



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
-SALA PENAL-**

Magistrado Ponente: **MARIO CORTÉS MAHECHA**
Radicación: 11001 60 00028 2018 02484
Contra: Brayan Estibel Lozano Ascencio
Delito: Homicidio agravado
Motivo: Imprueba preacuerdo
Decisión: Confirma
Aprobada según acta No. 070

Bogotá D. C., catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa contra la decisión del 4 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Doce Penal del Circuito de esta ciudad improbió el preacuerdo suscrito por la delegada del ente acusador y el procesado **Brayan Estibel Lozano Ascencio**.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 10 de septiembre de 2020 la Fiscalía formuló imputación al antes mencionado por el delito de homicidio agravado, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal.

2. Luego de presentarse el escrito de acusación, el Juzgado Doce Penal del Circuito llevó a cabo el 7 de octubre siguiente la respectiva audiencia de formulación.

El fundamento fáctico de los cargos se hace consistir en que en horas de la noche del 1º de septiembre de 2018 **Lozano Ascencio**, junto con dos hermanos suyos menores de edad, atacaron con machetes a Maicol Javier Bernal Pinzón cuando éste discutía con su pareja sentimental de nombre Angie Tatiana Díaz Ascencio, hermana de los agresores. La víctima murió cuando recibía atención médica en un centro asistencial.

3. Realizada la audiencia preparatoria, el funcionario de conocimiento fijó fecha para celebrar el juicio oral, pero el día programado para el efecto la Fiscalía presentó preacuerdo suscrito con el procesado, en virtud del cual éste aceptó la responsabilidad a cambio de reconocérsele la atenuante de la ira e intenso dolor y de imponérsele la pena de 130 meses de prisión.

4. En la decisión objeto de la apelación el *a quo* improbió el convenio, providencia recurrida por la propia Fiscalía y el defensor del acusado.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

El juez empezó por señalar que los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía no demuestran plenamente la atenuante incluida en el preacuerdo. En especial, consideró que las entrevistas aportadas con el convenio y rendidas por Angie Tatiana Díaz Ascencio y Jéssica Alejandra Lozano Ascencio, ambas hermanas del acusado y la primera, además, compañera permanente del occiso, se advierten inconsistentes y disímiles entre sí y, más aún, buscan mostrar la inocencia de aquél e, incluso, de manera confusa hablan de la existencia de violencia intrafamiliar de Bernal Pinzón hacia su esposa e hijos, a pesar de que esta última dio a entender que le ocultó esa violencia a su familia por miedo.

Para el juzgador, en este caso obran elementos mínimos que acreditan la responsabilidad del procesado, entre los cuales se encuentra la entrevista ofrecida por Jhon Jairo Beltrán Oñate, quien no sólo lo señaló de dar muerte, junto con sus hermanos e, incluso, con su padrastro, a Maicol Bernal sino que dio cuenta de las malas relaciones entre éste y aquél, generadas por el trato indebido que le dispensaba el hoy occiso a su compañera permanente, aspecto ese último al cual también hizo mención la propia progenitora de la víctima en la entrevista que rindió. Esos hechos, en su sentir, se corresponden con la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía.

No obstante, estimó que actualmente la jurisprudencia ha establecido unos presupuestos y límites más rigurosos respecto de la celebración de preacuerdos. Se refirió de manera especial a la sentencia del 24 de junio de 2020 (radicación 52227) proferida por la Corte Suprema de Justicia. Y en ese sentido, consideró que el beneficio reconocido por la Fiscalía resulta excesivo, si se tiene en cuenta el momento en que se realiza la negociación, es decir, a puertas de darse inicio a la audiencia del juicio oral.

En su criterio, el beneficio resulta también desproporcionado frente al daño ocasionado con el delito, máxime cuando el preacuerdo no contempla su reparación y tampoco en el acusado se observa ánimo de hacerlo, mucho menos arrepentimiento, como tampoco propósito de colaboración para el esclarecimiento de los hechos ni de suministrar *“información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes”*, aun cuando es consciente que el aludido no está obligado a declarar en contra de sus parientes.

