El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PREACUERDO / RECONOCIMIENTO DE EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA / IMPROCEDENTE PORQUE LA RIÑA EXCLUYE ESTE ATENUANTE / ADEMÁS, NO APARECE PROBADO QUE EN REALIDAD HUBIERA EXISTIDO LEGÍTIMA DEFENSA / LEGITIMACIÓN DE LAS VÍCTIMAS PARA APELAR LA APROBACIÓN DEL PREACUERDO.**

… podemos decir sin mayor hesitación que la víctima, pese a no detentar un poder de veto, debe ser oída en todo momento dentro del proceso penal, por ende, si una vez establecida la pena dentro de una negociación, considera que el acuerdo de la Fiscalía y el Procesado está por fuera de parámetros adecuados y proporcionados al delito con el que se le afecto, es indiscutible su legitimación para impugnar la decisión de aprobación de un preacuerdo proferida por la Judicatura.

Lo antes expuesto, nos hace colegir que en el presente asunto le era dable al Letrado que representa los intereses de la víctima recurrir la decisión de instancia, ya que consideró que con lo acordado entre la Fiscalía y la Defensa de reconocer el atenuante del exceso en la legítima defensa, se está imponiendo al Procesado una pena que en realidad no es acorde con el daño infringido tanto a quien se le segó la vida como a su familia. (…)

… la Colegiatura dirá que es atinada la inconformidad expresada por el recurrente en contra de los resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, porque de los elementos de juicio aportados por la Fiscalía no se avizora que sobre lo acordado exista un mínimo probatorio que dé lugar a una discusión o una controversia que permita inferir, sin necesidad de certeza, sobre la posible o probable existencia del evento consistente en que el Procesado pudo o no haber actuado en exceso de la legitima defensa…

… es necesario revisar si esa visión macro de las cosas nos permite inferir que existe un mínimo probatorio que avale lo preacordado entre las partes, o por el contrario se debe aplicar la tesis de la exclusión de la legítima defensa en la riña, para ello la Sala habrá de traer a colación un precedente de la Sala de Casación Penal de la CSJ, en el cual se abordó el tema, y el que a pesar del tiempo transcurrido desde que fue proferido, sigue vigente y sirve para dar luces sobre el asunto bajo estudio:

“… Lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente…”

A la luz de lo dicho, queda claro que una cosa es defenderse de un ataque injusto o estar preparado para repeler una agresión cuando se han sufrido amenazas, y otra muy distinta asumir de manera voluntaria el inmiscuirse en una pelea con otra persona, en igualdad de condiciones, pues en este último escenario, a pesar de que ambos combatientes de cierta manera están defendiendo un derecho propio, la realidad es que ninguno de los dos lo está haciendo de una agresión sorpresiva…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 1140 del 18 de diciembre de 2019. H: 11:30 a.m.

Pereira, diciembre diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:09 a.m.

Procesado: STL

Delito: Homicidio

Rad. # 66001 60 00 035 2019 01957 01

Procede: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por el Representante de Víctimas en contra de la decisión de aprobar el preacuerdo pactado entre Defensa y Fiscalía

Temas: Requisitos para la procedencia del exceso en la legítima defensa; la riña como excluyente de la legítima defensa y los presupuestos para la aprobación de los preacuerdos.

Decisión: Revoca auto opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por el Representante de las Víctimas en contra de la decisión adoptada el 27 de noviembre de 2.019, mediante la cual el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad aprobó un preacuerdo pactado entre el ciudadano **STL** y la Fiscalía General de la Nación (FGN), dentro del proceso que se le sigue al Procesado de marras por incurrir en la comisión del delito de homicidio.

