

INTERVENCION CASACIÓN 60102 (FAVOR ACUSAR RECIBIDO) - FISCALIA

Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>

Miércoles 29/09/2021 11:58 AM

Para: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Buenos días,

Al presente adjunto intervención del Fiscal Tercero Delegado ante la CSJ, dentro de la casación del asunto.

Atentamente,

DANIELA FRANCO ASISTENTE DE FISCAL III

Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Avenida Calle 24 N° 52 – 01, Bloque H, Piso 2. (Ciudad Salitre), Nivel Central, Bogotá D.C

Teléfono (60) (1) 570 20 00 ext 13980



Cuidemos del medio ambiente. Por favor no imprima este e-mail si no es necesario.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención, difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

De: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Enviado el: miércoles, 15 de septiembre de 2021 8:08 a. m.

Para: Coordinación Delegada Ante Corte Suprema Justicia <coordelegada.corte@fiscalia.gov.co>; Javier Fernando Cardenas Perez <javierf.cardenas@fiscalia.gov.co>; Katherine Avila Garcia <katherine.avila@fiscalia.gov.co>; Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>; Milton Alirio Bayona Avella <mbayona@procuraduria.gov.co>; Maryluz Henao Restrepo <mhenao@procuraduria.gov.co>

Asunto: OFICIO 37197- NOTIFICACIÓN CASACIÓN 60102 (FAVOR ACUSAR RECIBIDO)

Buen día,

Me permito notificar auto casación 60102. Agradezco acusar recibido.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje,

sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.



Bogotá, Septiembre 29 de 2021

Honorable Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VISCAYA

Sala Penal

Corte Suprema de Justicia

Magistrada Ponente

Referencia: **60102**

Procesado: AFFER YESID GÓNZALEZ PERLAZA

Delito: Homicidio agravado, tentativa de homicidio y
porte ilegal de arma de fuego de defensa personal

JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ, Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, presento ante Usted en el término legalmente establecido y por escrito mis alegaciones para que sean tenidas en cuenta al momento de resolver el recurso de **CASACIÓN** de acuerdo con la única demanda admitida -RENSO RODRIGO BERNAL VALBUENA-, que la Sala dio por superadas las incorrecciones formales detectadas para decidir de fondo.

LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

En Puerto Tejada (Cauca), el día 5 de noviembre de 2017, a las 7 y 30 de la noche, en el barrio la esperanza, calle 21 con carrera 16, tienda La Calixta, CARLOS PENCUA alias “Carlitos” y AFFER YESID GONZALEZ PERLAZA, alias “Yeico” acordaron disparar contra un grupo de personas, para ello GONZÁLEZ PERLAZA

FISCALIA TERCERA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
UNIDAD DE FISCALIAS DELEGADAS ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Avenida Calle 24 No 52 - 01, Bloque H, Piso 2, Bogotá D.C
Daniela.franco@fiscalia.gov.co
5702000 ext 13980
www.fiscalia.gov.co



conduciría la motocicleta mientras alias Carlitos disparaba dos armas, los disparos se hicieron de frente a corta distancia y a un gran número de personas, dejando librado al azar la no producción de un resultado. Contrario a ello los disparos impactaron en la cabeza de JUAN JOSÉ MOLINA CERÓN y le produjeron un daño cerebral grave que desencadenó en su muerte y a YANETH DÍAZ a la altura de la columna causándole una paraplejía.

ANTECEDENTES PROCESALES QUE RESULTAN RELEVANTES PARA DAR SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO QUE PROPONE LA DEMANDA

ACUSACIÓN

El señor AFFER YESID GÓNZALEZ PERLAZA, fue acusado a título de coautor de las conductas punibles de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO con HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, agravado de acuerdo con lo señalado en el artículo 104 numerales 4, 6 y 7, EN CONCURSO HETEROGÉNEO con FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La declaratoria de responsabilidad fue por los delitos de Homicidio agravado por las circunstancias previstas en los numerales 4 y 7, en concurso con tentativa de homicidio agravado y porte de armas de fuego de defensa personal, imponiendo una pena de prisión de 40 años.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La inconformidad de la defensa estuvo relacionada con la valoración de la prueba, bajo el argumento de que no se había logrado llegar al grado de conocimiento

exigido por la ley y en ese sentido el Juez colegiado consideró que la prueba en conjunto permitía llevar al juez más allá de duda razonable sobre la existencia de la conducta y la responsabilidad y en ese sentido confirmó la decisión de primera instancia.

DEMANDA DE CASACIÓN

Se considera que las circunstancias de agravación no están “debidamente motivadas” en las sentencias condenatorias, y esa falta de motivación es un aspecto sustancial para el debido ejercicio del derecho de defensa.

INTERVENCIÓN

Superados los defectos de la demanda se admitió el cargo para estudiar de fondo los problemas jurídicos que se presentan.

PROBLEMA JURÍDICO

Del estudio del caso puede derivarse un problema jurídico puntual relacionado con las circunstancias de agravación del homicidio, y por lo tanto podría plantearse como asunto a resolver si la fiscalía ¿en la acusación planteó el sustrato fáctico de los agravantes (motivo abyecto) e (indefensión o inferioridad)? y si de haberse realizado el juicio de acusación ¿se cumplió con el grado de conocimiento exigido para que los jueces emitieran sentencias condenatorias sobre las mismas?

Para dar respuesta a este problema jurídico, se propone metodológicamente: (i) a partir del concepto de hecho jurídicamente relevante establecer si la Fiscalía cumplió con “el juicio de acusación” del homicidio y la tentativa de homicidio, de

manera objetiva y subjetiva, (ii) luego hacer la misma evaluación con respecto a los agravantes del homicidio.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES DESCRITOS EN LA ACUSACIÓN CON RESPECTO AL HOMICIDIO

Es posible evidenciar que se presentaron errores en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes en el escrito de acusación, en el acápite destinado al correlato fáctico de las conductas -como en numerosas ocasiones lo ha advertido esta Corporación, no pueden confundirse hechos jurídicos, indicadores y medios de prueba-.

Sin embargo, debe advertirse que de la narración se pueden derivar aspectos como:

- El tiempo y el lugar de la acción
- Que se trataba de una coautoría impropia, indicando la pluralidad de partícipes, y una descripción de la forma como se realizó la conducta, de lo cual se concluye que entre estos existió un acuerdo común, señalando los aportes de cada partícipe: Se dijo que el condenado conducía la motocicleta, mientras alias “carlitos” disparaba el arma, ambos aportes necesarios para lograr el resultado típico de homicidio.
- La acción disparar, el resultado muerte y el nexo entre la acción y el resultado.
- En cuanto a la forma de tipicidad subjetiva, el correspondiente fáctico descrito fue: “dispararon dos armas de fuego de manera indiscriminada y a corta distancia, contra un grupo de personas”, de ellos se puede deducir advertían claramente los factores de riesgo al disparar y la categoría de **peligrosa** de esta acción, con un grado incluso superior al probable, siendo claro que **no controlaban los factores de riesgo** de su producción y que no ocurriera el resultado fue dejado plenamente al azar, teniéndose dos resultados, uno de ellos evitado por causas ajenas a su voluntad, lo que deja la tipicidad subjetiva en **DOLO EVENTUAL**, la parte final del artículo 22 del Código

Penal, indica que hay dolo eventual cuando: (i) la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable, y (ii) su no producción se deja librada al azar.

- La antijuridicidad, desestimando cualquier causal de justificación
- El juicio de reproche de culpabilidad, mostrando los elementos que la componen.

Es decir que en lo que se refiere a la estructura típica básica de la coautoría del homicidio bajo la tipicidad subjetiva de dolo eventual no presenta problemas en cuanto a la congruencia y hay respeto en el derecho al ejercicio de la defensa permitiendo la confrontación.

Ahora bien, en lo que respecta a los agravantes específicos del homicidio, considera este Delegado Fiscal que no se cumplió tal y como pasará a argumentarse:

LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES RELACIONADOS CON LOS AGRAVANTES ESPECÍFICOS

Empecemos por decir que fueron tres los acusados, numerales: 4 “motivo abyecto o fútil”, numeral 6 “con sevicia” y el 7 “aprovechando la situación de indefensión o inferioridad”.

En clausura se solicitó condena y así los ordeno el Juez, únicamente por los numerales 4 y 7.

De la lectura de la narrativa o lo que la doctrina ha llamado **sustrato fáctico**, puede concluirse que hay frente a ellos dos problemas que, en sentir de la Fiscalía, impiden la condena por estos agravantes -y debe modificarse el fallo-, uno de los problemas está relacionado con la (i) congruencia y con ello debía ser suficiente para la solicitud de absolución, pero emerge además uno posterior de carácter (ii) probatorio, veamos por qué:

(i) EN CUANTO A CONGRUENCIA

La congruencia, de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia pacífica, es que los hechos jurídicamente relevantes **deben incluir todas** las circunstancias específicas relativas a la agravación de la conducta imputada o las de mayor punibilidad, lo que implica que debió plantearse y tener un desarrollo fáctico cada uno de los agravantes, en el caso que hoy se estudia debió indicarse:

- Sobre qué hechos se deduce la motivación del acto homicida para que luego se pudiera calificar de abyecto o fútil, haciendo la interpretación de la norma y el adecuado proceso de subsunción.
- En igual sentido comunicar más allá de cualquier categoría jurídica, cuál o cuáles eran los hechos de los que se derivaba la situación de indefensión o inferioridad.

En el escrito de acusación no se mencionó de dónde se extraía cada uno, no se indicaron esos hechos, sin embargo, hay quienes consideran que se cumple con esta obligación si se extraen algunos hechos que resulten plausibles como respaldo de una hipótesis fáctica, y en tal caso haciendo un ejercicio de derivación interpretativa, podríamos decir que las agravantes tuvieron como base:

- **Motivo fútil:** Al indicar que alias “Yeico y Carlitos” pertenecían a la banda de los “Pumas”, y tenían una “enemistad natural” con los de la banda “los Machas o Machados”, por eso al ser advertidos de la presencia de algunos miembros cruzando lo que se conoce como “fronteras invisibles fijadas” decidieron disparar para mantener el control territorial, infundiendo miedo.
- **Indefensión o la inferioridad:** que estaban en una reunión de carácter social, en una fiesta donde se encontraban departiendo.

Por supuesto de ninguno se indicó cómo el coautor conocía la circunstancia que agravaba la conducta y quisiera su ejecución, o como sería lo correcto en este caso,

conociera el agravante, lo previera como probable y dejara su no producción librada al azar.

Contrario a la teoría de “inferir los hechos”, considera este delegado, que los hechos deben ser claramente señalados, inequívocamente comunicados, que no deje resquicio alguno a la duda o a la confusión, porque es lo único que permite: El ejercicio adecuado al derecho de defensa, y el control de subsunción por parte del Juez.

En conclusión, no hay hechos jurídicamente acusados de manera **expresa y unívoca** de donde se deriven las causales de agravación específica, con lo que su condena **viola de manera directa** el debido proceso probatorio y de contera el derecho de defensa al desconocer los cargos y no poder ejercer contradicción sobre los mismos.

Ahora bien, si en gracia de discusión se considerara que de lo expresado por la Fiscalía en el escrito de acusación se puede inferir la existencia de la conducta y la realización del proceso de subsunción, subyace un problema de carácter:

(ii)PROBATORIO

Como no había un hecho jurídicamente relevante, nunca se derivó un tema u objetivo de prueba y en tal sentido la fiscalía no pasó de hacer una enunciación argumentativa sobre los agravantes, sin que tuviera respaldo probatorio alguno, no existe prueba en la que se puedan fundamentar los Jueces para llegar a la conclusión de que se está frente a un homicidio agravado.

Si se revisan las sentencias de primera y segunda instancia en cuanto a este tópico podrá establecerse que en lo que se refiere a la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada, luego del análisis probatorio, indicando que el grado de

conocimiento exigido con respecto al tipo objetivo y subjetivo se logró pasar a la calificación jurídica, donde se menciona por primera vez el artículo 104 y sus numerales 4 y 7, que por supuesto impactan en la dosificación punitiva.

En cuanto a la decisión del Tribunal Superior de Popayán, la Sala, concluyó que el acusado era el coautor material responsable del homicidio, la tentativa de homicidio y el porte de armas en tanto la contribución con dominio funcional, con acuerdo en el uso de arma no amparada legalmente, debiendo responder por las conductas punibles de HOMICIDIO AGRAVADO en concurso con HOMICIDIO AGRAVADO en el grado de tentativa y PORTE O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, sin que tampoco en esta oportunidad se plantee y desarrollen las circunstancias de agravación específica.

En la valoración de la prueba en conjunto, iba dirigida a: la coautoría, aportes, acción disparar, resultados, nexos, y por supuesto la construcción inferencial del dolo eventual como forma de tipicidad subjetiva, pero no de los que podrían pensarse se tuvieron como agravantes, esto es, el motivo y el estado de las víctimas aprovechado por los autores de la conducta para derivar de ellas un mayor desvalor de acción.

Así las cosas, tampoco hay prueba en el grado de conocimiento exigido, con respecto a la existencia de los agravantes y por supuesto a la responsabilidad que sobre los mismos debe derivarse para la condena al señor GONZÁLEZ PERLAZA.


En virtud de lo anterior, el Fiscal Tercero Delegado ante esta honorable Corporación,

SOLICITA

A partir de las anteriores argumentaciones:

1. Se case **parcialmente** la decisión y en consecuencia, se revoquen la sentencias condenatorias y se absuelva al señor AFFER YESID GONZÁLEZ PERLAZA, en aplicación de la violación al principio de congruencia y al principio constitucional *in dubio pro reo.*, **en lo que se refiere** a los **agravantes específicos** del artículo 104 No 4 y 7, en consecuencia mantener la declaratoria de responsabilidad por el delito de **HOMICIDIO SIMPLE en concurso con TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE y PORTE ILEGAL DE ARMA.**
2. Como consecuencia de lo anterior deberá ser revisada la dosificación punitiva, en tanto que los límites de la pena deben partir del homicidio simple y no del agravado.

Atentamente,



JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ

Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia