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: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS / ACEPTACIÓN DE CARGOS / EFECTOS / EXCLUYE EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN / ES IRRETRACTABLE / CAUSAL DE MAYOR PUNIBILIDAD / MOTIVO FÚTIL PARA COMETER EL DELITO.**

Aunque el profesional del derecho que vela por los intereses del señor CASC no cuestiona la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral, en cuanto a las conductas de homicidio, tentativa de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, sí lo hace en relación con la circunstancia de mayor punibilidad atribuida a su protegido, al considerar que no obran elementos de prueba que así lo corroboren.

Debe la Sala empezar por señalar, como se tiene decantado, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena, en cuanto el fallador está en el deber de verificar que el hecho atribuido sea en verdad típico y que existe una base seria de autoría y compromiso en la incriminación; de lo contrario, no podría emitirse una declaración de culpabilidad en contravía de los preceptos legales y constitucionales.

De igual forma, quien se allana a los cargos hace dejación de su derecho procesal a la no autoincriminación y por lo mismo a controvertir los medios probatorios presentados en su contra, sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador -imputación fáctica- estén acordes con la adecuación legal del comportamiento -imputación jurídica-. (…)

Durante la argumentación presentada por la delegada Fiscal, la misma indicó como móvil de la presunta agresión, un motivo fútil, consistente en que el señor Henry Jordán vendía droga de “contrabando” sin permiso de las personas que “manejaban el sector”, y en ello el señor CASC tenía una fuerte influencia que “le concedía el supuesto derecho” a advertirle que no vendiera sustancia en dicho sitio sin su autorización…

Según la Real Academia Española, la palabra “fútil” significa: “De poco aprecio o importancia”, y en efecto al parecer las circunstancias que llevaron al hoy procesado a segar la vida de un ciudadano y dejar gravemente herido a su hermano, no pueden tener una connotación o calificativo diferente, por cuanto según se conoció esa fue la razón baladí y sin sentido que dio lugar al deceso. En otras palabras, un tal comportamiento amerita un mayor reproche en cuanto el móvil estaba originado en un acto altamente reprochable, nada menos que lograr algo que no solo es prohibido sino contrario a la ley…

Ahora, de lo narrado por el profesional del derecho podría pensarse que su cliente pretende una retractación de lo ya admitido, pero al respecto debe decirse, como igualmente se encuentra debidamente decantado tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que tratándose de una terminación anticipada por la aceptación libre y espontánea del indiciado, ello no es procedente, salvo que se acredite que existió algún vicio en el consentimiento -error, fuerza o dolo-, o que se hayan violado sus garantías fundamentales, lo que en este asunto no se presentó.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 1003

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Noviembre 06 de 2019. 9:08 a.m. |
| Acusado:  | CASC |
| Cédula de ciudadanía: | 1´088.266.270 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Homicidio, tentativa de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego. |
| Víctima: | Daniel Felipe Jordán, Henry Antonio Jordán y la seguridad pública.  |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.)  |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha septiembre 10 de 2019. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- De conformidad con lo plasmado en el fallo confutado, los hechos tuvieron ocurrencia en junio 30 de 2017 en la manzana 3, casa 34 del barrio La Romelia Alta del municipio de Dosquebradas (Rda.), cuando fueron heridos con proyectiles de arma de fuego los señores DANIEL FELIPE JORDÁN -quien falleció- y HENRY ANTONIO JORDÁN -lesionado-, cuya responsabilidad le fue atribuida al señor CASC.

1.2.- Luego de adelantadas las labores investigativas, se solicitó la captura del señor CASC, y una vez se hizo efectiva, se realizaron las audiencias preliminares (mayo 08 de 2019) ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.), por medio de la cual: (i) se decretó la legalidad del procedimiento de allanamiento, incautación de elementos y captura; (ii) se le formuló imputación por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego -arts. 103, 365 y 27 C.P.-, con circunstancias de mayor punibilidad -art. 58 num. 2º CP.-, los cuales ACEPTÓ; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Ante esa aceptación unilateral de cargos, la Fiscalía pidió la práctica de la audiencia de individualización de pena y sentencia (junio 20 de 2019), la cual correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.), autoridad ante la cual se llevó a cabo la referida diligencia (septiembre 20 de 2019), y en esa misma oportunidad se dio lectura al fallo respectivo, por medio del cual: (i) se declaró responsable a CASC por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, con circunstancias de mayor punibilidad; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 194 meses y 8 días de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.4.- Inconforme con esa determinación, el defensor del sentenciado apeló la decisión y manifestó que la sustentaría por escrito.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -recurrente*-*

Pide se revoque el fallo adoptado únicamente en lo atinente a la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad y se proceda a la tasación de pena que en derecho corresponde, lo cual sustenta en lo siguiente:

Como bien lo señaló la funcionaria a quo, el presente trámite se surtió por la vía anticipada, y el sustento de la condena debe tener en cuenta los elementos probatorios recaudados por la Fiscalía para que la justicia aplicada al caso no sea apenas formal sino material, ya que el fallo no puede fundarse exclusivamente en la confesión del acusado en cuanto deben existir elementos que respalden dicha autoincriminación, máxime que la aceptación de un cargo no obliga al fallador a tenerlo en cuenta para la imposición de la sanción, a menos que de verdad aparezca acreditado.

En su criterio, ese motivo fútil como cargo de mayor punibilidad, y consistente en la venta de bazuco en el sector por parte de HENRY ROLDÁN, no está probado, en tanto la manifestación que hizo DIEGO ALEJANDRO MARÍN es vaga, sin respaldo testimonial, ni obra prueba de que lo narrado por este haya sido el verdadero motivo del homicidio, máxime que la calificación de fútil es supremamente subjetiva, y por ende la gravedad o importancia de una ofensa no es de fácil valoración por parte de cualquier observador.

Aduce estar seguro que al momento de imputarle cargos al señor **CASC**, tal circunstancia de mayor punibilidad no se le explicó con claridad, y aunque no fue quien lo asistió profesionalmente en tal diligencia, ningún defensor permite aceptar a un indiciado una situación de esa naturaleza.

**2.2.-** Los demás intervinientes, como sujetos no recurrentes, guardaron silencio.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a determinar si en el caso concreto hay lugar a la redosificación punitiva que se solicita a favor del sentenciado, al considerarse que el ente acusador no contaba con elementos materiales probatorios para endilgarle al mismo la circunstancia de mayor punibilidad a la que alude el numeral 2º del art. 58 C.P.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la admisión de los cargos al momento de la formulación de imputación efectuada al señor **CASC**, lo cual hizo de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido, y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; por ende, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

Aunque el profesional del derecho que vela por los intereses del señor **CASC** no cuestiona la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral, en cuanto a las conductas de homicidio, tentativa de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, sí lo hace en relación con la circunstancia de mayor punibilidad atribuida a su protegido, al considerar que no obran elementos de prueba que así lo corroboren.

Debe la Sala empezar por señalar, como se tiene decantado, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena, en cuanto el fallador está en el deber de verificar que el hecho atribuido sea en verdad típico y que existe una base seria de autoría y compromiso en la incriminación; de lo contrario, no podría emitirse una declaración de culpabilidad en contravía de los preceptos legales y constitucionales.

De igual forma, quien se allana a los cargos hace dejación de su derecho procesal a la no autoincriminación y por lo mismo a controvertir los medios probatorios presentados en su contra, sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador -imputación fáctica- estén acordes con la adecuación legal del comportamiento -imputación jurídica-.

En este preciso asunto, se aprecia que durante la realización de la audiencia preliminar por medio de la cual se le imputaron cargos al señor **CASC**, efectuada ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.), la Fiscal 35 Seccional narró los hechos sucedidos en junio 30 de 2017, en los que perdió la vida el señor DANIEL FELIPE JORDÁN y quedó gravemente herido su hermano HENRY ANTONIO JORDÁN, a consecuencia de las lesiones que les fueron ocasionadas con proyectil de arma de fuego.

Durante la argumentación presentada por la delegada Fiscal, la misma indicó como móvil de la presunta agresión, un motivo fútil, consistente en que el señor HENRY JORDÁN vendía droga de “contrabando” sin permiso de las personas que “manejaban el sector”, y en ello el señor **CASC** tenía una fuerte influencia que “le concedía el supuesto derecho” a advertirle que no vendiera sustancia en dicho sitio sin su autorización. Tal situación fue el fundamento que tuvo la Fiscalía para pregonar que el señor **CASC** cometió la ilicitud bajo circunstancias de mayor punibilidad -art. 58. num. 2º C.P.-. Y si bien la Fiscal no fue prolija al hacer alusión a tal circunstancia, si dio a entender lo que esta representaba, sin haberse pedido aclaración alguna sobre ese particular por parte de la defensa, ni por parte de la funcionaria judicial.

Según la Real Academia Española, la palabra “fútil” significa: *“De poco aprecio o importancia”*, y en efecto al parecer las circunstancias que llevaron al hoy procesado a segar la vida de un ciudadano y dejar gravemente herido a su hermano, no pueden tener una connotación o calificativo diferente, por cuanto según se conoció esa fue la razón baladí y sin sentido que dio lugar al deceso. En otras palabras, un tal comportamiento amerita un mayor reproche en cuanto el móvil estaba originado en un acto altamente reprochable, nada menos que lograr algo que no solo es prohibido sino contrario a la ley: mantener un dominio ilícito sobre una zona a efectos de detentar el poder en la distribución de estupefacientes. Como quien dice, contrario sensu, que si el hoy occiso le hubiera pedido permiso para proceder en ese sentido, entonces la muerte no se habría producido.

El letrado en su recurso expresó que esa información carece de corroboración alguna en la actuación, salvo lo mencionado al respecto por el señor DIEGO ALEJANDRO MARÍN. Pero, contrario a ello, de los elementos de prueba que se arrimaron válidamente al dosier, y que tuvieron a su disposición no solo la jueza ante la cual se practicaron las audiencias preliminares, sino aquella que procedió a corroborar los términos de la aceptación de cargos y dictó el fallo de condena, se evidencia que un tal móvil es verídico. Obsérvese:

Se supo en primer término que en la vivienda ubicada en la manzana 3, casa 34 del barrio “Lara Bonilla” de la Romelia Alta de Dosquebradas (Rda.), donde se presentó la agresión, los funcionarios de criminalística encontraron: (i) en la vía pública una bolsa plástica contentiva de sustancia pulverulenta; (ii) en la entrada de la vivienda y sobre una silla un billete con manchas de sangre; y (iii) frente a este en el suelo una bolsa que contenía 52 papeletas de similar sustancia. Al realizar la prueba de PIPH a la sustancia encontrada, arrojó positivo para cocaína y sus derivados, y ello implica que en efecto en dicha residencia se conservaba sustancia prohibida, al parecer para su expendio.

Tal hallazgo tiene coherencia con la información que a las mismas autoridades de policía entregó el señor HENRY JORDÁN en entrevista que rindió en julio 18 de 2017[[1]](#footnote-1), quien además de narrar las circunstancias de lo acaecido y aportar datos que posteriormente llevaron a la identificación de su agresor, indicó: […] yo a él lo conozco como hace dos meses y lo conozco porque él maneja la merca que se vende en Los Pinos y la Romelia entonces yo en una ocasión vi como bueno en negocio entonces como yo soy del Chocó y allá el bazuco es basura de por allá me traje como 150 papeleticas de bazuco de las cuales sacaba 3 papeletas de un gramo y comencé a venderlas en la central de La Romelia pero la vendía a conocidos […] cuando conozco a “Andrés” el yerno del ex policía es porque yo subía a Los Pinos y él me amenazo primero porque yo estaba vendiendo contrabando y luego me dio permiso de solamente venderle a los cuchos y la verdad fue por ese negocio que el mató a mi hermano inocente porque al que iban a matar era a mi […]”. De ello se desprende que el citado HENRY vendía alucinógenos en dicha vivienda, algunos de los cuales fueron encontrados por las autoridades que acudieron al lugar. Así que la actividad a la que se dedicaba la víctima, y que él mismo reconoció, muy seguramente fue lo que generó el malestar del hoy sentenciado, situación que dio lugar al motivo para obrar en contra de su humanidad y la de su hermano.

Y lo indicado por la víctima, no es insular, por el contrario, encuentra soporte en lo informado a los investigadores por el señor DIEGO ALEJANDRO MARÍN HIGINIO quien expresó que su amigo HENRY JORDÁN le contó de las referidas amenazas[[2]](#footnote-2), más concretamente: “para que dejara de vender bazuco” en La Romelia, y quien además de observar a diversas personas que rondaban la casa de este, también señaló al muchacho **CASC** como quien maneja la “vuelta de la droga” en ese sector.

Cómo no creer entonces lo que al respecto refirieron dichas personas en relación con la actividad a la que se ocupaba **CASC**, cuando una vez se realizó su aprehensión por parte de las autoridades, una fuente humana que no reveló sus datos, les dijo que en la vivienda de este podrían encontrar no solo estupefacientes sino además armas, a consecuencia de lo cual ante la premura de lo comunicado, y previo el consentimiento de la esposa del procesado, procedieron a efectuar un registro en esa residencia y encontraron un total de 69 cartuchos calibre 9 mm, 54 sobres con sello hermético que contenía sustancia pulverulenta similar al bazuco, 24 bolsas con sustancia parecida a la marihuana, y seis bolsas con sustancia pulverulenta. Analizadas las mismas arrojaron positivo para cocaína base y sus derivados, lo mismo que cannabis sativa.

De esa información se desprende con claridad que el señor **CASC** muy seguramente se dedicaba a la actividad narrada por los testigos, y ello permite pregonar que intimidó al señor HENRY JORDÁN para que evitara vender estupefacientes en el sector que dominaba, pero al hacer caso omiso se sobrevino el atentado contra su vida y la de su consanguíneo.

Se trató por tanto de un motivo que como lo dijo la fiscal del caso y en igual sentido lo entiende la Sala, no ameritaba cercenarle la vida a un ser humano y lesionar de gravedad a otro.

Es más, de la actuación se aprecia que en la audiencia de formulación de imputación en la cual estuvo asistido por un abogado adscrito a la Defensoría del Pueblo, con antelación a que adoptara una posición frente a los cargos endilgados, se le concedió un tiempo razonable para consultar con el apoderado, y finalmente decidió admitir su responsabilidad, de manera libre, voluntaria y consciente.

Ahora, de lo narrado por el profesional del derecho podría pensarse que su cliente pretende una retractación de lo ya admitido, pero al respecto debe decirse, como igualmente se encuentra debidamente decantado tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que tratándose de una terminación anticipada por la aceptación libre y espontánea del indiciado, ello no es procedente, salvo que se acredite que existió algún vicio en el consentimiento -error, fuerza o dolo-, o que se hayan violado sus garantías fundamentales, lo que en este asunto no se presentó.

Nótese que el acto de aceptación de responsabilidad no solo se surtió ante el juzgado de control de garantías, sino que además se efectuó control de legalidad por parte del juzgado de conocimiento, cuya titular luego de verificar que ello fue una expresión de la autonomía de la voluntad, procedió a emitir el fallo de condena.

Finalmente y en relación con lo plasmado por el recurrente en el sentido que ningún apoderado permitiría que un cliente aceptara una tal circunstancia de mayor punibilidad, es una apreciación personal y subjetiva, pues si del sustento fáctico se aprecia esa circunstancia, como acá sucede, y frente a la cual ninguna manifestación en contrario se hace, nada impedía que, previo el asesoramiento respectivo, se aceptara de manera unilateral los cargos a efectos de recibir la condigna disminución de pena.

Por lo anterior, y como quiera que en sentir de la Corporación el fallo confutado se encuentra ajustado a derecho, se procederá a su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en contra del ciudadano **CASC,** por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, con circunstancias de mayor punibilidad.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

1. Ver folio 72 y ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 76 y ss. [↑](#footnote-ref-2)