

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Pereira, dieciocho (18) de diciembre dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta: 916

Hora: 11:40 a.m.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO ÚNICO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS EN CONTRA DE SENTENCIA ABSOLUTORIA POR LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.
TEMAS: VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EFECTUADA EN LA ACUSACIÓN POR PARTE DE LA FISCALÍA. ACREDITACIÓN DEL DISPOSITIVO AMPLIFICADOR DEL TIPO DE LA COAUTORÍA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar los recursos de apelación interpuestos tanto por la Fiscalía como por el agente del Ministerio Público en contra de la sentencia absolutoria proferida por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal en las calendas del treinta (30) de junio del 2.016, dentro del proceso que se le siguió al ciudadano **DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES**, quien fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación (F.G.N) por

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

incurrir en la presunta comisión de los reatos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES:

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura, están relacionados con el asesinato de quien en vida respondía por el nombre de DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "*DANIELA*"¹, el cual tuvo ocurrencia como consecuencia de una reyerta acaecida en vía pública del municipio de Santa Rosa de Cabal, más exactamente entre la Cr. 14 con las calles 11 y 12, a eso más o menos de las 01:20 horas del 25 de marzo de 2.015.

Según se desprende del contenido del escrito de acusación, en las calendas antes anotada, la central de radio de la Policía Nacional reportó que en las calles 11 y 12 con Cr. 14 se había presentado un altercado entre un grupo de personas que molestaban y agredían con palabras soeces a una pareja que transitaba por ese lugar, el cual terminó en una balacera.

Al llegar unos policiales al sitio de los hechos, se percataron de la presencia de un sujeto, el que posteriormente fue identificado como SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, quien auxiliaba a una persona con vestimentas y características de mujer, quien resultó ser el hoy difunto DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, la que se encontraba herida y tendida en el pavimento. Dicho hombre les dijo a los policías que él era el compañero sentimental de la "*mujer*" herida, e igualmente les indicó como vestía quien lesionó a su "*novia*" con un arma de fuego, el cual había huido, en compañía de otros fulanos, por la calle que conduce hacia el cuerpo de bomberos.

Al iniciar los policiales la búsqueda, se tropezaron con un ciudadano, quien les dijo que se dio cuenta del preciso

¹ Nos referimos de esa manera al difunto, porque al parecer se trataba de un miembro de la comunidad LGBTI en la modalidad de transgénero o travesti.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA
PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR
LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA
DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

momento en el que un sujeto, con las características similares a las del sospechoso, se deshacía de un arma de fuego tipo revólver, señalando el lugar en donde se encontraba la mencionada arma, la que fue encontrada por los agentes del orden, quienes procedieron a su inmediata incautación.

Posteriormente, la Central de radio les informó a los policías que el sospechoso había sido visto en compañía de una mujer deambulando por la calle 14, lo que generó un operativo que condujo a la aprehensión de dicho personaje.

Luego que el sospechoso fuera interceptado y posteriormente trasladado a la estación de policía, en donde fue identificado como DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES, a ese recinto policial compareció el ciudadano SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, quien una vez que vio al capturado, procedió a señalarlo como la persona que había accionado un arma de fuego en contra de su pareja, lo que sucedió en el preciso momento en el que él discutía con ese fulano, quien, sin mayor contemplación, desenfundó un arma de fuego para accionarla en su contra, y como consecuencia de la balacera hirió mortalmente a su "*compañera*".

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 26 de marzo del 2.015, ante el Juzgado Único Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, con funciones de control de garantías, en las que: a) Se le impartió legalidad a la captura del ciudadano DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES, la cual dizque se dio en flagrancia; b) Se legalizó la incautación de un arma de fuego tipo revólver; c) Al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES le fueron imputados cargos por incurrir en la presunta comisión, a título de **autor**, en los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, con las circunstancias de mayor punibilidad del # 3º del artículo 58 C.P.; d) Al procesado se

le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.

2. Una vez presentado en su debida oportunidad el escrito de acusación, el que data del 25 de mayo de 2.015, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, ante el cual, en las calendas del 30 de julio de 2.015, se celebró la audiencia de formulación de la acusación, vista pública en la que la Fiscalía le enrostró cargos al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES por incurrir, en calidad de **autor**, en la presunta comisión de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tipificados en los artículos 103 y 365 C.P.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 1º de octubre de 2.015, mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar en sesiones celebradas los días 8, 9, 22 y 23 de junio de 2.015, en donde, luego de agotarse las fases probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter absolutorio, razón por la que se ordenó la inmediata liberación del procesado.
4. En las calendas del 30 de junio del 2.016 se dictó la sentencia absolutoria, en contra de la cual se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía como el agente del Ministerio Público.

EL FALLO CONFUTADO:

Se trata de la sentencia proferida el treinta (30) de junio del 2.016 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro del proceso que se le siguió al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES, quien resultó absuelto de los cargos por lo que fue acusado por la F.G.N. los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de

los reatos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Los argumentos esgrimidos en el fallo de primer nivel para absolver al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES de los cargos por los cuales fue acusado, se fundamentaron en aducir que en el proceso no existía prueba alguna que permitiera llegar al conocimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la responsabilidad penal del acusado. De igual manera, el Juzgado *A quo* expuso que en el proceso también existían dudas respecto que el procesado haya actuado en calidad de coautor en la comisión del homicidio de quien en vida respondía por el nombre de DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "*DANIELA*", por cuanto la Fiscalía no pudo probar que el homicidio fue producto de un plan, ni que la persona que accionó el arma de fuego lo hizo acatando órdenes del acusado.

Para poder llegar a la anterior conclusión, en el fallo opugnado se expusieron los siguientes argumentos:

- Con las estipulaciones probatorias se demostró la materialidad de los hechos, o sea el deceso de quien en vida respondía por el nombre de DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, quien fue asesinado el 25 de marzo de 2.015 por dos impactos disparados con un arma de fuego de calibre .38.
- Mucho de lo atestado por los policiales YOAGEN MEDARDO LÓPEZ y WILTON ANDRÉS VALENCIA, se debe considerar como prueba de referencia, en especial lo dicho por ellos respecto de cómo un ciudadano les indicó el sitio en donde un sujeto, el que era señalado como sospechoso, dejó un arma de fuego.
- El policial HUMBERTO ARENAS, participó en una diligencia de reconstrucción de los hechos en la que intervino el Sr.

SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, quien en el devenir de la misma adujo que la persona que accionó el arma de fuego fue un sujeto apodado como (a) "*Machete*".

- Según las pruebas periciales practicadas al arma de fuego incautada, se pudo comprobar que la misma no fue utilizada para la comisión del homicidio.
- De lo atestado por SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, principal testigo de cargos, se tiene que lo acontecido es producto de un acto de intolerancia como consecuencia de su orientación sexual, pero de igual manera se demostró que ese testigo no estaba seguro sobre la identidad de la persona que hizo los disparos, tanto es así que en una entrevista admitió que señaló a DIEGO ALEXANDER SERNA porque se encontraba dolido por la muerte de su *compañera* sentimental y porque el procesado hacía parte del grupo de personas que lo molestaban.
- El testigo JOSÉ MACGYVER DUQUE VÁSQUEZ, expuso que el procesado no fue la persona quien accionó el arma de fuego, ya quien lo hizo fue un tal SEBASTIÁN.
- El contenido del video tomado por las cámaras de seguridad, es indicativo que la persona que disparó fue un sujeto que se encontraba detrás del procesado quien discutía con SEBASTIÁN ARIAS, y no se sabe si ese sujeto procedió de tal manera acatando órdenes de DIEGO ALEXANDER SERNA.
- Existían muchas dudas de la tesis propuesta por la Fiscalía respecto que al procesado se le debía considerar como coautor del delito por el que inicialmente fue acusado como autor, porque no se demostró la existencia de un plan común, ni una distribución de funciones para cometer el injusto, ni mucho menos que el procesado detentara el dominio del hecho.