En fin, para el *a quo*, los 130 meses de prisión pactados se tornan irrisorios frente a los 450 meses que le corresponderían al procesado, como mínimo, de tramitarse el proceso por vía ordinaria, atendida la concurrencia de la causal de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58

del Código Penal, que obliga a partir del “*cuarto medio*”. Esa situación y la no aportación por parte de la Fiscalía de elementos de juicio que demuestren con certeza la existencia de la ira, lo llevaron entonces a improbar el acuerdo.

RAZONES DE LOS RECURRENTES

1. El delegado de la Fiscalía solicitó revocar la providencia y, en su lugar, impartir aprobación al preacuerdo. En su sentir, las entrevistas de Angie Tatiana Díaz y Jéssica Lozano no son contradictorias, porque sencillamente ellas no presenciaron los hechos donde murió Maicol Bernal, de modo que sus versiones se encaminaron a poner de presente las agresiones que éste causó a su entonces compañera permanente e, incluso, a la misma Jéssica cuando en alguna oportunidad intervino para evitar que golpeará a la primera, en cuya ocasión el hoy occiso también pretendió atacar a los hijos de las dos damas.

Según el delegado del ente acusador, precisamente **Brayan Lozano** entró en cólera cuando su consanguínea Jéssica Lozano le comentó acerca del comportamiento violento de Maicol Bernal y por esa razón, junto con sus hermanos, le propinó las lesiones que le causaron la muerte.

Consideró que al procesado no se le puede quitar la posibilidad de aceptar los cargos y obtener una rebaja de pena, máxime cuando en este caso ni siquiera se había dado inicio al juicio oral. Y estimó que la pena acordada no desborda los límites legales, en cuanto se fijó dentro del segundo cuarto de movilidad, por cuya razón con ese monto se garantiza la aplicación de justicia.

Admitió que en el acusado no hubo arrepentimiento, pero precisó que ello obedeció a la omisión del *a quo* de otorgarle la palabra para ese efecto

cuando lo interrogó con miras a verificar si suscribió el acuerdo en forma consciente y voluntaria.

En su concepto, por lo demás, la reparación puede obtenerse por vía del respectivo incidente, sin que sea posible reclamarle al procesado el pago de los perjuicios en este momento, pues está privado de la libertad y no ha tenido oportunidad de trabajar, mientras el derecho a la verdad está garantizado a partir de los elementos probatorios que sustentan el preacuerdo.

2. El defensor solicitó también impartir aprobación al convenio. Al respecto, le pareció inadmisibles que el *a quo* exija la demostración de la atenuante de la ira o intenso dolor para poderse reconocer en el preacuerdo, porque de ser así lo mejor sería adelantar el juicio oral, con el desgaste procesal que ello acarrearía.

De todas maneras, puso de presente el recaudo de las entrevistas rendidas por Angie Tatiana Díaz y Jéssica Alejandra Lozano, quienes de forma clara dieron a conocer la reiterada violencia física y psicológica ejercida contra ellas y contra el hijo de la primera por el hoy occiso, con cuyos elementos probatorios se soporta suficientemente la referida disminuyente. En ese sentido, predicó la existencia de múltiples decisiones de la Corte en las cuales se avalaron preacuerdos donde se varió el grado de participación para pasar de coautor a cómplice, sin exigirse la demostración de ese dispositivo amplificador del tipo.

Rechazó el cuestionamiento del *a quo* referido al momento en el cual se realizó el preacuerdo, replicando que, en todo caso, se llevó a cabo en forma oportuna y cumpliendo las finalidades establecidas en la Ley 906 de 2004.

Disintió de la afirmación según la cual la pena impuesta es demasiado benévola. En su opinión, los 130 meses acordados respetaron, incluso, las circunstancias de mayor punibilidad imputadas.

Finalmente, es del criterio que la ley no exige la manifestación de arrepentimiento y, de todas maneras, el mismo puede darse en desarrollo del incidente de reparación.

POSTURA DE LOS NO RECURRENTES

1. La representación de las víctimas a cargo de la defensoría pública pidió impartir confirmación a la decisión. Estimó que las entrevistas de Angie Tatiana Díaz y Jéssica Alejandra Lozano sí son contradictorias, empezando porque se pretende con ellas sustentar la atenuante, pese a que ubicaron al procesado lejos de lugar de ocurrencia de los hechos, siendo insólita la petición de los recurrentes orientada a analizar para dicho propósito también los demás elementos probatorios, cuando el *a quo* los consideró al rechazar el preacuerdo.

En su opinión, no es cierto que el acusado haya carecido de oportunidad de pedir perdón, pues el juzgador suspendió la audiencia cuando estaba verificando si la aceptación se hizo en forma consciente y voluntaria, en cuyo momento, entonces, su defensor pudo asesorarlo en dicho sentido.

Estimó que la privación de la libertad a la cual se someterá al procesado no impide realizar la reparación a las víctimas.

En fin, es de la opinión que la atenuante no se acreditó, además de haberse acordado una pena irrisoria, si se tiene cuenta que existe la posibilidad de aplicársele 450 meses de prisión.

2. El representante de las otras víctimas demandó inicialmente declarar improcedente el recurso, porque la Fiscalía no concretó el punto sobre el cual se encuentra inconforme, basándose solamente *“en la valoración probatoria, mas no en la responsabilidad del acusado”*.

Subsidiariamente, pidió confirmar la providencia, por cuanto el preacuerdo desconoce los derechos fundamentales de sus representados, al inadvertir el agravio causado por el acusado con su conducta violenta y al no contemplarse allí la forma de reparar a las víctimas, además de que los 130 meses pactados *“no se ajustan a la tipicidad de los hechos investigados”*.

3. El agente del Ministerio Público reclamó también la confirmación de la providencia. Consideró que el *a quo* no se extralimitó en el análisis que efectuó con miras a determinar si en este caso concurren los presupuestos para condenar, concluyendo como lo hizo porque los elementos materiales acopiados por la Fiscalía, ciertamente, no demuestran la atenuante.

Esos medios de convicción, en su concepto, acreditan una violencia intrafamiliar, pero nada más, máxime cuando no se argumentó de qué manera dicha circunstancia influyó en el comportamiento del acusado, quien, por lo demás, no manifestó ningún tipo de arrepentimiento ni de colaboración con la justicia, presupuestos necesarios para reconocer una rebaja *“tan grande”*, si se tiene cuenta que representa un 70% frente a la pena a aplicar, a despecho del descuento que obtendría si en este momento procesal aceptara los cargos, pues en tal caso la disminución sería sólo de la sexta parte.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. La Sala no declarará desierto el recurso presentado por la Fiscalía, como lo sugiere el representante de algunas de las víctimas, pues no es

verdad que dicho impugnante no haya concretado “*el punto*” sobre el cual basó su inconformidad.

El delegado del ente acusador claramente se opuso a la decisión del juez de improbar el preacuerdo y ofreció los motivos de su criterio que se oponen, diametralmente, a los expresados por el funcionario judicial. Es así como le cuestionó exigir plena certeza para reconocer, por vía de preacuerdo, la atenuante de la ira e intenso dolor y controvirtió cada uno de los argumentos expuestos por el *a quo* para concluir acerca de la ilegalidad del preacuerdo.

Por tanto, sí sustentó adecuadamente la apelación, carga procesal que, por lo demás, también cumplió la defensa.

2. Es cierto que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, expresada con fundamento en los precedentes de la Corte Constitucional, se orienta a repudiar la celebración de preacuerdos en donde se pacten la concesión de beneficios que impliquen rebajas de pena desproporcionadas, si para ello se varía la calificación jurídica contemplada en la imputación o en la acusación.

Sin embargo, el criterio expuesto en ese sentido por las altas Corporaciones en cita aplica exclusivamente cuando el beneficio convenido no tiene base fáctica, ya sea porque de ninguna manera se extrae de los hechos contemplados tanto en la imputación como en la acusación o porque los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía antes del juicio oral o aquellos recopilados por la defensa y que se los comparte al ente investigador, en modo alguno, respaldan el otorgamiento de la respectiva prerrogativa. Así se deriva claramente del siguiente pasaje de la sentencia invocada por el *a quo*¹:

¹ CSJ SP2073, 24 de junio de 2020, rad. 52227.

“En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación², la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.”

Criterio que lo ratificó más adelante en esa misma decisión cuando concluyó:

*“En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es **negativa**”.*

Precisamente, para determinar el límite de los beneficios en tales casos es que la Corte Suprema de Justicia, en el mencionado fallo, habló de la necesidad de ponderar aquellos aspectos a los cuales hizo referencia el juez de primera instancia. Dicha Colegiatura, en efecto, expresó:

“En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (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”.

² Se refiere a la SU479 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

Dichos tópicos, por tanto, aplican solamente cuando la variación de la calificación jurídica no tiene base fáctica.

En la referida decisión, como tampoco, advertido sea, en la Ley 906 de 2004, no se establecen límites al otorgamiento de beneficios cuando la variación de la calificación jurídica cuenta con base fáctica, restricciones distintas, desde luego, a la prohibición prevista en el inciso 2º del artículo 351 de la codificación precitada consistente en conceder múltiples rebajas compensatorias o a la imposibilidad de desbordar los límites punitivos establecidos por el legislador en las respectivas disposiciones penales.

Ahora bien, la base fáctica necesaria para preacordar el otorgamiento del beneficio de ninguna manera requiere plena prueba, como lo estima el *a quo*, quien para postular ese criterio parte de la premisa equivocada según la cual los presupuestos probatorios para condenar son idénticos en los casos de sentencias ordinarias y anticipadas.

Olvida que para ese efecto, cuando se trata de preacuerdos, basta con la verificación de la existencia de *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*. Al respecto, en la propia sentencia del 24 de junio de 2020 la Corte señaló

“Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327”.

Si para proferir la condena, en caso de preacuerdos, basta entonces *“un mínimo de prueba”*, resulta absurdo reclamar la existencia de plena prueba para pactar la atenuante constitutiva del beneficio otorgado.

Es que, por lo demás, esa exigencia ni siquiera aplica para el reconocimiento de diminuentes cuando el fallo se profiere vía ordinaria, pues a ello puede procederse en el evento de existir duda razonable sobre su presencia, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal³. Más aún, esa alta Corporación ha dicho que por ese sendero resulta admisible, incluso, reconocer causales excluyentes de responsabilidad. Obsérvese:

“Sin embargo, la decisión absolutoria se mantendrá porque, acorde con el artículo 29 de la Constitución Nacional, <<toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla>>, principio que también aplica a las causales de ausencia de responsabilidad, como ha sostenido la Sala de forma pacífica desde la decisión del 26 de enero de 2005, radicado 15834, en la que se señaló que <<si no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado, ...no puede prohijarse la idea de que la duda sobre la antijuridicidad de la conducta es igual a la certeza exigida para condenar. Si la primera se presenta no hay lugar a la segunda y en casos así la ley dispone que la indefinición que produce la duda se resuelva a favor del procesado porque es la única manera de impedir que se condene a un inocente>>. Ello, además, porque el mandato legal de que toda duda se debe resolver a favor del sindicado, no admite ningún tipo de excepción”⁴.

Es perfectamente válido, por tanto, el preacuerdo cuyo beneficio se deduzca razonablemente de los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía como soporte del mismo.

Y esa situación, para la Sala, ocurre en el presente caso. Desde cuando la Fiscalía sustentó fácticamente la acusación quedaron sentadas las bases para deducir que la acción del procesado y sus hermanos dirigida contra el hoy occiso estaba ligada al proceder desplegado por este último contra su pareja sentimental de nombre Angie Tatiana Díaz Ascencio,

³ Cfr. SP16096, 2 de noviembre de 2016, rad. 47532.

⁴ SP1590, 24 de junio de 2020, rad. 49977.

hermana de los agresores. Obsérvese cómo en dicho acto procesal se señaló que el ataque ocurrió, precisamente, cuando Maicol Javier Bernal Pinzón discutía con aquélla.

El móvil del quehacer delincriminal se termina de inferir con las entrevistas de la propia Díaz Ascencio y de Jéssica Alejandra Lozano Ascencio, también hermana del acusado, pues ellas manifestaron que, justamente, el ataque obedeció a la ira que le surgió al aludido por el maltrato al cual Bernal Pinzón sometía reiteradamente a la consanguínea de aquél, cuya agresión extendió a la misma Lozano Ascencio en alguna ocasión por salir en defensa de Angie Tatiana Díaz.

Independientemente de que en las citadas entrevistas las dos mujeres hubiesen tratado también de ubicar a sus cernales al margen del acaecer delincriminal, lo cual resulta apenas explicable en virtud de ese vínculo de parentesco, sus afirmaciones referentes al motivo detonante de la acción del acusado son suficientes para predicar la existencia de ese mínimo de prueba exigido por la ley, máxime cuando esa razón también emerge de las entrevistas rendidas por Jhon Jairo Beltrán Oñate y por la misma progenitora de la víctima, quienes dieron cuenta, como lo admitió el juzgador de primera instancia, acerca de las malas relaciones entre el agresor y el interfecto, generadas por el trato indebido que éste le dispensaba a su compañera permanente, al punto que, según Beltrán Oñate, ya lo había amenazado al anunciarle que *“si le volvía a pegar a la hermana lo iba a fregar”*⁵.

Significa lo expuesto que el cambio de la calificación jurídica contenido en el preacuerdo, al reconocerse allí la atenuante de la ira e intenso dolor como único beneficio a otorgar por la aceptación de la responsabilidad, ostenta suficiente base fáctica en este caso, luego no resultaban aplicables aquí, para suscribirse la negociación, cumplirse las

⁵ Página 63 correspondiente al cuaderno # 1 digitalizado contentivo de los elementos probatorios aportados por la Fiscalía.

exigencias contempladas en la jurisprudencia invocada en la providencia apelada.

En tales condiciones, no le asistió razón al juez de primera instancia cuando improbo el convenio. Su decisión, por tanto, deberá revocarse, lo cual implica ordenarle proceda a dictar el respectivo fallo, obviamente, de cumplirse los demás presupuestos requeridos por la ley para el efecto.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,**

RESUELVE

Primero. REVOCAR la providencia objeto de apelación. En consecuencia, **ordenar** al Juzgado Doce Penal del Circuito proceda a dictar el respectivo fallo, obviamente, de cumplirse los demás presupuestos exigidos por la ley para el efecto.

Segundo. Ordenar la devolución del proceso a la oficina de origen, para lo de su cargo.

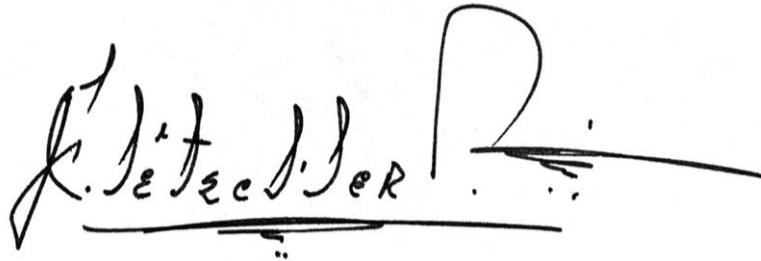
Tercero. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



MARIO CORTÉS MAHECHA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Fletscher Plazas', with a horizontal line underneath.

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke.

JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS