponer por el homicidio agravado sería de 192 meses de prisión la cual se incrementará en un mes más por el concurso con el delito de tentativa de homicidio agravado, para un total de 193 meses, o lo que es igual, 16 años 1 mes.

Respecto a la participación de las víctimas agregó que, a pesar de múltiples esfuerzos, no fue posible ubicar a la señora Rosa Elena Mejía Varela, madre del fallecido John Alexis Mejía, pero que en todo caso en la diligencia está presente un abogado que representa sus intereses.

Respecto de la víctima Cristian Andrés Londoño se logró a través de la jurídica del lugar en el que está actualmente recluso, que se conectara a la audiencia, por esa razón se le explicaron los términos del preacuerdo y manifestó no tener inconveniente<sup>1</sup>.

La defensa contractual de los procesados indicó que esos eran los términos del preacuerdo y la representación de víctimas dijo no oponerse.

### **3. LA DECISIÓN RECURRIDA**

El juez de instancia empezó su intervención señalando que el preacuerdo no sería aprobado. En primer lugar, aclaró que, si bien es cierto, la víctima del delito de tentativa de homicidio agravado era menor de edad para el momento de los hechos, también lo es

---

<sup>1</sup> Audiencia de preacuerdo del 4 de agosto de 2023. Minuto: 11:21

que, la fiscalía como dueña de la acción penal decidió no imputar por el agravante del numeral 3º inciso 2 del art. 104 del C.P., por lo que esa no sería una razón para impedir la negociación.

En segundo término, refirió que tanto la fiscalía como el despacho a su cargo realizó enormes esfuerzos para ubicar a la madre del hoy fallecido, no obstante, ello no fue posible. Sin embargo, se le nombró un defensor para que sus derechos no le fueran vulnerados.

A pesar de lo anterior, indicó que el preacuerdo presentado por la fiscalía no cumplía con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, pues no se puede cambiar la calificación jurídica de las conductas punibles imputadas, sin ninguna base fáctica con el objeto exclusivo de acordar una disminución en la pena y en este caso, el delegado del ente investigador les otorga como único beneficio la rebaja punitiva contenida en el art. 56 del C.P., que ofrece el *“descuento punitivo más grande que se tiene en el C.P.”*.

Señaló que la Sala Mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a los beneficios punitivos indicando que deben ser proporcionales sin conceder descuentos desmesurados teniendo en cuenta la readecuación típica, eliminación de agravantes y el momento procesal.

Dijo que la sentencia SU479 de 2019 indicó que no se puede negociar olvidando los límites que imponen los art. 351 y ss del C. de P.P y que en este caso la rebaja ofrecida por la fiscalía es excesiva a la que se hubiese otorgado en caso de un allanamiento a cargos y no hay una base probatoria que la soporte, pues en la comisión de la conducta

punible nada tuvo que ver esas condiciones de marginalidad ofrecidas por la fiscalía. En ese sentido no avaló los términos del preacuerdo<sup>2</sup>.

La fiscalía, la defensa y el representante de las víctimas apelaron la decisión.

#### **4. DEL RECURSO**

**4.1 El delegado de la Fiscalía**, solicitó que la decisión fuera revocada y en su lugar, se apruebe el preacuerdo suscrito con los procesados y su defensa.

Para el efecto indicó que la negociación presentada es proporcional pues si bien se dijo que se reconocería la marginalidad del art. 56 del C.P., ésta fue solo para efectos de rebaja de la pena y como ficción, ya que en efecto, no cuenta con elementos materiales probatorios para su aplicación.

Señaló que el tema de los preacuerdos no es pacífico, sin embargo, en este evento la rebaja es razonable pues no se concede el máximo de la establecida con el reconocimiento de la marginalidad, sino que se acordó en 192 meses, más un mes por el delito de homicidio agravado en modalidad tentada.

Dijo que en este caso no debe tenerse en cuenta el momento procesal en que se presenta el preacuerdo pues se está en una etapa primigenia de la actuación y ello se tuvo en cuenta para establecer el monto de la rebaja, además no es despreciable el tiempo que deben

---

<sup>2</sup> Audiencia de preacuerdo del 4 de agosto de 2023. Minuto: 1:07:01

permanecer privados de la libertad ya que por el monto no proceden subrogados, es decir, que deben permanecer reclusos en establecimiento carcelario.

Aclaro que la fiscalía no imputó el agravante del numeral 3° del inciso 2° del art. 104 del C.P., sino el del numeral 7° que tienen que ver con la indefensión en que estaban las víctimas para el momento de los hechos y que, los derechos de las víctimas se encuentran garantizados a través de un abogado. Así las cosas, insistió en que se revoque la decisión y se apruebe el preacuerdo<sup>3</sup>.

**4.2 El representante de las víctimas**, coadyuvó la solicitud de la fiscalía y agregó que en este asunto no se vulnera el principio de legalidad y la negociación se ajusta a la justicia premial y en manera alguna desprestigia la administración de justicia, además la marginalidad como ficción no está excluida para los preacuerdos<sup>4</sup>.

**4.3 Por último la defensa**, en el mismo sentido que sus antecesores, solicitó que la decisión del a quo fuera revocada, pues en su sentir, la pena pactada de 193 meses no es desproporcionada; agregó que en estos casos el juez debe verificar que no haya vicios en la negociación, por ejemplo, que se otorgue un doble beneficio o que se pacten subrogados cuando éstos son prohibidos, pues de lo contrario el preacuerdo es vinculante para el juez.

Para sustentar que, en este evento, no se viola el principio de legalidad y de las penas, trajo a colación una decisión del Tribunal Superior de Santa Marta dentro del radicado 1100160991442020-004063 en la que se hizo una valoración sobre los preacuerdos<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Minuto: 1:19:30

<sup>4</sup> Minuto: 1:39:12

<sup>5</sup> Minuto: 1:42:01

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

5.1 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 interpusiera la fiscalía, la defensa y la representación de las víctimas, contra la decisión del Juez 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia de improbar el preacuerdo celebrado entre las partes en la actuación penal que se sigue en contra **John Esteban Vergara Castañeda y José Eladio Giraldo Restrepo**, por las conductas punibles de homicidio agravado en concurso con tentativa de homicidio agravado.

5.2 El problema jurídico que deberá resolver la Sala se contrae a determinar si se equivocó el a quo al improbar el preacuerdo en los términos fijados por la fiscalía, los procesados y su defensor, al considerar que vulnera garantías fundamentales, en este caso el principio de legalidad, pues la rebaja de la pena, en su sentir, es desproporcionada.

5.3 Dicho lo anterior, la Sala hará una breve reseña sobre la figura de los preacuerdos a la luz de la reciente jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y se aplicarán los anteriores insumos al caso concreto.

5.4 Pues bien, como institutos de derecho penal premial y consensuado adoptados por la ley 906 de 2004, se encuentran, de un lado los allanamientos a cargos, actos esencialmente unilaterales, caracterizados porque una vez el encartado conoce la imputación o los cargos que en su contra formula la fiscalía decide de manera voluntaria e informada aceptarlos a cambio de una reducción o rebaja en la pena que recibirá del



juez, cuyo monto depende fundamentalmente del momento procesal en que se produce la aceptación. Insiste el Tribunal en que se trata de un acto unilateral del acusado, pues la fiscalía no participa en forma determinante en su concreción, al punto que no puede oponerse a su realización a fin de agotar el proceso a través de su trámite ordinario.

De otro lado están los preacuerdos entre Fiscalía e imputado o acusado, estos sí de carácter bilateral, que nacen del consenso entre aquellos acerca de los términos de la imputación, de modo tal que el procesado decida declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal elimine alguna agravante o cargo específico o adecue la conducta de una determinada manera que comporte un resultado más favorable desde la punibilidad para el acusado<sup>6</sup>.

Salta a la vista que se trata de institutos diferentes, perfectamente diferenciables y diferenciados, así estén reglados de manera simultánea y en ocasiones indistinta por el legislador. Lo cierto es que se trata de instituciones ontológicamente diferentes.

El artículo 348 de la ley 906 de 2004, se encarga de señalar las finalidades de estas formas de terminación anticipada del proceso, entre las cuales resulta oportuno resaltar lo plasmado en su inciso segundo en el sentido de que *el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia*. De ese aparte normativo resulta esencial y concreto el deber señalado en último lugar, pues es claro que no se puede pregonar la existencia inconcusa de una política criminal del estado y las directrices de la Fiscalía no siempre son consistentes. Entonces, el mandato claro plasmado en la norma está determinado porque con la aplicación de estos

---

<sup>6</sup>Sentencia del 23 de julio de 2009, radicado 31.063 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

institutos se aprestigie la administración de justicia o, desde una formulación negativa del fin, que con ellos no se desprestigie la administración de justicia. Se trata de un imperativo, casi de un mandato de optimización cuyo incumplimiento debe generar efectos en punto de la aceptación y procedencia del instituto.

La obtención en la práctica de esa finalidad, claramente expresada en la ley no ha estado libre de dificultades. Primero con la implementación de los allanamientos. En los albores del sistema esta fue la herramienta más utilizada por los defensores a cambio, casi siempre de las rebajas máximas, en la mayoría de los casos del 50% de las penas a imponer sin absolutamente ninguna consideración adicional.

Expresado de diferente manera, estas concesiones no siempre resultaban proporcionales a la gravedad de la conducta, a los derechos de las víctimas, etcétera. Esta realidad hizo que, en casos de flagrancia, entre las muchas interpretaciones posibles en punto del monto de las rebajas por allanamiento se optara por aquella que ofrecía los más precarios beneficios<sup>7</sup>. Una tal realidad, llevó a que el allanamiento se hiciera casi inaplicable y que las partes dirigieran su atención y concentraran sus esfuerzos creativos hacia y en los preacuerdos. Fue así, como se pasó de la obtención casi generalizada de beneficios punitivos de un 50% a otros en porcentajes muy superiores, de más del 80%, pero además con efectos en sede de la libertad de los procesados dado el monto de las penas acordadas, sin que el juez pudiera intervenir en aplicación de la línea jurisprudencial decantada para entonces.

---

<sup>7</sup> Sentencia C-645/12 que señaló con criterio de autoridad la interpretación que debía darse el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 que modificaba el artículo 301 de la ley 906 de 2004, referido a la flagrancia, cuyo tenor era el siguiente: Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ parte del beneficio de que el artículo 351 de la ley 906 de 2004.

Así las cosas, puede decirse que se empezó por un uso desmedido de los allanamientos, que incumplía el fin anunciado de aprestigiar la administración de justicia, para seguir con el uso en condiciones semejantes o aún más desmesuradas de los preacuerdos, con los mismos resultados frente al deber o fin expuesto.

En ese estado del arte, surgió la Sentencia SU-479 de 2019, que consideró improcedentes los preacuerdos que incorporaban una calificación jurídica favorable al acusado sin un sustento probatorio mínimo que la respaldara al considerar que de esa manera se solían conceder rebajas desproporcionadas. Esto concluyó la Corte al respecto:

*“En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso”.*

El criterio acabado de exponer, como reacción al uso irresponsable que de los preacuerdos hicieron las partes, sin duda alguna desdibujó el instituto, pues su razón de ser, su esencia, enseña que reconoce beneficios que no están acreditados probatoriamente, pues de estarlo, así sea mínimamente no pueden constituir una contraprestación por la aceptación de responsabilidad, sino que deben ser reconocidos como derechos del imputado o acusado.

El anterior criterio jurídico fue de alguna manera interpretado, y atemperados sus efectos, por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia a partir de la decisión SP2073 2020, radicado 52.227 del 24 de junio de ese año. En efecto, en esa oportunidad la Corte de Casación destacó que los preacuerdos en que se acude a un cambio en la calificación jurídica de la conducta sin una base fáctica que la sustente en efecto desconocen el principio de legalidad y en ocasiones conceden rebajas desbordadas. Así, concluyó que en su lugar ha de acudirse a preacuerdos en que la referencia a normas penales no aplicables al caso se dé con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo, sin que modifique la calificación jurídica real de la conducta. No obstante, admitió que en este tipo de pactos también podía presentarse, como de hecho ocurre, el que se acuerden rebajas desproporcionadas. Ante esa realidad, mencionó algunas pautas a considerar a fin de evitar ese tipo de concesiones exageradas. Al respecto la Corte concluyó lo siguiente:

*“Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en*

*orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios”.(subrayado por el Tribunal)*

De la anterior conclusión se infiere, que la Corte enunció algunos criterios a considerar al momento de evaluar el monto de la rebaja que se va a reconocer a través del preacuerdo. En ningún momento dijo que debiera considerarse uno de ellos de manera exclusiva y aislada o que solo fueran susceptibles de ser utilizados los allí mencionados. Se trata entonces de criterios que hacen reglada la facultad de negociación de los fiscales y que deben ser considerados también por el juez al momento de evaluar el carácter desproporcionado o no de una determinada negociación.

La Corte, posteriormente, en el radicado 51478 del 21 de octubre de 2020, insistió de manera expresa en mencionar los criterios a tener en cuenta al momento de decidir si un beneficio en sede de punibilidad admite la calidad de desproporcionado, citando incluso textualmente el aparte de la sentencia del 24 de junio de 2019. En otros términos, la Corte precisó la existencia de criterios que deben ser valorados en tal dirección, con independencia de la crítica que algunos de ellos puedan admitir por estar relacionados con otros institutos procesales, tal como lo dejó plasmado la aclaración de voto con que cuentan las dos decisiones mencionadas. Es más, en esas aclaraciones de voto se admite la posibilidad de acudir a criterios como la modalidad y la gravedad de la conducta ejecutada a fin de escudriñar o definir si una rebaja es desproporcionada o no.

En sentir del Tribunal, el recurso interpretativo de acudir a los criterios enunciados y otros más que pueden ser útiles en la dirección propuesta, se encuentra avalado por el artículo 348 que irradia la función de las partes y en particular del juez de buscar que con los preacuerdos se evite desprestigiar la administración+ de justicia.

Es cierto que en esta última decisión (51478 del 21 de octubre de 2020), la Corte realizó la siguiente manifestación:

*“La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en los preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido, señaló que debe ser proporcional, esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negociación, pues se haría desproporcionado”.*

Sin embargo, la referencia no resulta exacta porque parece sugerir que el único criterio al que ha de acudirse a fin de establecer si la rebaja concedida es desproporcionada es el relacionado con la oportunidad procesal en que se acude a la terminación anticipada del proceso, afirmación que, se insiste, no es exacta, tal como se viene discutiendo. Además, aquella consideración no puede erigirse como *ratio decidendum* de la sentencia, pues en ella se examinó si la negativa de este Tribunal, en particular de esta sala de decisión, de conceder la suspensión condicional en un asunto en que se acordó una pena de 48 meses por delito de tentativa de homicidio resultaba legal. El asunto relacionado con el monto de la rebaja y su carácter desproporcionado o no, no podía ser objeto de discusión en esa oportunidad por respeto del principio de *Non reformatio in pejus*.

Posteriormente, en otra decisión se tuvo como *ratio decidendum* para improbar el preacuerdo entre la fiscalía y un procesado por el delito de peculado culposo, única y exclusivamente el momento procesal en que se acudió al instituto. En esa decisión insistió la Corte:

*“No se trata aquí de interpretaciones restrictivas, o del desconocimiento de los propósitos de la justicia premial como lo plantean las partes. Sencillamente, las normas procesales referidas no admiten una hermenéutica distinta. El mandato del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando se celebran preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado durante el “ámbito procesal” comprendido desde la presentación de la acusación (entendiendo por ésta la etapa correspondiente a la radicación del respectivo escrito) y, hasta el momento en que el acusado es interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el beneficio que puede obtener el enjuiciado consiste en la reducción de la pena en una tercera parte”<sup>8</sup>.*

Sin embargo, la Corte acudió a ese único criterio, dejando de lado otros que habrían permitido, en sentir del Tribunal decidir en sentido contrario. Por ejemplo, que se trató de una delincuencia ejecutada en modalidad culposa, que el acusado reparó los perjuicios ocasionados con su omisión al deber objetivo de cuidado y que el monto de lo perdido en realidad no era considerable (No superó el millón de pesos). En esos términos una rebaja del 45% de la pena a imponer, acordada en sede de la audiencia de formulación de acusación, esto es, apenas presentado el escrito de acusación, en sentir del Tribunal podría, eventualmente, catalogarse como no desproporcionada.

Hasta aquí el estado actual de la discusión propuesto por la Corte.

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 58316 del 21 de octubre de 2020.

5.5 Al respecto, en opinión del Tribunal, imponer como único criterio para definir el carácter proporcionado o desproporcionado de una rebaja el de la oportunidad procesal en que se acude al instituto, termina por asimilar en sus efectos los allanamientos y los preacuerdos, generando ahora, la desaparición no declarada de estos últimos. No es una exageración, si las rebajas a conceder en los preacuerdos están determinadas, como en el caso de los allanamientos, única y exclusivamente por el momento procesal en que se acude a ellos, hay que concluir que no se advierte diferencia entre unos y otros.

Una tal equiparación desconoce que el legislador quiso ofrecer a las partes dos modalidades de terminación anticipada del proceso por vía de la aceptación de responsabilidad, una de derecho penal premial y otra de derecho penal consensuado, se insiste, perfectamente diferenciables en sus esencias y efectos.

El desbordado uso que de los preacuerdos han venido realizando las partes en el proceso penal, no se soluciona eliminando, sin decirlo, el instituto del ordenamiento legal, a través de una interpretación que lo lleva a su absoluta inaplicación. Eso sería desconocer que la ley otorga las herramientas para corregir esos usos desbordados. Se insiste, el artículo 348 del C. de P.P., cuando se ocupa de las finalidades de los institutos analizados, impone a los funcionarios encargados de su aplicación el deber de observar *las pautas trazadas como política criminal a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.*

Expresado de diferente manera, nuestra realidad ha desencadenado que el juez, al momento de evaluar si un preacuerdo está reconociendo beneficios que pueden ser desproporcionados, deba valerse de todos los criterios que le puedan ser útiles en dirección a adoptar la mejor decisión posible. Así, el momento procesal en que se



pone a consideración del juez el preacuerdo, en sentir de la Sala, puede servir como uno, no el único, de los criterios idóneos para tal fin. Así se desprende expresamente de las decisiones de la Corte citadas en aparte previo de este proveído. Entre esos factores están por ejemplo la gravedad de las conductas ejecutadas, los efectos que sobre la libertad de los pasivos de la acción penal puede generar el preacuerdo, la presencia o no de flagrancia en la captura, la existencia de víctimas, la intensidad del daño a ellas ocasionado, la reparación del mismo por parte del imputado, solo por mencionar algunos de ellos. Todos esos factores confluyen en la posibilidad de calificar un beneficio como desproporcionado y un acuerdo como inaceptable por desprestigiar la administración de justicia o, en sentido contrario, valiéndose de esos criterios podría llegar a concluirse que un acuerdo no es desproporcionado a pesar de reconocer una rebaja superior a la que correspondería según la etapa procesal por la que avanza la actuación.

Se insiste una vez más, la Corte enunció toda una gama de criterios que pueden acompañar al de oportunidad procesal en que se acude al instituto, a fin de evaluar la proporcionalidad del beneficio ofrecido como contraprestación por la aceptación de responsabilidad.

La aplicación con carácter absoluto del criterio a que se viene haciendo referencia, llevaría a la inaplicación de modalidades de acuerdo en que se excluye una agravante, se degrada la participación del acusado en la conducta, o se reconoce una diminuyente de punibilidad, incluso en casos en que esa negociación se realice en los albores del proceso, todo por cuenta de los efectos que en sede de punibilidad generarían algunas de aquellas opciones. Esa no puede ser una interpretación razonable del criterio jurisprudencial examinado.

En criterio del Tribunal no puede interpretarse de manera insular el contenido del artículo 352 del C. de P.P. cuando en su inciso segundo dispone: *Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal* (entre el momento en que se presenta la acusación y aquel en que el acusado es interrogado en juicio sobre su responsabilidad), *la pena imponible se reducirá en una tercera parte*. Esta disposición debe interpretarse de manera sistemática con el contenido del artículo 350 citado en precedencia en el aparte en que explica las modalidades que puede revestir el preacuerdo y con las decisiones de la Corte también ya examinadas. Es más, la Corte ha entendido por años que ese precepto se refiere a los allanamientos no a los preacuerdos.

### ***Del caso concreto***

5.6 A **John Esteban Vergara Castañeda y a José Eladio Giraldo Restrepo** les fue imputada por la Fiscalía General de la Nación la coautoría responsable de un concurso de conductas punibles de homicidio agravado, art. 103 y 104 numeral 7° y tentativa de homicidio agravado art. 103 y 104 numeral 7°, que conlleva una pena, según la fiscalía de 480 a 600 meses de prisión<sup>9</sup>.

El delegado del ente persecutor radicó acta de preacuerdo suscrita por los procesados y su defensa, al momento de verbalizar dicha negociación expuso que a cambio de la aceptación de su responsabilidad les reconocería solo para efectos punitivos, es decir como ficción, la circunstancia de marginalidad de que trata el art. 56 del C.P.. Fue así como se pactó una pena de prisión por el delito de homicidio agravado de 192 meses de prisión, más un mes por el concurso de conductas punibles de otro homicidio agravado

---

<sup>9</sup> Audiencia de formulación de imputación del 31 de mayo y 1° de 2023. Minutos 24:58 y 06:43, respectivamente.

en modalidad tentada, para un total de 193 meses de prisión, o 16 años un mes. 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 esa oportunidad la fiscalía reiteró que la pena para el homicidio agravado de acuerdo con los art. 103 y 104 numeral 7° del C.P., tenía una pena de 480 a 600 meses de prisión<sup>10</sup>.