LA APELACIÓN:

1. El recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público.

La inconformidad expresada por el recurrente, está relacionada con aseverar que el Juzgado de primer nivel no apreció en debida forma las pruebas habidas en el proceso, las que demostraban que el procesado sí participó como coautor impropio en la comisión de los delitos por los cuales fue llamado a juicio.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, previas citas de varios doctrinantes sobre los elementos y requisitos que conforman la coautoría, el apelante expuso los siguientes argumentos:

- Se le debe conceder credibilidad al testimonio absuelto por JOSÉ MACGYVER DUQUE VÁSQUEZ, cuando expuso que presenció el preciso momento en el que un motociclista le entregó al procesado un bolso canguro que contenía un arma de fuego, de características similares a la encontraba posteriormente por la policía, quien a su vez se lo dio a SEBASTIÁN, del que se dice que fue la persona que accionó en contra de las víctimas el arma de fuego.
- En el proceso estaba demostrado que hubo dos enfrentamientos protagonizados entre las víctimas y el grupo del que hacía parte el procesado, el cual estaba integrado por unas cinco personas. La acción del grupo agresor se llevó a cabo de manera conjunta, tanto es así que decidieron seguir a la pareja, a la que molestaban e increpaban, hasta cuando la interceptaron entre la calle 11 con carrera 14, en inmediaciones del hotel "*Los Cristales*", en donde se generó un enfrentamiento de palabras, y ahí fue cuando uno de los integrantes del grupo accionó un arma de fuego, con las consecuencias ya conocidas.

- Se probó que el grupo estuvo compacto en el desarrollo de la fase ejecutiva por cuanto hubo permanencia con esencial contribución de todos, tanto es así que la agresión fue compartida y aprobada por todos, por cuanto ninguno de los miembros del grupo la repulso ni la rechazó.

Acorde con lo anterior, el recurrente concluyó que se estaba en presencia de una coautoría impropia porque todos los integrantes del grupo de manera tacita aportaron su voluntad para un fin común y por ende todos debían responder por un acto que realizaron de manera mancomunada del que tenían el dominio del hecho.

2. El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía.

La tesis de la discrepancia propuesta por la apelante, está encaminada con demostrar que el Juzgado de primer nivel no apreció en debida forma las pruebas aportadas por el Ente Acusador, con las cuales se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía al acusado, quien en consecuencia debió haber sido declarado penalmente responsable como coautor de los delitos por los cuales fue llamado a juicio.

A fin de acreditar las razones por las que el recurrente discrepaba del fallo opugnado, previamente procedió a llevar a cabo una sinopsis de lo que declararon sobre lo acontecido cada uno de los testigos que la Fiscalía llevó al juicio, para luego expresar que con esas pruebas se demostró que el procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES se encontraba en el sitio de los hechos antes, durante y después de que estos ocurrieran. De igual manera, adujo que con dichas pruebas se acreditó que el procesado actuó de manera mancomunada con los demás miembros del grupo que increpaban y molestaban a la pareja, lo que da cuenta de la importancia del aporte del procesado en la comisión del hecho ilícito, el que era deseado por todos los miembros del grupo

ya que de consuno actuaron con la intención de matar y lo lograron.

Acorde con lo anterior, expuso la recurrente que el procesado debía responder como coautor porque prestó una contribución común para la ejecución del delito, porque no actuó solo por cuanto tenía el respaldo de sus compinches a partir del momento en el que empezó a vituperar y a retar al acompañante de "DANIELA", lo cual hizo ya que se sentía amparado porque uno de sus acompañantes tenía un arma de fuego, a quien previamente el acusado se la entregó.

LAS RÉPLICA:

En sus alegatos como no recurrente, el apoderado de la Defensa se opuso a las pretensiones de los apelantes, las cuales tildó de equivocadas, porque la sentencia confutada se encuentra ajustada a derecho en atención a que se edificó con base en lo que se demostró con las pruebas debatidas en el juicio, las cuales fueron valoradas correctamente por el Juzgado de primer nivel. A lo que se le debía sumar que la Fiscalía con lo planteado lo único que pretendía era pescar en río revuelto porque no sabía lo que iba a probar, ya que inicialmente anunció que demostraría que el procesado era autor de los delitos por los que fue acusado, pero luego cambio su tesis cuando expuso que debía ser considerado como coautor.

En consonancia con lo anterior, el no recurrente expuso:

- No se le podía creer al principal testigo de cargo, SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, porque incurrió en serias contradicciones en los señalamientos que efectuó en contra del acusado, tanto es así que al investigador HUMBERTO ARENAS, le dijo que la persona que disparó había sido un tal (a) "Machete"; mientras que en el juicio expuso que no estaba seguro si el procesado fue el autor de los disparos.

De igual manera, en una entrevista expresó que cuando acudió a la estación de policía, fue manipulado por los agentes del orden para que señalara al ahora procesado como el homicida.

- En el video se demostró que la persona que accionó el arma de fuego era diestra, por lo que el procesado no pudo hacer eso ya que es zurdo.
- Pericialmente se demostró que el arma encontrada no correspondía con aquella con la que se perpetró el crimen; sumado a que esa arma en momento alguno se allegó al juicio.
- Existen razones para no creerle al testigo JOSÉ MACGYVER DUQUE VÁSQUEZ, porque ese testigo no estuvo donde dice que estuvo, ya que se equivocó como iba vestido el procesado, e igualmente ubicó el lugar del conflicto en un sitio diferente de aquel en donde verdaderamente sucedió.

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 Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

- Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por el recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿El Juzgado de primer incurrió en errores al momento de apreciar las pruebas habidas en el proceso, las cuales sí demostraban de manera indubitable que el procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES participó como coautor impropio en la comisión de los reatos por los cuales fue llamado a juicio?

¿Podía la Fiscalía variar la acusación, por cuanto inicialmente acusó al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, pero luego en el juicio, en sus alegatos finales, deprecó para que el procesado fuera declarado penalmente por incurrir, como coautor impropio, en la comisión de los aludidos delitos?

- Solución:

Para poder resolver el problema jurídico que por vía de alzada nos ha sido propuesto por los recurrentes, el cual gira en torno a determinar si las pruebas habidas en el proceso lograban demostrar, más allá de cualquier duda razonable, que el procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES intervino, a título de coautor, en la comisión del delito de homicidio, perpetrado mediante el empleo de un arma de fuego, en la persona quien en vida respondía por el nombre de DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "DANIELA", como punto de partida la Sala tendrá como hechos ciertos que se encuentran plenamente acreditados en el devenir del proceso los siguientes:

- No existe duda alguna del deceso del hoy óbito DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, a quien le propinaron dos impactos con un arma de fuego calibre .38, de los cuales uno de ellos hizo diana en la mano izquierda y el otro en la espalda en la cavidad torácica.
- Los hechos que condujeron al asesinato de DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, son producto de unos típicos actos intolerancia social y de homofobia, por cuando el detonante de la agresión efectuada a las víctimas se debió a su orientación sexual, lo que propició que un grupo de sujetos, aproximadamente unos cinco, del cual hacía parte el ahora procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES, sin mayor razón, empezaron a molestarlos a partir del momento en el que vieron a "DANIELA" y a SEBASTIÁN transitando por la calle cogidos de las manos.
- Los insultos y vituperios que ese grupo de desadaptados e intolerantes le hacían a la pareja de homosexuales, suscitó la reacción de uno de ellos, SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, quien en dos ocasiones le reclamó por lo que estaban haciendo, lo que generó un intercambio recíproco de insultos y de ofensas.
- En la segunda ocasión, se tiene que los intolerantes habían seguido a la pareja de homosexuales y al parecer DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES convidó a pelear a SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, quien aceptó el reto y se encaminó hacia el sitio en donde se encontraba su rival con un arma blanca, cuando de repente una de las personas que hacían parte de ese grupúsculo de desadaptados, sacó a relucir un arma de fuego, la cual accionó en varias oportunidades en contra de SEBASTIÁN ARIAS, con tan mala suerte que terminó hiriendo mortalmente a DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "DANIELA".

- Los policiales que acudieron al sitio de los hechos, en calidad de primeros respondientes, luego de obtener información del lugar por donde huyó uno de los agresores, gracias a los datos suministrados por un ciudadano, encontraron un arma de fuego, tipo revólver calibre .38. Posteriormente, al comparar dicha arma de fuego con un proyectil extraído del cuerpo de la víctima fatal, los peritos conceptuaron que no era posible establecer si esa ojiva había sido o no disparada por el arma de fuego incautada.
- De igual manera, la Sala no puede desconocer que la Fiscalía tanto en la formulación de la imputación, como en el libelo acusatorio y posteriormente en la audiencia de acusación, le enrostró cargos al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES por incurrir, en calidad de **autor**, en la presunta comisión de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tipificados en los artículos 103 y 365 C.P. Pero luego en el juicio, le solicitó al Juzgado del Conocimiento que declarara penalmente responsable al acusado por incurrir en la comisión de los aludidos reatos pero no en calidad de autor sino de **coautor** en la modalidad de la *coautoría impropia*.
- Como se sabe, la imputación fue formulada el 26 de marzo del 2015, y en dicho acto al ahora procesado se le endilgaron cargos por presuntamente incurrir, a título de **autor**, en los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, con las circunstancias de mayor punibilidad del # 3º del artículo 58 C.P. Pero de igual manera, para el 25 de marzo de esas calendas, la Fiscalía tenía en su poder una entrevista que la policía judicial le había recepcionado al ciudadano JOSÉ ASDRÚBAL DUQUE VÁSQUEZ, (a) "MACGYVER", quien expuso haber presenciado la gresca, y que por ello se dio cuenta que la persona que accionó el arma de fuego no fue DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES sino «un man bajito, de contextura gruesa, de piel trigueña, tenía puesto un buzo

de color azul oscuro y tenía puesta la capota sobre su cabeza, también un jean de esos de rapero color azul y unos tenis negros marca Nike, también le vi como un tatuaje en el brazo derecho como una garra de tigre...»². De igual manera, (a) "MACGYVER", en la aludida entrevista averó que momentos antes de la ocurrencia de los hechos, se dio cuenta del momento en el que un fulano que se transportaba en una motocicleta, le entregaba a DIEGO un bolso tipo canguro que contenía un arma de fuego, el cual a su vez se lo dio al fulano que posteriormente accionó dicha arma de fuego en contra de la persona que iba a pelear con DIEGO.

Acorde con lo anterior, observa la Sala que la Fiscalía, pese a tener desde un principio en su poder *E.M.P.* que eventualmente demostraban que en la comisión del delito de homicidio de DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "DANIELA", intervinieron varios sujetos y no únicamente el encausado, y que el procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES no fue la persona quien accionó el arma de fuego, inauditamente vemos como de manera errada el Ente Acusador inicialmente procedió a endilgarle cargos y posteriormente acusar a SERNA MORALES como la persona quien disparó un arma de fuego en contra de SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, con tan mala suerte que terminó hiriendo mortalmente a "DANIELA".

De igual manera, no se puede desconocer que como consecuencia de las pruebas debatidas en el juicio, en donde se logró demostrar que el acusado no fue el sujeto quien accionó el arma de fuego, sino un tal *SEBASTIAN*, sumado a la poca credibilidad que ameritaba lo declarado por SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN frente a los señalamientos efectuados en contra del procesado, por cuanto el testigo estrella de la Fiscalía prácticamente terminó admitiendo a

² Reverso del folio # 450 del cuaderno principal.

regañadientes que no sabía quién fue la persona que disparó el arma de fuego, inauditamente el Ente Acusador, segundado por la representante del Ministerio Público, en vez de admitir su dislate y hacer un *mea culpa*, pretendió corregir el yerro al variar la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, en el sentido de solicitarle al Juzgado Cognoscente que procediera a declarar la responsabilidad criminal del acusado, ya no como **autor** de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, sino como **coautor impropio** de esos reatos.

Para la Sala, tal accionar de la Fiscalía se debe considerar como una salida en falso, con la cual, como acertadamente lo dijo la Defensa en sus alegatos de no recurrente, *lo único que pretendía era pescar en río revuelto*, lo que es producto de una cadena de errores y desatinos en los que incurrió el Ente Acusador a partir de la formulación de la imputación.

Para demostrar la anterior hipótesis, es menester que se tenga en cuenta que como es bien sabido por todos, en materia dogmática penal son diferentes las figuras de la autoría y de la coautoría, por cuanto se considera como autor, ya sea mediato o directo, «*el que realiza por sí mismo todos los elementos del tipo penal...*»³; mientras que la coautoría «*se presenta este fenómeno cuando una pluralidad de agentes realiza la misma conducta típica de manera mancomunada...*»⁴.

De lo antes expuesto, se desprende que es eminentemente cuantitativa y cualitativa la diferencia basilar habida entre la autoría y la coautoría, porque en la 1ª interviene solamente un único sujeto activo, quien de manera directa e inmediata ejecuta el injusto penal; mientras que en la 2ª intervienen

³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Manual de Derecho Penal. Parte General. Página # 540. 5ª Edición. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2.013.

⁴ REYES ECHANDÍA, ALFONSO: La Tipicidad. Página # 174. 5ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1.990.

varias personas en la comisión de la conducta punible, quienes como consecuencia del principio de la imputación recíproca, al participar conjuntamente en la comisión del delito, ya sea de manera simultánea o con división de trabajo⁵, el delito perpetrado, del cual todos ellos tienen el dominio del hecho, le es común a todos.

Sobre ese tópico, no está demás traer a colación lo que la Corte ha dicho:

“La figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, **de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan**, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado....”⁶.

Ahora bien, ante las notorias diferencias habidas entre ambas figuras dogmáticas, surge ahora como interrogante por esclarecer el consistente en que ¿sí la Fiscalía podía o no variar el libelo acusatorio en lo que tenía que ver con el grado de participación dado al acusado en la presunta comisión de los delitos enrostrados en su contra?

A modo de una inicial respuesta al anterior interrogante, se podría decir que sí, porque no se puede desconocer el carácter dúctil y maleable que caracteriza a la acusación en lo que tiene que ver con la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, la cual, como se sabe, es provisional y por ende es susceptible de poder ser modificada. Pero de igual manera, también se debe tener en cuenta que, a fin de no afectar el Derecho a la Defensa del acusado, se tiene que

⁵ Modalidades de coautorías que han sido conocida tanto por la Jurisprudencia como por la Doctrina como coautoría propia e impropia.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de julio de 2018. SP2981-2018. Rad. # 50394. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. (Negrillas fuera del texto original).

los hechos plasmados en el libelo acusatorio son inmodificables e inalterables.

De lo antes expuesto se puede concluir que la Fiscalía válidamente puede modificar el libelo acusatorio en lo que atañe con la calificación jurídica dada a los hechos, pero no puede hacer lo mismo con las premisas factuales consignadas en el escrito de acusación, pues estas corresponderían al núcleo fáctico de la acusación, las que, como bien se sabe, son inalterables.

Pero es necesario anotar que no es omnímoda ni absoluta la facultad que le asiste a la Fiscalía para poder variar la acusación en lo que tiene que ver con la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, por cuanto la misma tiene como límite el consistente en que el Ente Acusador o la Judicatura lo pueden hacer pero por un delito de naturaleza similar, del mismo género o afín al inicialmente acusado, y que esa nueva calificación jurídica sea favorable para los intereses del acusado, o sea hacia un delito de menor entidad.

En tal sentido, de vieja data, la Corte ha dicho:

“Es necesario anotar, sin embargo, que desde la SP, 27 jul. 2007. Rad. 26468, la Corte viene admitiendo la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en esta.

Sobre el particular, se precisó en la reseñada decisión que el fiscal bien puede “solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquel formulado en la acusación — siempre, claro está, de menor entidad—, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando —en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores— la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes” (resaltado fuera de texto) y sin que se haga más gravosa la situación del acusado.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA
PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR
LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA
DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

No obstante, ya en SP, 16 mar. 2011. Rad. 32685, había puntualizado la Sala que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la Fiscalía. Sobre el particular, textualmente señaló:

“Si bien en el precedente citado por el defensor de Nelson Enrique Galvis Rojas, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la Ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado” (resaltado fuera de texto).

(:::)

Obsérvese cómo en la primera de las decisiones remembradas, según así también se destacó en la providencia del 15 de agosto de 2013, la Sala ratificó su propósito de consolidar una línea jurisprudencial sólida que dejara atrás ese concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la Fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual,

comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo..."⁷.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que la Fiscalía, secundada por el representante del Ministerio Público, quiso variar la calificación jurídica dada a los hechos consignados en la acusación, actuó de manera indebida y con manifiesta vulneración del Debido Proceso, por cuanto modificó las premisas factuales consignadas en el libelo acusatorio para de esa forma pasar de un contexto fáctico en el que el procesado actuó de manera individual, directa e inmediata en la comisión de los delitos por los que fue llamado a juicio, a otro completamente diferente en el que, pese a que el procesado no accionó el arma de fuego, de todas maneras perpetró los reatos por los que fue acusado ya que actuó de manera mancomunada y con división de trabajo con otros individuos, entre los que se encontraba la persona que efectuó los disparos, con un arma de fuego que el acusado previamente le había suministrado.

Como se podrá colegir, la Fiscalía con lo acontecido lo único que en verdad hizo fue hacer lo que no podía hacer, o sea modificar el núcleo fáctico de la acusación, el cual fue alterado al incorporarse unas nuevas circunstancias factuales que diferían abismalmente del grado de participación del procesado en la comisión de los delitos por los que inicialmente fue acusado.

Siendo así las cosas, era obvio que el Juzgado de primer nivel, ante semejante violación del Debido Proceso y del Derecho a la Defensa, no podía atender las peticiones de condena deprecadas por el Ente Acusador, y por ende debía atenerse a los resultados de las pruebas debatidas en el juicio en consonancia con la hipótesis planteada por el Ente Acusador en el libelo acusatorio, las cuales dejaban sin sustento la teoría

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de mayo de 2015. SP6354-2015. Rad. # 44287.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA
PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR
LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA
DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

del caso propuesta por la Fiscalía, quien se comprometió a demostrar que el procesado participó, a título de autor material, en la comisión del delito, por cuanto fue quien disparó el arma de fuego en contra de SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, pero que aciagamente, en un típico evento conocido por la doctrina como *aberratio ictus*, hirió mortalmente a DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "DANIELA". Lo que resultó ser no cierto porque las pruebas habidas en el proceso, de manera categórica, demostraron que el procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES en momento alguno fue quien accionó el arma de fuego cuyos proyectiles homicidas le segaron la vida a "DANIELA", ya que quien perpetró esa conducta, dizque fue un tal "SEBASTIAN", persona esta que, al igual que el procesado, hacia parte del grupo de sujetos que increpaban y ofendían a las víctimas como consecuencia de su orientación sexual.

Por otra parte, en el remoto de los eventos en los que se dijera que la Fiscalía sí podía hacer lo que hizo, o sea modificar las premisas factuales consignadas en el libelo acusatorio, de todos modos la Sala, al igual que el Juzgado de primer nivel, es de la opinión consistente en que con las pruebas habidas en el proceso no era factible llegar a ese grado absoluto de conocimiento que se requiere sobre la responsabilidad penal del procesado, exigido por el artículo 381 C.P.P. para poder dictar un fallo de condena, por cuanto de las mismas solo manaban dudas razonables que obviamente debían ser capitalizadas en favor del acusado, acorde con el principio del *in dubio pro reo*.

Decimos lo anterior por lo siguiente:

- No amerita credibilidad alguna los señalamientos efectuados en contra del procesado por parte del testigo SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN como la persona que hizo los disparos, porque dicho testigo incurrió en muchas inconsistencias y contradicciones en varias declaraciones

que efectuó antes de atestar⁸, en las que expuso no estar seguro que el procesado haya sido el autor de los disparos, y que al parecer los señalamientos que efectuó en su contra los hizo por insinuación de la Policía.

- El testigo JOSÉ ASDRÚBAL DUQUE VÁSQUEZ, (a) "MACGYVER", sin mayores explicaciones se contradice en lo que dijo en una entrevista, porque en esa declaración adujo haber visto el momento en el que un motociclista le entregó al procesado un bolso canguro que contenía un arma de fuego, el cual luego este se lo dio al sujeto que accionó el arma de fuego. Mientras que en el juicio averó que en lo que en verdad presenció fue el momento en el que el motociclista le entregó el bolso al fulano que posteriormente inició la balacera.
- Acorde con las pruebas debatidas en el proceso, se tiene que quien disparó el arma de fuego al parecer lo hizo de manera espontánea y a *motu proprio*, sin que mediara acuerdo previo o tácito con el procesado, y que procedió de tal manera como consecuencia de la actitud beligerante asumida por SEBASTIÁN ARIAS RENDÓN, quien cuando le fue a reclamar a DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES, lo hizo blandiendo un arma blanca con la que se encaminaba en su contra.
- No pueden ser de recibo los argumentos esgrimidos por la Fiscalía para considerar que el arma de fuego, tipo revólver, calibre .38 encontrada por los policiales cuando iban en pos de una persona sospechosa, correspondía al arma con la que asesinaron a DANIEL ESTIVEN MARÍN RESTREPO, mejor conocido como "DANIELA", porque acorde con lo conceptuado por los peritos, se estableció que no se podía determinar si la ojiva extraídas del cuerpo del óbito fue o no disparada por el arma de fuego incautada. A lo que se le

⁸ Las que ingresaron válidamente al proceso, y por ende hacen parte acompañante de la declaración del testigo.

debe sumar que todo lo dicho sobre este tópico por la Fiscalía en la alzada es una simple y mera especulación que desconoce uno de los principios rectores de la balística forense como lo es el principio de la identidad, en cuya virtud todas las armas de fuego al ser accionadas imprimen características que le son propias a los elementos no combustibles integrantes de la munición, quienes, en lo que atañe con las ojivas, quedan con unas marcas producidas por las estrías habidas en el ánima del cañón. *«Las estrías en la bala serán un duplicado del tamaño, espaciado. Dirección (dextrógira o levógira) y ángulo de los surcos. En combinación con el calibre (tamaño) de la bala, esta información permite identificar la clase de arma que la ha disparado, o emparejar una bala recuperada y un arma sospechosa...»*⁹.

En suma, lo dicho en los párrafos precedentes es suficiente para que la Sala concluya que no le asiste la razón a los reproches formulados por los recurrentes en contra del fallo confutado, por cuanto el Juzgado de primer nivel estuvo atinado en la apreciación de las pruebas debatidas en el juicio, con las cuales no era posible llegar a ese grado de convencimiento requerido por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir en contra del procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES un fallo de condena. Sumado a que la Fiscalía, al variar la calificación jurídica, no podía afectar el núcleo fáctico de la acusación, el cual se tornaba en inmutable.

Siendo así las cosas, la Sala confirmará el fallo confutado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por los apelantes.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se

⁹ PLATT, RICHARD: En la escena del crimen: la guía definitiva de la ciencia forense. Página # 102. Dorling & Kindersley Editores. 2.003.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA
PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR
LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA
DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el treinta (30) de junio del 2.016 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro del proceso que se le siguió al procesado DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES, quien fue absuelto de los cargos por lo que fue acusado por la F.G.N. los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los reatos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

SEGUNDO: DISPONER como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA
PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR
LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA
DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

TERCERO: DECLARAR que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

LUZ STELLA GUTIÉRREZ RAMÍREZ
Magistrada

Firmado Por:

MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR
PEREIRA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
07e06acb36d031b2b9574113ab55033846f6bf132fb62
33e062db5f0f4352277

Documento generado en 18/12/2020 12:12:17 p.m.

PROCESADO: DIEGO ALEXANDER SERNA MORALES
DELITOS: HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA
PERSONAL
RADICADO: 666826000048201500170-01
PROCEDE: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
ASUNTO: RESUELVE SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR
LA FISCALÍA Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CONTRA
DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
DECISIÓN: CONFIRMA EL FALLO CONFUTADO

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
[https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElec](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica)
tronica