**ANTECEDENTES:**

Del encuadernado se logra determinar que los hechos tuvieron ocurrencia en esta municipalidad el 1º de septiembre de los corrientes 04:55 horas en la carrera 25 con calle 72 del barrio Cuba, y están relacionados con una reyerta protagonizada por dos hombres identificados como STL y ANDRÉS FELIPE AGUIRRE GUZMÁN, quienes se tranzaron en una riña en la que ambos esgrimieron armas blancas tipo cuchillos, con las cuales se ocasionaron heridas recíprocas, razón por la cual debieron ser remitidos al Hospital San Joaquín, en donde falleció el señor ANDRÉS FELIPE AGUIRRE dada la gravedad de las lesiones que presentaba; por su parte STL debió ser trasladado al Hospital San Jorge pues su condición era critica debido a que recibió un puñalada en el abdomen.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El 02 de septiembre de 2019 el Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Control de Garantías, ante el pedido de la FGN se trasladó de manera temporal a las instalaciones del Hospital San Jorge de Pereira, para la realización de las audiencias concentradas de control de garantías. Allí se declaró legal la captura del señor STL; adicionalmente se le imputó, en calidad de autor y a título de dolo, la conducta delictual de homicidio, contenida en el artículo 103 del C.P. cargos que no fueran aceptados por el Procesado. Finalmente al encausado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El 31 de octubre de 2019 la Fiscalía presentó el escrito de acusación, el cual le correspondió por reparto al Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, Despacho que fijó como fecha para la realización de la audiencia de acusación el 27 noviembre de ese mismo año. En la fecha y hora señalada el Despacho instaló la vista pública y una vez se verificó la presencia de las partes, el Delegado del Ente Acusador informó que ya no haría la acusación pues había llegado a un preacuerdo con la Unidad de Defensa, razón por la cual se varió la audiencia de acusación a verificación del preacuerdo. De esa manera, procedió la Fiscalía a señalar que el acuerdo consistía en que el señor STL aceptaría los cargos imputados en su contra y a cambio se le reconocería que actuó en un exceso en la legitima defensa, fijando la pena en 84 meses de prisión. Expuesto lo anterior, el *A quo* procedió a verificar con el encartado y su Defensor si esos eran los términos en que se había convenido el preacuerdo, a lo que respondieron que sí, explicando las razones del por qué ello se hizo de esa manera, posteriormente se interrogó a STL sobre si entendía y aceptaba a esos términos a lo que respondió que sí aceptaba los cargos.

Por su parte el representante de las víctimas, señaló que no acompañaba la solicitud de la Fiscalía por cuanto en ningún momento la Fiscalía indicó como en el presente asunto pudiese existir un atenuante de la responsabilidad como lo es la legitima defensa, para venir a reconocer no solo eso sino también un exceso en la misma; además de ello consideró que revisada la situación fáctica planteada en este asunto no existió una agresión injusta y sorpresiva de parte del hoy occiso hacía el Procesado, pues lo que se evidencia que sucedió fue una riña en la que ambos decidieron transarse voluntariamente a sabiendas que cualquiera de los dos podía perder la vida, entonces no es viable hablar de legítima defensa bajo esas condiciones, menos cuando el imputado tuvo la oportunidad de alejarse del lugar de los hechos y evitar continuar con la pelea, pero decidió regresar a donde estaba la víctima y continuar hiriéndolo, aunado a ello no se debe olvidar que STL tan solo sufrió 4 heridas mientras ANDRÉS FELIPE presentaba 8 lesiones.

1. Escuchadas las partes y a pesar de lo argüido por el Representante de la víctima, el Juzgado *A quo* le dio aprobación al preacuerdo, decisión contra la cual se alzó el representante de la víctima.

**LA PROVIDENCIA OPUGNADA:**

Como se señaló atrás se trata de la decisión adoptada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad mediante la cual el pasado 27 de noviembre del año avante le dio aprobación a un preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa del procesado STL.

Para llegar a esa conclusión, después de hace un recuento de los hechos jurídicamente relevantes expuestos por el Fiscal, el Juzgado de primer nivel indicó:

* Dada la narración de los hechos realizada por el Delegado del Ente Acusador, no es viable decir que la muerte de ANDRÉS FELIPE a manos de STL, obedeció a una legítima defensa, pues de ser tal situación así no habría razón para imponer una pena, por cuanto ello a lo que conllevaría sería a una absolución por ausencia de responsabilidad, y aquí lo que se tiene son dos personas que se transaron en una riña, independientemente de quien proviniera la provocación inicial.
* No se puede perder de vista que el Procesado también sufrió heridas de gravedad, sin embargo, Él logró sobrevivir porque recibió atención médica a tiempo, muestra de ello es que fue traslado del lugar de atención inicial a un hospital de mayor complejidad para ser intervenido quirúrgicamente de manera urgente.
* A pesar de lo anterior, considera que la causal que invoca la Fiscalía para preacordar no debe estar plenamente demostrada para poder beneficiar al procesado, pues basta con que existan un mínimo de elementos que permitan entrever que la misma sí existió.
* En el presente asunto es claro que tanto víctima como victimario estaban en igualdad de armas al momento de la reyerta y ambos se infligieron lesiones recíprocamente, las cuales resultaron ser más graves para uno que para el otro; lo que resulta suficiente para inferir que lo que probablemente ocurrió fue que STL en efecto se excedió al momento de defender su integridad física de los ataques que le estaba prodigando ANDRÉS FELIPE, pues debe recordarse que se dijo que hubo un momento que en medio de la pelea, este último persiguió al primero para seguir agrediéndolo.
* Por otra parte, con lo preacordado no se están desvirtuando los principios con que el Legislador instituyó los preacuerdos y negociaciones, y por el contrario se está acatando el principio de la economía procesal y la justicia pronta para las víctimas, muestra de ello es que la pena pactada está muy por encima del mínimo de la pena que se podría llegar a imponer por el delito de homicidio con las circunstancia atenuante del exceso en la legitima defensa, pues en este caso se pactaron más de 49 meses más de ese mínimo, de tal suerte que no se está desprestigiando a la administración de justicia ni se está premiando al Procesado por sus actos.

**LA ALZADA:**

Como se indicó párrafos atrás, el Letrado que representa los intereses de la víctima presentó recurso de apelación en contra de la decisión de instancia por considerar que la misma no es coherente, pues en un primer momento de sus argumentos la *A quo* señaló que entre dos personas de manera voluntaria y en igualdad de armas se tranzan en una riña no es posible hablar de legítima defensa, pero a pesar de ello, luego dice que en el presente asunto a pesar de la riña si pudo presentarse un exceso en la legítima defensa, aunque ha sido claro desde un comienzo que tanto STL como ANDRÉS FELIPE (q.e.p.d.) venían discutiendo y agrediéndose de manera verbal en plena vía pública y que luego pasaron de las palabras a los hechos agrediéndose mutuamente con armas blancas que ambos portaban.

Entonces es necesario recordar que para que exista una legítima defensa debe ser claro como quien la invoca se vio expuesto a un ataque sorpresivo e inminente, al cual le era imposible reaccionar de otra manera para proteger su integridad personal, cosa que aquí no sucedió, pues se insiste, estamos ante dos personas que de manera voluntaria se tranzaron en una gresca en igualdad de armas con la firme intención de causarse daño reciproco, y en donde ambos resultaron lesionados, logrando salvarse solo uno de ellos gracias a la atención médica oportuna que se le prestó.

Dado lo expuesto solicita se revoque la decisión de aprobación del preacuerdo presentado.

**LA REPLICA:**

**- El Fiscal Delegado actuando como no recurrente**, solicitó que se confirme la decisión de la *A quo* porque la misma se soportó en lo establecido en el inciso 2º del # 7º del art. 32 del C.P. por cuanto en este asunto tanto el Procesado como la víctima se inmiscuyeron en una riña, y por ende estaba en cabeza de ambos la necesidad de defender su integridad personal. Aunado a ello, en el video se puede apreciar que como ANDRÉS FELIPE esgrimiendo un cuchillo persiguió a STL quien también llevaba uno en la mano, para posteriormente ambos caer al piso, momento en que se causaron heridas mutuas con las armas que llevaban en la mano, debiendo intervenir la Policía que estaba en el lugar.

Lo anterior fue lo que sirvió de base para el preacuerdo, y por ende no es viable decir que lo pactado se aleja de la realidad probatoria sino todo lo contrario, hay pruebas que dan cuenta de que lo que se presentó en este caso fue un exceso en la legitima defensa.

**-** **El Defensor como no recurrente**, al igual que el Ente Acusador, solicitó que se confirme la decisión de instancia pues existen varios precedentes de la Sala de Casación Penal de la CSJ, en donde se pronuncian sobre el tema de la legítima defensa no solo por una agresión actual e inminente sino también cuando ella se da dentro de una situación que resulta ser inevitable de otra manera, tal es el caso de la sentencia SP-48609 del 21 de febrero de 2018.

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que la riña se presentó con anterioridad a las agresiones con arma blanca, pues STL y ANDRÉS FELIPE estaban discutiendo de manera acalorada antes de los hechos de sangre, tanto así que para ese momento la Policía ya estaba en el lugar y habían muchas otras personas con ellos, y fue en medio de esa discusión que STL decidió salir corriendo para evitar más problemas pero ANDRÉS FELIPE tomó la fatal determinación de seguirlo, y fue en esa persecución que ambos terminaron tirados en el piso prodigándose heridas mutuas, pues ya estaban armados de cuchillos, de tal manera es claro que sí existió una situación en la cual el Procesado debió defender su vida de los ataques de su agresor; sin embargo, es tan consciente de que se excedió en ese intento por resguardar su vida que por ello aceptó ese preacuerdo con el cual se le impone una pena que a pesar de ser bastante alta está dispuesto a cumplir tras las rejas para que con ello la familia de la víctima obtenga justicia por lo sucedido y no se tengan que ver todos inmersos en el desgaste de un proceso penal que hará más tortuoso para todos la situación.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia interlocutoria proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos propuestos por la parte recurrente en la sustentación de la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Tienen las víctimas dentro del proceso penal legitimidad para recurrir la decisión mediante la que se le impartió aprobación a un preacuerdo celebrado entre la FGN y la Unidad de Defensa?
2. ¿Se cumplen en el presente asunto los presupuestos necesarios para que la Judicatura le imparta aprobación al preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa, en el cual el Procesado admite su responsabilidad en la comisión del delito de homicidio y a cambio la Fiscalía le reconoce el atenuante de la pena del exceso en la legítima defensa, estableciendo en razón de ello una pena de 84 meses de prisión?

**- Solución**.

Para dar solución al primer problema jurídico propuesto, es bueno empezar por recordar que el Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 11 los derechos de las víctimas y en el título IV del capítulo IV, habla de estas como intervinientes en el proceso penal, exponiendo no solo a quiénes se debe entender como víctimas del delito sino también cómo se desarrolla su papel dentro del proceso.

Es así como el art. 137 de la norma en mención, el legislador estableció como una garantía para las víctimas el poder intervenir en la actuación penal de acuerdo a las reglas allí plasmadas, esto como una manera de materializar sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-782 del 2012, trazó una línea jurisprudencial en donde recogió distintos pronunciamientos suyos sobre el tema de las víctimas y sus derechos dentro del proceso penal, indicando que los siguientes serían aquellos que les asisten antes de la etapa del juicio oral:

“Siguiendo este parámetro, en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, en las etapas previas al juicio han sido protegidos a través del reconocimiento de los derechos y facultades que a continuación se presentan:

(i) El derecho a que se les comunique el archivo de las diligencias protegido en la sentencia C-1154 de 2005.

(ii) El derecho a que se les comunique la inadmisión de las denunciasgarantizado en la sentencia C-1177 de 2005.

**(iii)** **El derecho a intervenir en los preacuerdos y negociaciones con poder de afectar su derecho a un recurso judicial efectivo para obtener la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, resguardado en la sentencia C-516 de 2007.**

(iv) El derecho de representación técnica durante el proceso garantizado en la sentencia C-516 de 2007, en la que la Corte reconoció la posibilidad de una intervención plural de las víctimas a través de sus representantes durante la investigación.

(v) Derechos de las víctimas en materia probatoria. En la sentencia C-209 de 2007, la Corte realizó un estudio sistemático de las normas que concurren a estructurar un esquema de intervención de las víctimas en materia probatoria, conforme al modelo diseñado por la ley 906 de 2004. En esa oportunidad, la Corte reiteró que hacen parte esencial del derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, los derechos a probar (C-454 de 2006) y a intervenir en los diferentes momentos procesales, atendiendo las especificidades del sistema.

*(vi)* El derecho a solicitar medidas de aseguramiento y de protección garantizado en la sentencia C-209 de 2007, en la que la Corte determinó que las víctimas pueden acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, para solicitar la medida de aseguramiento o de protección, según corresponda.

*(vii)* Derechos en relación con la aplicación del principio de oportunidad protegido en la sentencia C-209 de 2007, fallo en el cual, la Corte sostuvo que su aplicación por parte del Fiscal supone la valoración de los derechos de las víctimas, la realización del principio de verdad y de justicia, y no excluye la posibilidad de acudir a la acción civil para buscar la reparación de los daños.

*(viii)* Derechos frente a la solicitud de preclusión del Fiscal amparados en la sentencia C-209 de 2007, en la que la Corte reconoció a las víctimas la posibilidad de hacer uso de la palabra para controvertir la petición del Fiscal, la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión, y el ejercicio del derecho de apelación contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión.

*(ix)* Derecho a participar en la formulación de la acusación con el fin de elevar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, garantizado en la sentencia C-209 de 2007...”.

Ahora bien, en cuanto a la legitimidad que les asiste a las víctimas para apelar el auto que aprueba un preacuerdo, la Corte Constitucional desde hace mucho tiempo dejó sentado que las víctimas podrían detentar tal facultad, por cuanto:

“(…) la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; **(ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias**; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexequibilidad o exequibilidad condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garantizados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios…”[[1]](#footnote-1).

De este modo, podemos decir sin mayor hesitación que la víctima, pese a no detentar un poder de veto, debe ser oída en todo momento dentro del proceso penal, por ende, si una vez establecida la pena dentro de una negociación, considera que el acuerdo de la Fiscalía y el Procesado está por fuera de parámetros adecuados y proporcionados al delito con el que se le afecto, es indiscutible su legitimación para impugnar la decisión de aprobación de un preacuerdo proferida por la Judicatura.

Lo antes expuesto, nos hace colegir que en el presente asunto le era dable al Letrado que representa los intereses de la víctima recurrir la decisión de instancia, ya que consideró que con lo acordado entre la Fiscalía y la Defensa de reconocer el atenuante del exceso en la legítima defensa, se está imponiendo al Procesado una pena que en realidad no es acorde con el daño infringido tanto a quien se le segó la vida como a su familia.

Habiéndose aclarado lo anterior, procederá la Sala entonces a revisar si le asiste o no la razón al recurrente en los reproches que hace al preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la unidad de defensa del señor STL, frente a lo cual la Colegiatura dirá que es atinada la inconformidad expresada por el recurrente en contra de los resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, porque de los elementos de juicio aportados por la Fiscalía no se avizora que sobre lo acordado exista un mínimo probatorio que dé lugar a una discusión o una controversia que permita inferir, sin necesidad de certeza, sobre la posible o probable existencia del evento consistente en que el Procesado pudo o no haber actuado en exceso de la legitima defensa, y por ende seria destinatario de las atemperantes punitivas consagradas en el inciso 2º del numeral 7º del artículo 32 C.P.

Para poder llegar a la anterior conclusión, la Sala tendrá en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en lo que atañe con los requisitos probatorios que se deben cumplir para la aprobación de los preacuerdos en los que se pactan el reconocimiento de atemperantes punitivas:

“De este modo, cuando se invoca la causal como atenuante punitivo en los casos de aceptación temprana de la responsabilidad y celebración de preacuerdo, la carga del Estado de acreditar la existencia de la causal se flexibiliza, lo que no quiere decir que no exista un deber del ente acusador de aportar un mínimo de evidencia de la circunstancia que alega. En esta etapa procesal, el aporte de elementos matriales (sic) probatorios no obede (sic) a un aporte de “pruebas” en el sentido estricto y técnico del C.P.P., sino que hace referencia a cualquier evidencia que prima facie indique una relación de coherencia con la causal de atenuación punitiva que se pretende reconocer, la cual se tiene como evidencia suficiente para su reconocimiento.

(:::)

A partir de lo anterior, considera la Sala que, así como se requiere un mínimo de evidencia que permita inferir la autoría de la conducta por parte del imputado o acusado para que no se comprometa la presunción de inocencia del procesado y se pueda realizar el preacuerdo, también se requieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas al menos sumarias que acrediten las circunstancias de menor punibilidad que se alega influyeron en la perpetración del delito.

De nuevo, advierte la Sala que esta línea interpretativa de la Corte Suprema de Justicia que exige un mínimo de prueba de las circunstancias de menor punibilidad resulta ser la que se ajusta a la *ratio decidendi* de la **Sentencia C-1260 de 2005** de esta Corporación. Conforme a esta sentencia que constituye cosa juzgada constitucional, el Fiscal no podrá seleccionar libremente o modificar el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. Lo anterior indica, sin duda alguna, que para el reconocimiento de las circunstancias del artículo 56 del C.P. al celebrarse preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel tampoco tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, *“pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso”*.Por esta razón, puede concluir la Sala que **un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005.**

A partir de lo anterior, la Corte advierte que este deber de los fiscales delegados de someter los términos del preacuerdo estrictamente a los fundamentos jurídicos y fácticos contenidos en la imputación (Sentencia C-1260 de 2005) no solamente garantiza que el imputado o procesado no se va a beneficiar eventualmente de circunstancias que no fueron respaldadas por ninguna evidencia al interior del proceso. También asegura que, de estar completamente probada determinada circunstancia, el juez no profiera una sentencia condenatoria pese a la alegación de culpabilidad del procesado.

(:::)

En conclusión, la posición asumida por algunas universidades en sus intervenciones indica que, en virtud del derecho a la justicia y al derecho a la obtención de la verdad procesal que tienen las víctimas, (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación, y (ii) el preacuerdo debe exponer de forma clara y coherente los hechos jurídicamente relevantes, los cuales deben estar respaldados por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan…”[[2]](#footnote-2).

De igual manera, para demostrar que el presente asunto no se satisface el aludido requisito del mínimo probatorio objeto de discusión, sea lo primero decir que a pesar de que en el escrito de acusación el delegado del Ente Acusador no plasmó todo lo sucedió la madrugada de los hechos de sangre, después de haber escuchado las audiencias celebradas el 27 de noviembre del año avante, para la Sala se encuentra más que claro los hechos jurídicamente relevantes tuvieron lugar cuando el ahora Procesado y el occiso ANDRÉS FELIPE esa madrugada se encontraban departiendo con otras personas, al parecer en una especie de fiesta o algo por el estilo, y en medio de dicha reunión alrededor de las 02:30 horas se presentó el primer choque entre ellos por una peluca que ANDRÉS FELIPE llevaba puesta y que STL le quitó arguyendo que Él le debía dinero por ese objeto, hecho que enfureció a ANDRÉS FELIPE quien de manera inmediata se abalanzó a agredir a STL sacando para ello una navaja que llevaba consigo; sin embargo, en ese momento aunque los ánimos estaban caldeados no pasó nada de gravedad y STL se retiró del lugar de los hechos, a donde al parecer regresó más tarde armado de un cuchillo y dispuesto a responderle a ANDRÉS FELIPE si este decidía volverlo a encarar, lo que en efecto sucedió, porque siendo aproximadamente las 04:50 de la mañana estos dos sujetos nuevamente empezaron a discutir, siendo al parecer animados por quienes se encontraban con ellos, lo que suscito que la Policía llegase al lugar para tratar de calmar las cosas y acabar con el escándalo que estas personas protagonizaban en plena vía pública, sin embargo ello no paso así, y luego de unos minutos, sucedió algo, que nadie dentro de las diligencias se atrevió a mencionar, pero que ocasionó que STL empezara a correr como huyendo del lugar y ANDRÉS FELIPE se fuera detrás suyo para darle alcance, y sin saberse cómo, se tiene certeza que estos dos hombres terminaron tirados en la calle propinándose de manera recíproca heridas con las armas blancas que desde mucho antes ambos habían decidido portar para usar en contra del otro.

Teniendo claro el contexto general de la situación acaecida entre el occiso y el Procesado, es necesario revisar si esa visión macro de las cosas nos permite inferir que existe un mínimo probatorio que avale lo preacordado entre las partes, o por el contrario se debe aplicar la tesis de la exclusión de la legítima defensa en la riña, para ello la Sala habrá de traer a colación un precedente de la Sala de Casación Penal de la CSJ, en el cual se abordó el tema, y el que a pesar del tiempo transcurrido desde que fue proferido, sigue vigente y sirve para dar luces sobre el asunto bajo estudio:

“(…) el fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. (Sent. Cas. dic. 16/99. M.P. Mejía Escobar. Rad. 11.099).

Esto no significa, desde luego, afirmar que en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales no haya agresión, pues de otra manera no podría entenderse la forma en que se produce la afectación al bien jurídico de la vida o la integridad personal. Lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente.

De ahí que la Corte de antiguo tenga establecida dicha diferenciación precisamente en el pronunciamiento que la delegada evoca en su concepto, la cual se conserva vigente a pesar de la realidad jurídica actual:

“...es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle y otra muy distinta estar apercibido para el caso en que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como es la inminencia o lo inevitable del ataque; pero ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos.

“…La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño…

“En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente…”. (Sentencia de casación de junio 11 de 1946. M. P. Dr. AGUSTIN GOMEZ PRADA)…”[[3]](#footnote-3).

A la luz de lo dicho, queda claro que una cosa es defenderse de un ataque injusto o estar preparado para repeler una agresión cuando se han sufrido amenazas, y otra muy distinta asumir de manera voluntaria el inmiscuirse en una pelea con otra persona, en igualdad de condiciones, pues en este último escenario, a pesar de que ambos combatientes de cierta manera están defendiendo un derecho propio, la realidad es que ninguno de los dos lo está haciendo de una agresión sorpresiva, aunque sí inminente, pues es evidente que si dos o más personas se ponen a pelear, una de ellas o todas habrán de salir lesionadas, aunque unas más que otras.

Bajo esa perspectiva, y retomando lo sucedido entre STL y ANDRÉS FELIPE la fatídica madrugada en que este último perdió la vida, lo que se tiene es un claro ejemplo de lo que se viene describiendo, pues a pesar de que el Defensor del Procesado trató de hacer ver que uno fue el teatro de la riña y otro el de la legítima defensa, lo cierto es que cuando hablamos de lo ocurrido pasadas las cuatro de la mañana de ese 2 de septiembre de 2019 entre los mencionados, no estamos ante episodios desarticulados si no ante un único acto que tuvo dos escenas distintas, una la de la discusión verbal y otra la que se dio cuando ambos se entrelazaron para darse puñaladas mutuas en el suelo, entre ambas escenas existió una especie de miniescena que es aquella en donde STL emprendió una especie de huida seguido por ANDRÉS FELIPE, lo que es el hilo conductor que une esas dos escenas, que se insiste, hacen parte de un solo acto.

Acorde con lo anterior, se puede colegir que la muerte ANDRÉS FELIPE AGUIRRE tuvo lugar en el devenir de una riña en la que en igualdad de condiciones se tranzó con STL, situación que haría inviable la procedencia de la causal de justificación de la legitima defensa, porque, como ya se dijo *«el entorno de una riña, dada su naturaleza ilícita, por cuanto sus protagonistas tienen la intención de causarse daño recíproco, no es viable, en principio, reconocer la excluyente punitiva de la legítima defensa, salvo cuando los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate…»[[4]](#footnote-4)*.

Si a lo anterior le aunamos que para que proceda la atemperante punitiva del exceso en la legítima defensa es necesario que *«se reúnen todos los requisitos de la legítima defensa con excepción de la proporcionalidad…»[[5]](#footnote-5)*, es factible concluir que cuando no se dan los presupuestos para la procedencia de la legítima defensa no es factible hablar del exceso de la misma.

Bajo esa perspectiva, para la Sala la única conclusión posible es la de que en el presente asunto no se estaba en presencia de una legítima defensa, entonces no se entiende cómo pudo concluir la *A quo* cómo viable la existencia de un exceso en la misma para así proceder a aprobar lo preacordado.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que en el proceso no existía ese mínimo probatorio que sería objeto de discusión respecto a que el Procesado pudo o no haber actuado en exceso de la legitima defensa, porque los medios de conocimiento habidos hasta ahora en el proceso descartan que el acusado haya podido actuar bajo la egida de la causal de exclusión de la legitima defensa, lo que a su vez, como ya se dijo en párrafos anteriores, descarta la factibilidad de las atemperantes punitivas consagradas en el inciso 2º del numeral 7º del artículo 32 C.P. relacionadas con el exceso en la legitima defensa.

De tal suerte esta Colegiatura habrá de darle la razón al recurrente y por consiguiente se revocará la decisión de instancia.

Como anotación final, se quiere señalar que con lo argüido por el Juzgado *A quo* al momento de decidir sobre el asunto puesto a su conocimiento se evidencia que incurrió en una vulneración del principio de la lógica de ***la no contradicción***, *«el cual enseña que en un mismo contexto no se puede, a la vez, afirmar y negar un hecho, situación o circunstancia, puesto que ello trae como consecuencia situaciones absurdas, confusas, vagas e indefinidas….»*[[6]](#footnote-6); lo que acaeció a partir del momento en el que el Juzgado de primer nivel dio a entender que en efecto como en este asunto es claro que tanto Procesado como occiso estaban inmiscuidos en una reyerta, no era viable hablar de legítima defensa, pero que sin embargo se podía aprobar preacuerdo reconociendo en favor del acriminado el atenuante punitivo del exceso en la legítima defensa, lo que es a todos luces es ilógico, pues, como ya se demostró, para que exista la segunda se hace necesario que por lo menos se pueda hablar de que en los hechos juzgados se avizoró que el acusado actuó en legítima defensa.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la decisión adoptada por el Juzgado 4º Cuarta Penal del Circuito de Pereira, el 27 de noviembre de 2019, mediante el cual aprobó un preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la Defensa del procesado STL.

**SEGUNDO:** como consecuencia de lo anterior, **SE ORDENA** regresar el expediente al Despacho de origen para que se continúe con el proceso en la etapa que se dejó el mismo.

**TERCERO:** Declarar que en contra de la presente decisión de segunda instancia no procede recurso alguno.

 **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**M**agistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**M**agistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**M**agistrado

1. Corte Constitucional, sentencia C-209 del 21 de marzo de 2.007. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional: Sentencia SU479 del 15 de octubre de 2019. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 26 junio de 2002, rad. 11679. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 23 de febrero de 2011. Rad. # 28023 [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 5 de mayo de 2004. Rad. # 19922. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 23 de noviembre de 2.011. Rad. # 35657. [↑](#footnote-ref-6)