El *a quo* antes de verificar la aceptación de los cargos por parte de los procesados, decidió no aprobar el preacuerdo con fundamento en que la rebaja de la pena era desproporcionada, en tanto supera el que se hubiese otorgado en virtud de un allanamiento a cargos en esa etapa procesal, lo que no solo vulnera el principio de legalidad y de las penas, sino que desprestigia la administración de justicia.

Antes de indicar las razones por las cuales, la Sala considera que el preacuerdo es legal y, por tanto, la pena acordada no es desproporcionada, hará la siguiente aclaración. La Corte Constitucional<sup>11</sup> declaró inexecutable el incremento de la pena establecida para el delito de homicidio agravado (previsto en el art. 27 de la Ley 2098 de 2021, subrogado por el inciso 1° del artículo 8° de la Ley 2197 de 2022), por ser contrario al principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas. Por lo tanto, la sanción para la conducta punible que hoy se investiga parte de 400 a 600 meses de prisión y no de 480 a 600 meses de prisión, como equivocadamente lo indicó la fiscalía.

Del mismo modo, es válido aclarar que, si bien es cierto, el *a quo* no improbió el preacuerdo con fundamento en que no se aplicó el agravante del inciso 2° numeral 3° del art. 104 del C.P., que hace referencia a que la conducta se cometa en persona menor de

---

<sup>10</sup> Audiencia de preacuerdo del 4 de agosto de 2023. Minuto: 11:21

<sup>11</sup> Sentencia C-383 de 2022

edad, también lo es que, éste no existe en virtud de la sentencia constitucional atrás mencionada, es decir la C-383 del 2 de noviembre de 2022.

Así las cosas, aplicada a esta proporción, 400 a 600 meses de prisión, la rebaja como ficción del art 56 del C.P., la pena oscila entre 66.66 y 300 meses de prisión, así las cosas, el monto acordado en virtud del preacuerdo, esto es 192 meses de prisión para el delito más grave, además de legal, no es excesiva y tampoco desprestigia la administración de justicia, por lo siguiente: i) de acuerdo con la naturaleza de la conducta ejecutada, la pena de 16 años un mes, no es insignificante, sin que con ello quiera restársele gravedad a la conducta; ii) la rebaja representa el 52% de la pena, es decir, un tope muy próximo al 50% que se tendría en cuenta en el caso de una aceptación unilateral a cargos propio de esta etapa procesal; sin embargo, es importante considerar que la modalidad de negociación establecida por las partes no estaría sujeta a las proporciones que sí obligan en materia de allanamiento; iii) la pena debe ser cumplida de forma intramural ya que 16 años un mes, es un monto superior de aquellos 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 estuvieron presentes en la negociación, la madre del fallecido estuvo representada por un abogado, mientras que Cristian Andrés Londoño, quien actualmente está privado de la libertad, fue conectado de manera virtual a la audiencia y al momento de la presentación del preacuerdo, dijo no tener ninguna oposición, con lo cual quedó satisfecho su derecho a participar en este tipo de trámites, de ahí que esas prerrogativas a la verdad y la justicia están satisfechos, pues de un lado, los hechos que dieron origen a la actuación quedaron plenamente demostrados, ninguna de las partes, ni las víctimas, cuestionaron la forma en que se dice acontecieron, y de otro, los acusados deberán cumplir una pena intramural por un monto nada insignificante. Finalmente, En lo que tiene que ver con el derecho a la reparación, ya tendrán la posibilidad de procurar alguna

*Tribunal Superior de Medellín  
Sala Decimotercera de Decisión Penal  
Radicado Nro. 050016000206 2023-00732  
John Esteban Vergara Castañeda y  
José Eladio Giraldo Restrepo*

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.

Bajo las circunstancias descritas, en sentir del Tribunal, no resulta acertado ni razonable calificar el preacuerdo como arbitrario o desmesurado. 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 a los propios imputados 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. Además, la actitud de las víctimas es indicativa de su conformidad con la sanción a imponer a sus agresores, con lo cual resulta por lo menos discutible afirmar que el acuerdo desprestigia la administración de justicia.

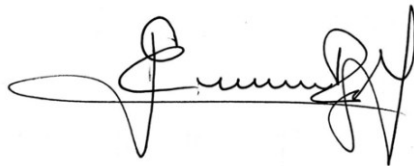
En los términos acabados de exponer, la decisión apelada será revocada y en su lugar se aprobará el preacuerdo puesto a consideración del Juez, disponiendo que la carpeta regrese a ese despacho a fin de que se profiera la sentencia que corresponda.

Por lo expuesto, **la Sala de Decimotercera 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: REVOCAR** el auto proferido el 4 de agosto pasado por el Juez 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia que improbió el preacuerdo puesto a su consideración por el delegado de la fiscalía y la defensa de **John Esteban Vergara Castañeda y José Eladio Giraldo Restrepo**. En su lugar **APRUEBA EL PREACUERDO** y ordena seguir con la actuación en los términos de ley.

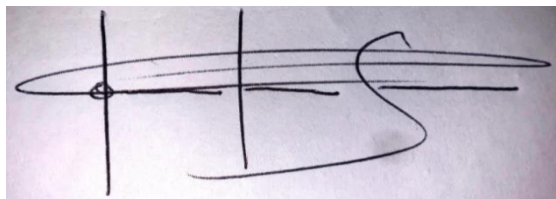
Esta decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

En firme, regrese la carpeta al juzgado de origen a fin de que continúe con el trámite propio de la terminación anticipada del proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**MAGISTRADO**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
**MAGISTRADO**



**NELSON SARAY BOTERO**  
**MAGISTRADO**

*Con aclaración de voto*



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2023 00732
Procesados	John Esteban Vergara Castañeda y José Eladio Giraldo Restrepo
Víctimas	John Alexis Mejía Varela (occiso) Cristian Andrés Londoño Acevedo (lesionado)
Delitos en concurso	Homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado
Hechos	13 de enero de 2023 aproximadamente a las 9.00 de la noche, municipio de la Estrella, corregimiento de la Tablaza, barrio El Chispero, en la calle 100 B Sur con carrera 48-C-C
Juzgado <i>a quo</i>	Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia
Asunto	Apelación de auto que imprueba preacuerdo
Magistrado Ponente	LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
Aclaración de voto	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

### ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión de aprobación de la negociación en el *sub lite*, sin embargo, considero necesario aclarar el voto en el sentido que paso a explicar.

#### 1. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE DECISIÓN

Se dice en la providencia *ad quem*:

«Así las cosas, aplicada a esta proporción, 400 a 600 meses de prisión, la rebaja como ficción del art 56 del C.P., la pena oscila entre 66.66 y 300 meses de prisión, así las cosas, el monto acordado en virtud del preacuerdo, esto es 192 meses de prisión para el delito más grave, además de legal, no es excesiva y tampoco desprestigia la administración de justicia, por lo siguiente: i) de acuerdo con la naturaleza de la conducta ejecutada, la pena de 16 años un mes, no es insignificante, sin que con ello quiera restársele gravedad a la conducta; ii) la rebaja representa el 52% de la pena, es decir, un tope muy próximo al 50% que se tendría en cuenta en el caso de una aceptación unilateral a cargos propio de esta etapa procesal; sin embargo, es importante considerar que la modalidad de negociación establecida por las partes no estaría sujeta a las proporciones que sí obligan en materia de allanamiento;

iii) la pena debe ser cumplida de forma intramural ya que 16 años un mes, es un monto superior de aquellos 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 estuvieron presentes en la negociación, la madre del fallecido estuvo representada por un abogado, mientras que Cristian Andrés Londoño, quien actualmente está privado de la libertad, fue conectado de manera virtual a la audiencia y al momento de la presentación del preacuerdo, dijo no tener ninguna oposición, con lo cual quedó satisfecho su derecho a participar en este tipo de trámites, de ahí que esas prerrogativas a la verdad y la justicia están satisfechos, pues de un lado, los hechos que dieron origen a la actuación quedaron plenamente demostrados, ninguna de las partes, ni las víctimas, cuestionaron la forma en que se dice acontecieron, y de otro, los acusados deberán cumplir una pena intramural por un monto nada insignificante. Finalmente, En lo que tiene que ver con el derecho a la reparación, ya tendrán 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».

Considero que aun partiendo de la pena de 66.66 meses de prisión, como pena más grave a partir de la cual se ha de hacer el incremento por el otro delito, la pena sería proporcional y daría lugar a la aprobación de la negociación.

## **2. INCREMENTO GENERAL DE PENAS DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 890 DE 7 de JULIO de 2004**

El artículo 14 de la Ley 890 de 7 julio de 2004, con vigencia a partir del 1° enero 2005, establece:

«Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley».

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-238 de 15 marzo 2005, «*por los cargos analizados*», reiterada en la sentencia C-108 de 2017.

Mediante sentencia C-108 de 22 febrero 2017, la Corte Constitucional decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-193 de 2005, respecto del cargo por violación del principio de reserva de ley estatutaria y se declaró exequible por el cargo analizado, la expresión «*Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad del máximo*», contenida en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.



Con la segunda sentencia de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la tesis de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de la inaplicación del aumento de penas para algunos delitos cuando la actuación termina anticipadamente (allanamiento a cargos o negociación y preacuerdos), sigue incólume.

Con el art. 14 de la Ley 890 de 2004 la pena de los delitos de la parte especial del Código Penal se aumenta el mínimo en una tercera ( $\frac{1}{3}$ ) parte mientras que el máximo de la pena se aumenta en la mitad ( $\frac{1}{2}$ ); proporción que se aplica tanto a la pena de prisión como a la pena de multa y a las otras sanciones contempladas como principales (p. ej. artículo 109 C.P.).

El aumento general de penas contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 no opera frente a los delitos cuya punibilidad ha sido modificada con posterioridad a dicha Ley<sup>1</sup>.

Este incremento opera *de iure*, de manera automática, por cuanto no constituye una circunstancia agravante genérica del tipo penal<sup>2</sup>.

### 3. OBJETIVOS DE POLÍTICA CRIMINAL DEL AUMENTO DE PENAS

Se ha explicado que con la Ley 906 de 2004 se implementó el sistema penal acusatorio.

El aumento de penas se hizo con el propósito de **establecer un equilibrio** frente a las rebajas en razón de los allanamientos y los acuerdos regulados en el Sistema Penal Acusatorio y además de **otorgar un margen de maniobra a la Fiscalía General de la Nación en la negociación de las penas** en procura de conseguir acuerdos y allanamientos con los procesados, según se constata en las exposiciones y debates que en el Congreso de la República se efectuaron sobre tal normatividad<sup>3</sup>.

Obedeció a razones de política criminal, con el propósito de evitar que, debido a las reducciones punitivas como consecuencia de la implementación de instrumentos de justicia premial, los infractores se hicieran merecedores de sanciones muy bajas que no se compadecían con la ofensa a los bienes jurídicos tutelados en el Código Penal<sup>4</sup>.

### 4. CONCLUSIÓN

El asunto ya fue resuelto de *lege lata* o *lex lata* (de Derecho vigente) por el legislador, como debe ser, precisamente para lograr la proporcionalidad en las penas en frente a los mayores beneficios punitivos a través de la justicia penal premial.

<sup>1</sup> CSJ SP, 30 abril 2014, rad. 41.157; CSJ SP, 20 agosto, 2014, rad. 43.624; CSJ SP 912-2016, rad. 42.527 de 3 febrero 2016.

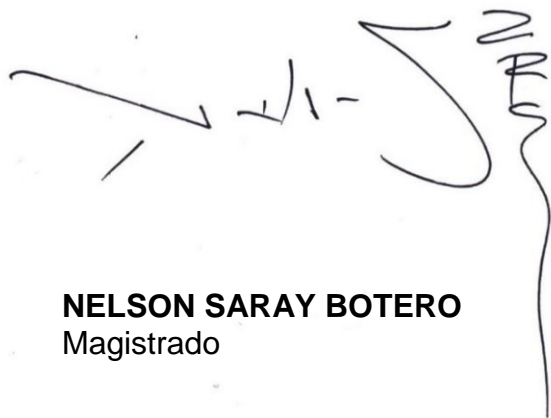
<sup>2</sup> CSJ SP 011-2023, rad. 57.903; CSJ AP 1534-2023, rad. 59.168 de 31 mayo 2023.

<sup>3</sup> CSJ SP 2449-2019, rad. 52.091 de 3 julio 2019.

<sup>4</sup> CSJ SP 2449-2019, rad. 52.091 de 3 julio 2019; CSJ SP 3976-2022, rad. 61298 de 30 noviembre 2022; CSJ SP 291-2023, rad. 61.382 de 26 julio 2023.

Ahora bien, de ***lege ferenda*** (para una futura reforma de la Ley) se debe entonces aumentar más las penas a efectos que las rebajas no sean tan notorias, disminuir los niveles de proporción de rebajas en los institutos de la parte general, (Arts. 56, 57, etc.).

En los anteriores términos presento aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'N' followed by a vertical line and some scribbles, positioned above the printed name.

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado