

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15693-31-07-001-2012-00002-01
PROCESO:	Penal – ley 600/2000 (con preso)
PROVIDENCIA:	Sentencia segunda instancia
DENUNCIANTE:	DE OFICIO
SENTENCIADO:	XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX
DELITO:	Homicidio en persona protegida y otros.
JUZGADO ORIGEN:	Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de V/bo
M. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. (Sala Primera de Decisión)

HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.- Coautoría impropia

DE LA COAUTORÍA IMPROPIA-“...La coautoría impropia se edifica sobre tres requisitos, es decir, la existencia de un acuerdo común, la división de tareas y la esencialidad del aporte...” “Importa especificar igualmente, por lo dicho en precedencia, que el acuerdo común puede ser previo o concomitante y, a su vez, expreso o tácito.”

Respecto del co-dominio funcional del hecho, es evidente que las actuaciones de los referidos uniformados se dirigieron a la misma finalidad, con un comportamiento voluntario hacia el deseo de la materialización de la conducta punible del secuestro, homicidio y de la destrucción de documentos públicos y privados que se evidencia en primer lugar al momento de acordar su realización y después, cuando en su ejecución, no realizaron alguna actuación que pudiera afectar el mismo al punto de hacer fracasar el plan, sino que por el contrario, la posición del procesado siempre ha sido la de mantener en la penumbra sus verdaderas intenciones, su empresa criminal, negando su participación en los hechos aquí investigados a diferencia de los demás uniformados que optaron por aceptar los cargos y acogerse a sentencia anticipada.

Subsiste prueba que permite arribar al grado máximo de conocimiento, más allá de toda duda razonable necesario para edificar el fallo en condena por los homicidios sobre los jóvenes XXXXX, personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, así como de los delitos de secuestro simple agravado, porte ilegal de armas, destrucción u obstrucción de documento público y destrucción u obstrucción de documento privado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Septiembre, tres (3) de dos mil quince (2015).

RADICACIÓN:	15693-31-07-001-2012-00002-01
PROCESO:	Penal – ley 600/2000 (con preso)
PROVIDENCIA:	Sentencia segunda instancia
DENUNCIANTE:	DE OFICIO
SENTENCIADO:	XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX
DELITO:	Homicidio en persona protegida y otros.
JUZGADO ORIGEN:	Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de V/bo
M. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. (Sala Primera de Decisión)

ACTA No 039

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del procesado XXXXXXXX contra la sentencia proferida el 15 de mayo de 2012, por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo.

1. HECHOS

Mediante providencia de noviembre 25 de 2011, la Fiscalía Cuarta especializada de esta municipalidad, profirió resolución de acusación contra XXXXXXy XXXXXXXXXXXX en calidad de coautores del concurso homogéneo de los delitos de homicidio de que fueron víctimas el niño LISANDRO OJEDA HORMAZA y el joven JHON FREDY NIÑO CARREÑO; en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado del que estas dos personas fueron víctimas; en concurso heterogéneo con el delito de porte ilegal de armas de uso privativo; en concurso heterogéneo con el delito de sustracción de documento público; en

concurso heterogéneo con el delito de sustracción de documento privado, por conductas cometidas en el año 2004 en el municipio de Chita durante el ejercicio de su cargo Cabo primero y soldado raso respectivamente, adscritos a la compañía Bisonte 2 del Batallón de Artillería Tarqui.

La situación fáctica fue descrita por la Fiscalía Cuarta Especializada de Santa Rosa de Viterbo, al momento de calificar el mérito sumarial de la actuación, así:

Caso 1). El día 22 de junio de 2004 en horas de la mañana, en la vereda Monserrate del municipio de Chita, el joven LISANDRO OJEDA HORMAZA, de 17 años de edad recién cumplidos, salió de su casa montaña arriba, en dirección a unos potreros en los que se encontraba un ganado al cual iba a revisar, por el camino se encontró con unos miembros del ejército nacional, uniformados que bajaban a reprimir la presencia de las FARC, grupo armado que precisamente se estaba hospedando en la casa de los padres de aquel joven. Los militares sustrajeron a la víctima de su quehacer programado y lo condujeron hasta la citada residencia que se encontraba ya deshabitada y en las inmediaciones fue uniformado con vestido camuflado y luego fue eliminado con 4 disparos con arma de fuego haciéndolo pasar como un guerrillero muerto en un aparente combate, para lo cual también adujeron que la víctima tenía en su poder un fusil Galil calibre 7.62 mm.

En la residencia los militares también procedieron a abrir un baúl del que se sustrajeron la suma de \$180.000; también sustrajeron documentos personales y también sustrayendo unos documentos privados de los moradores, que dan cuenta de la compra de unas tierras y del empeño de otros predios, los cuales fueron incinerados en un hoguera frente a la casa junto con unas colchonetas y granos que se encontraban en dicho lugar, causando además daños en el tejado de la vivienda con disparos de sus armas.

Caso 2). El 17 de julio de 2004, en horas de la noche, el joven JHON FREDY NIÑO CARREÑO, fue retenido en el casco urbano del municipio de Chita y llevado a la estación de policía de la localidad, en donde permaneció hasta los primeros minutos de la madrugada del 18 de julio de 2004, siendo en esos momentos liberado por la policía, pero luego introducido por miembros del ejército nacional en un vehículo prestado por la administración municipal, llevado por la vía que

conduce a la vereda de la Cortadera de ese mismo municipio, en recorrido la víctima fue obligada a descender, indicándole que se alejara momento en el cual le fueron propinados varios disparos con arma de fuego, posteriormente mostrándolo los mismos militares como un combatiente abatido en el fragor de un choque armado, para lo cual los uniformados del ejército nacional colocaron al lado de la víctima una granada de fragmentación y un revolver calibre 38.

En los hechos relacionados anteriormente participaron los militares Sargento DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE MENDOZA y el soldado XXXXXXXXXXXX, contra quienes se continua la presente investigación, además de los también militares Teniente JULIO ALEJANDRO VALENCIA SALAZAR, los entonces soldados JOSE ALIRIO BARINAS MERCHAN, ALBERTO GARCIA MONTIEL, YON ALEXANDER DIAZ GOMEZ, HUGO HERNANDO FONSECA MARTINEZ, quienes se acogieron al beneficio de sentencia anticipada aceptando la comisión de los delitos acusados. Todos ellos pertenecientes a la escuadra de la compañía Bisonte 2 adscrita al Batallón de artillería Tarqui con sede en Sogamoso.

2. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia del 15 de mayo de 2012, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo resolvió condenar a DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE MENDOZA y XXXXXXXXXXXX a la pena principal de 480 meses de prisión y multa de 3100.5 S.M.L.M.V., además de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años, como coautores de los delitos en concurso homogéneo de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA en concurso homogéneo con el delito de SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO en concurso heterogéneo con FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS y DESTRUCCION, SUPRESION U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PUBLICO y DESTRUCCION SUPRESION U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PRIVADO¹.

Para arribar a esa conclusión, el Juzgado de primera instancia encontró a partir de las pruebas recaudadas, que los procesados son responsables en calidad de coautores de las conductas por las cuales la Fiscalía Delegada elevó resolución

¹ F. 25 C. 10

de acusación en su contra, por ajustarse a la figura de la coautoría impropia, en el entendido que existió una distribución de roles o funciones entre los integrantes de la cuadrilla a cargo del teniente VALENCIA y del Sargento BUSTAMANTE en la que idearon un plan criminal para dar como subversivos caídos en combate, a jóvenes oriundos del municipio y que no intervinieron en alguna actividad bélica, con el fin de obtener reconocimientos de sus superiores y beneficios como permisos. En ese propósito además de los homicidios referenciados, se evidenció la comisión de otros delitos anexos tales como el secuestro simple, necesario para el traslado de sus víctimas; el porte ilegal de armas, sobre aquellos elementos que eran dispuestos junto con los cadáveres y la destrucción de los documentos públicos y privados de propiedad de la familia de la víctima LISANDRO OJEDA HORMAZA, que se hallaban en su casa de habitación.

Por tanto, al ser hechos típicos que encajan perfectamente en las conductas descritas por el legislador como punibles y a todas luces antijurídicos, sin que exista alguna causal de justificación o eximente de responsabilidad, se dispuso su condena como responsables de los hechos descritos.

3.- DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la aludida decisión, la defensa de DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE MENDOZA interpuso recurso de apelación, con fundamento en los siguientes argumentos:

- De entrada se observa que el a-quo no fue claro en definir, concretar, de cara a la coautoría impropia imputada, cual había sido en concreto, la supuesta tarea desarrollada por el procesado DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE MENDOZA. Refiere que de los medios de prueba no se desprende un señalamiento que indique con grado de certeza que su defendido participó en los hechos que dieron lugar a las muertes de LISANDRO OJEDA HORMAZA y JHON FREDY NIÑO CARREÑO y en consecuencia el concurso de delitos formulados, pues no existe la claridad de que su comportamiento hubiese sido típico, antijurídico y menos culpable.

El a-quo se limitó a mencionar pruebas recaudadas y a esgrimir la participación de una virtual participación en el grado de coautoría impropia y que había una división de trabajo, de labores sin indicar cual había sido la tarea realizada por su defendido en los dos hechos, quedando un vacío jurídico al respecto, pues por ejemplo, la situación de la cedula de ciudadanía de la señora PILAR HORMAZA difiere de lo mencionado por el juez de primera instancia toda vez que en la declaración de la señora MARIA CONCEPCION PEREZ VELANDIA, da cuenta que la misma fue devuelta a su dueña a través del señor SILVANO OJEDA.

- Que el señor José ALIRIO BARINAS MERCHAN fue claro en indicar que el único que había ingresado a la casa y había tomado los documentos y dinero que había allí dentro, desnaturalizando la intervención de su prohijado en esa conducta pues no se demostró que haya entrado a la casa y menos extraído algún documento de allí.

- Que tampoco está demostrado que DABOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE haya incurrido en el delito de secuestro simple agravado en la humanidad de LISANDRO OJEDA HORMAZA, pues es claro que él no tenía a cargo la protección del bien jurídico protegido ya que no estaba al mando de la tropa, pues el teniente VALENCIA era quien lo estaba, ni estaba presente en el lugar del suceso, refiriéndose a la declaración que en ese sentido rindiera el soldado José ALIRIO BARINAS MERCHAN, quien señaló al soldado GARCIA MONTIEL de ser quien llevaba al muchacho, tal como en su momento lo afirmaran los soldados YON ALEXANDER Díaz GOMEZ y HUGO HERNANDO FONSECA.

Además, José ALIRIO BARINAS en ningún momento lo relaciona como participe de las acciones en torno al joven LISANDRO OJEDA.

-Respecto de la muerte de JHON FREDY NIÑO CARREÑO dice que está demostrado que quienes accionaron las armas contra su humanidad fueron los soldados ALBERTO GARCIA MONTIEL y JOSE ALIRIO BARINAS, este último reconociéndolo expresamente.

-Refiere que en esos dos casos aislados y distantes, su defendido no compartió tácitamente un acuerdo para acabar con la vida de LISANDRO menos con la de JHON FREDY y no se puede predicar que contribuyó activa o pasivamente en las

mismas, por tanto no es cierto que haya existido un acuerdo para la consecución de un propósito ilícito ni que todos hayan desarrollado un compromiso de una aparente división de tareas. Así las cosas, el hecho de pertenecer a ese grupo de uniformados no lo ubica per se cómo participe de los mismos, máxime cuando en la sentencia no hay claridad sobre su participación ni precisión sobre su actuación poniendo en evidencia las dudas de la sentencia.

-Que si bien el día de la muerte de JHON FREDY NIÑO CARREÑO, el sargento BUSTAMANTE iba en el carro con él, no hay prueba que brinde certeza de que él participó en su secuestro, menos en su muerte, pues fue el teniente el que firmo su salida de la estación de policía, entonces no se evidencia que la presencia de BUSTAMANTE haya sido esencial para ejecutar el homicidio o que este haya portado armas o en especialmente la granada que se le atribuye en la sentencia.

-Reitera sobre la existencia de serias dudas y vacíos de acuerdo al material probatorio, especialmente vistas a la luz de las declaraciones de los soldados GARCIA MONTIEL, BARINAS MERCHAN, DIAZ GOMEZ Y FONSECA MARTINEZ, no hay certeza sobre la participación de BUSTAMANTE en los hechos endilgados, siendo necesario aplicar esa duda a favor del procesado.

-Cuestiona el hecho de que si se sabe que la guerrilla estuvo días en la casa de la familia de LISANDRO OJEDA, se le atribuya al grupo del ejercito el apoderamiento de documentos cuando fácilmente lo pudo haber hecho ese grupo subversivo, cuestionando incluso el hecho que no hayan advertido a las autoridades esa situación y que se cuestione sobre las manifestaciones sobre la no participación de la víctima dentro de ese grupo subversivo.

Así mismo, se cuestiona la declaración de José ELIODORO MANRIQUE CUEVAS, alias "MAURICIO" pues no comparte la idea de que fuera a reconocer que la víctima era un camarada suyo y perder la posibilidad de hacer daño a los uniformados del ejército nacional, pues se estableció que él y otros desmovilizados, conocían bien al joven LISANDRO OJEDA.

-En cuanto a la dosificación punitiva señala que solo se tuvieron en cuenta para su determinación los agravantes y ningún atenuante como la ausencia de antecedentes del sentenciado, habiéndosele condenado a la máxima de 40 años

de suerte que se sumaron los otros tantos a los 390 meses impuestos por el delito de homicidio para que dieran los 480 meses de prisión, cuando la dosificación punitiva debió moverse dentro del cuarto mínimo, sumada a la elevada multa con la cual no está de acuerdo.

Por estos motivos solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar, se profiera sentencia absolutoria a favor de DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE ESTUPIÑAN en aplicación al principio de presunción de inocencia e indubio pro reo.

4. INTERVENCION DEL PROCURADOR JUDICIAL PENAL

Solicita se confirme en su totalidad la providencia impugnada en el entendido que la defensa pretende hacer ver que el hecho de que los acusados se encontraran en el mismo escenario donde se cometieron los ilícitos no los convierte en actores de los mismos como si se tratara de personas ajenas al ejército nacional, cosa muy diferente a lo que se encuentra demostrado, pues los procesados no pueden ser considerados meros espectadores pues si participación no se limitó simplemente a dejar pasar u observar cómo se asesinaba a dos niños indefensos.

Ellos se hicieron acreedores al “trunfo” que en este caso, fue representado en el reconocimiento como héroes por la hazaña de dar de baja, en combate, a dos “peligrosos guerrilleros”.

5.- FUNDAMENTOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor del artículo 76, numeral 1 y el artículo 204, de la ley 600 de 2000, dentro de los límites previstos por el legislador para el funcionario de segunda instancia, circunscritos al objeto de la apelación, conformado por los asuntos contenidos en la sustentación del recurso y aquellos que le estén inescindiblemente vinculados, procede la Sala a resolver lo que corresponda pero además, con incidencia de la prohibición de reforma en peor contemplada en esa misma norma y en el artículo 31 de la Carta Política, pues ante la inconformidad exclusiva del enjuiciado, éste tiene entonces la condición de apelante único.

Como quiera que el recurrente no desconoce la situación fáctica de la muerte “fuera de combate” de los jóvenes LISANDRO OJEDA HORMAZA y JHON FREDY NIÑO CARREÑO, se da este como un hecho establecido y procede la Sala a estudiar lo concerniente a la imputación del hecho típico a título de coautor efectuada a DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE MENDOZA, tópico respecto del cual trata el reproche para luego analizar lo concerniente a la dosificación de la pena, propuesto como segundo aspecto a resolver.

Se duele el apelante de la decisión de primera instancia en el entendido que no se concretó o determinó con exactitud la participación de su defendido en la empresa criminal ideada para la materialización de los homicidios en personas protegidas buscando el reconocimiento de sus superiores y los beneficios que de ello se desprende.

Antes de abordar el examen de la censura planteada por el impugnante, por cuyo medio alega el desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba, es necesario recordar el contenido del instituto de la coautoría impropia, pues resulta indispensable a fin de determinar si en este caso, estudiados los yerros de hecho denunciados por el actor, se debe descartar su presencia y, por ende, la responsabilidad del procesado en los delitos por los cuales fue acusado, para posteriormente descender al caso en concreto y dar respuesta al problema jurídico aquí planteado.

En esa medida, prevé el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Al respecto es oportuno precisar, en relación con el número plural de personas que concurren a la realización de la conducta punible, que resulta indiferente conocer tanto su cantidad exacta² como la identidad de todas, pues lo importante es tener certeza sobre la efectiva participación de varias.

A su vez, debe señalarse que la contribución en la empresa criminal debe ser consciente y voluntaria, en orden a producir un resultado típico comúnmente querido o por lo menos aceptado como probable, “sin que para la atribución de

² Sentencia del 18 de julio de 2002, C.S.J. Sala Casación Penal. Radicado No. 10696.

responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo³.

Ahora, la coautoría impropia se edifica sobre tres requisitos, es decir, la existencia de un acuerdo común, la división de tareas y la esencialidad del aporte, sobre los cuales la Sala ha expresado:

“Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación.

División quiere decir separación, repartición.

Aportar, derivado de «puerto», equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.

Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas... a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o co-dominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente.

Observado el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva.

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que:

- Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración.

- Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.

³ Sentencia del 11 de julio de 2002, C.S.J. Sala Casación Penal. Radicado No. 11862.

La fase objetiva comprende:

Uno. El co-dominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos.

Por conducta esencial se debe entender, primero, que sin ella es imposible cometer el hecho; o, segundo, que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo; o, tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria.

Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.

Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral —«espiritual»—, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, v. gr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrantamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.⁴

Importa especificar igualmente, por lo dicho en precedencia, que el acuerdo común puede ser previo o concomitante y, a su vez, expreso o tácito⁵.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado la figura de la coautoría en sentencia del 2 de septiembre de 2009, radicado 29221, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas indicando, que son coautores de conformidad

⁴ Sentencia del 21 de agosto de 2003, C.S.J. Sala Casación Penal. Radicado No. 19213.

⁵ Sentencia del 11 de julio de 2002, Radicado No. 11.862.

con el artículo 29.2 de la Ley 599 de 2000, los que, mediando un acuerdo común⁶, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte y explicó que lo característico de ésta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, esto es, por un plan común⁷, además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva⁸ pues no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible.

Establecido el alcance de la coautoría impropia, se procede a estudiar los errores de apreciación probatoria indicados por el actor en el cargo, bajo el derrotero inicialmente señalado.

Del análisis probatorio efectuado en sede de primera instancia se concluyó que quedó demostrada la materialidad de los hechos expuestos por el ente acusador respecto de las muertes del menor LISANDRO OJEDA HORMAZA de 17 años, y de JHON FREDY NIÑO CARREÑO, pero como los homicidios en si se tratan de un hecho ya establecido y sin discusión alguna, se ahondara en la prueba relacionada con la participación del Cabo BUSTAMANTE en la participación dentro de esos homicidios, empezando por el primer caso, esto es, la muerte de LISANDRO OJEDA HORMAZA, y los demás delitos derivados de ese hecho, especialmente lo relacionado a la destrucción u ocultamiento de los documentos públicos y privados de la familia del occiso.

- En la diligencia de indagatoria rendida por el Teniente JULIO ALEJANDRO VALENCIA SALAZAR, (fl. 99 a 104) da cuenta que *“cuando nos encontrábamos en la casa le di la orden al CABO PRIMERO BUSTAMANTE, quien estaba en la*

⁶ El mutuo acuerdo para la práctica unanimitad de la doctrina es la conexión subjetiva entre los diferentes intervinientes en una conducta y que persigue como fin último, como objetivo común, la realización del hecho. Para la consecución conjunta de este objetivo, resulta evidente que los diferentes intervinientes deberán coordinar, en mayor o menor medida, sus aportaciones al hecho. VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO. La coautoría en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. página 381.

⁷ Es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido en que hablé de tal al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, La autoría en derecho penal, Barcelona, Editorial PPU, 1991, página 653.

⁸ En segundo lugar, debe mediar una contribución, un aporte objetivo y esencial al hecho, de tal manera que éste sea producto de la división del trabajo entre todos los intervinientes, por ello se requiere un dominio funcional del hecho, pues cada uno debe ser una pieza fundamental para llevar a cabo el plan general. Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero si es necesario a no dudar que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la misma, pues de lo contrario se estarían penando aportaciones en las fases previas en contravía de un derecho penal de acto. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho Penal, Medellín, Editorial Comlibros, 2009, página 902.

casa conmigo de recolectar todo el material encontrando para ser enviado al batallón (...) Bustamante fue el que encontró el cuerpo". Al indagársele sobre quienes habían entrado a la casa donde encontraron el material de intendencia contestó "el personal de la primera escuadra de asalto fue la que verificó la vivienda y los alrededores de éste, todos bajo el mando de su comandante de escuadra quien era el cabo BUSTAMANTE y yo ingresamos a la residencia..."

- Declaración rendida por Pilar Hormaza (fl. 278 c. 2), madre de la víctima quien refiere que le desaparecieron su cedula mientras que los documentos de su esposo y los registros civiles de sus hijos se los llevaron los soldados del ejército pero que luego se los entregaron al señor SILVANO OJEDA. Que en la casa tenían unos documentos de la compra de una tierra, unos empeños pero fueron quemados por los soldados junto con unas colchonetas, colchones y unos granos.

- Declaración de MARIA CONCEPCION PEREZ VELANDIA (fl. 230 a 236 C. 4), vecina del sector donde se desplego la conducta reprochada y quien narra que el día de los hechos, recibió por parte del ejército nacional documentos correspondientes a la cedula de ciudadanía de JUBEL JOSE OJEDA Y PILAR HORMAZA, así como carnet de sus hijos sin que les diera explicación alguna de esa situación, dando cuenta que en efecto el Ejército Nacional, a través de los soldados de la cuadrilla a cargo del Teniente VALENCIA y del Cabo BUSTAMANTE, en efecto se apoderaron de los documentos de identificación de los integrantes de la familia OJEDA HORMAZA.

- en la diligencia de ampliación de indagatoria del teniente JULIO ALEJANDRO VALENCIA SALAZAR, se allana a los cargos y acepta haber hecho tenido un cruce de disparos con un grupo guerrillero y proceder al registro de la casa en donde se encontraban, al no encontrar nada, teniendo a LISANDRO OJEDA en la vivienda, procedieron a presentarlo como una muerte en combate, donde uniformó y posteriormente dieron muerte a ese joven. Acepta que muy posiblemente si tomaron y quemaron los documentos de propiedad de los padres de LISANDRO OJEDA. (fl. 217 a 219 c. 5).

- En una nueva ampliación de indagatoria, el Teniente VALENCIA, señala que *"estando en la casa el CABO BUSTAMANTE y su escuadra de la cual pertenecían*

los soldados Díaz JHON, FONSECA HUGO, GARCIA MONTIEL BARINAS ALIRIO me solicitaron y en común acuerdo presentar al joven LISANDRO OJEDA HORMAZA como una muerte en combate...” agregando que además allí se encontraba el soldado ESPINEL. (FL. 3 C. 9)

- Diligencia de ampliación de indagatoria del señor YON ALEXANDER Díaz GOMEZ, quien acepta los delitos por los cuales se le investiga refiriendo que en efecto le pusieron el camuflado al joven LISANDRO OJEDA y que lo llevaron a la fuerza hacia la casa de él y le dispararon. Que *“el soldado BARINAS y el soldado ESPINEL sacaban colchonetas y equipos y un poco de propaganda y lo botaron ahí en frente de la casa y el teniente dio la orden de prenderle a eso”*. (fl. 249 a 251 c. 5).

- En diligencia de ampliación de indagatoria del señor HUGO HERNANDO FONSECA MARTINEZ (Fl. 252 a 254 c. 5) señala *“...estaba ahí el sargento BUSTAMANTE, cabo en esa época (...)”* refiriéndose a los uniformados que se encontraban en la casa momentos en los que asesinaron al joven LISANDRO OJEDA. Continúa afirmando que: *“...vi al sargento, al caleño, a BARINAS y a ESPINEL sacando cosas de la casa...”*

- En diligencia de ampliación de indagatoria del soldado ALBERTO GARCIA MONTIEL (fl. 182 a 189 c. 8) reconoce haber participado en el asesinato de LISANDRO OJEDA afirmando que el teniente VALENCIA, luego de vestirlo con el camuflado, le había hecho tres disparos de ráfaga delante de los soldados VIANCHA, Díaz, ESPINEL, GUEVARA, BARINAS Y el cabo BUSTAMANTE. Además refiere que en efecto, ese día un soldado de la escuadra a la que pertenece, *“había cogido la plata que había en un libro dentro de la casa donde fue muerto LISANDRO OJEDA HORMAZA”*.

Así las cosas, está demostrado sin lugar a equívocos la participación del señor DABOGERTO BUSTAMANTE en los hechos por los cuales se secuestró, asesinó y se apoderaron de los documentos de la familia OJEDA HORMAZA para luego destruirlos y quemarlos en una hoguera justo en frente de la casa de estos. Estas versiones rendidas, especialmente dentro de la aceptación de cargos, concuerdan con los dichos y relatos de los declarantes pertenecientes al sector en donde

ocurrieron los hechos, al punto de ser la misma madre del occiso, PILAR HORMAZA, quien identifica al procesado BUSTAMANTE en el lugar de los hechos señalando que un soldado la amenazo “*que siguiera viviendo ahí, y siguiera sirviéndole a la guerrilla, que a la vuelta desaparecía la casa*”, refiriéndose a un soldado de tez negra y estatura media (fl. 116 a 121 c1), descripción que concuerda de manera precisa con las características físicas pues era él, el único de esa cuadrilla quien tenía tez morena, tal como se observa en los rasgos morfológicos relacionados en la primera diligencia de indagatoria (Fl. 169 c.1).

En efecto, resulta razonable y coherente la versión del Teniente VALENCIA quien asegura que la muerte del joven LISANDRO OJEDA fue producto de un acuerdo previo, expreso entre los soldados de la cuadrilla con su superior el teniente Valencia, quien en últimas acogió la propuesta hecha, entre otros, por el Cabo BUSTAMANTE, para dar por muerto en combate a este joven labriego de la vereda Monserrate del municipio de Chita, y por tanto, no encuentra sustento a la tesis expuesta por el apelante en el entendido de ser su defendido, una persona ajena a esa lamentable situación, sino que se materializa y concreta la ideación de un plan criminal cumpliéndose así el aspecto subjetivo de la coautoría, en punto de la existencia de un acuerdo de voluntades entre los soldados de la cuadrilla a cargo de BUSTAMANTE, perteneciente a la compañía Bisonte 2 del Ejército Nacional.

Respecto del co-dominio funcional del hecho, es evidente que las actuaciones de los referidos uniformados incluidos el cabo BUSTAMANTE se dirigieron a la misma finalidad, con un comportamiento voluntario hacia el deseo de la materialización de la conducta punible del secuestro, homicidio y de la destrucción de documentos públicos y privados que se evidencia en primer lugar al momento de acordar su realización y después, cuando en su ejecución, no realizaron alguna actuación que pudiera afectar el mismo al punto de hacer fracasar el plan, sino que por el contrario, la posición del procesado siempre ha sido la de mantener en la penumbra sus verdaderas intenciones, su empresa criminal, negando su participación en los hechos aquí investigados a diferencia de los demás uniformados que optaron por aceptar los cargos y acogerse a sentencia anticipada.

Es así que resulta evidente, acorde con el material probatorio, la retención ilegal que sufrió LISANDRO OJEDA por cuanto fue llevado desde la parte alta de la loma hasta su lugar de residencia donde posteriormente fue asesinado por los soldados que pertenecían a la

escuadra que dirigía el Sargento BUSTAMANTE y el teniente VALENCIA, luego de haberle hecho colocar un camuflado y material de intendencia que momentos antes le habían incautado al grupo guerrillero que había huido del sector luego del cruce de disparos que tuvieron.

Por tanto no son de recibo los argumentos según los cuales el Cabo BUSTAMANTE era tan solo un espectador y que con base en las declaraciones de los soldados YON ALEXANDER DIAZ GOMEZ y HUGO HERNANDO FONSECA MARTINEZ, no hay claridad sobre la participación del procesado en los hechos investigados, pues mírese como este último en su declaración de ampliación de indagatoria referenciado atrás (folios 252 a 254 del C. 5), es el mismo soldado FONSECA MARTINEZ quien afirma que el Cabo BUSTAMANTE se encontraba en la casa momentos en los que asesinaron a LISANDRO OJEDA y que vio que él era uno de los que estaban sacando las cosas de la casa.

Tampoco sería sensato afirmar que el procesado no le asiste responsabilidad del secuestro simple de LISANDRO OJEDA asegurando que no tenía a cargo el bien jurídico protegido ya que no estaba al mando de la tropa, cuando es lo suficientemente claro que la compañía BISONTE 2 estaba a cargo del Teniente VALENCIA pero este a su vez distribuía la compañía en varias escuadras, una de ellas a cargo del Cabo BUSTAMANTE, que fue la que precisamente se ve involucrada en estos desafortunados hechos y sobre todo cuando él mismo se encontraba en el lugar de los hechos. Así pues, la afirmación de que no le asiste responsabilidad en estos hechos, raya contra la realidad procesal que se encuentra lo suficientemente documentada y ya relacionada en esta providencia.

Ahora bien, respecto del caso No. 2, en lo que tiene que ver con la muerte del joven JHON FREDY NIÑO CARREÑO, aduce el apelante que quienes accionaron las armas ultimándolo, fueron los soldados GARCIA MONTIEL y BARINAS MERCHAN. Lo que olvida el apelante es que la acusación hecha por parte de la fiscalía y sobre la cual se erigió la sentencia condenatoria en su contra, fue atribuyéndole responsabilidad a título de coautoría impropia, de la que vale recordar, no implica la necesidad de desplegar toda la conducta necesaria para la consumación del tipo penal, sino que basta la realización de un acto parcial y suficiente para la materialización del injusto dentro de una distribución de roles o funciones, que como en el caso antes estudiado, aquí se encuentra debidamente acreditada esa participación, veamos por qué.

De las pruebas recaudadas se resaltan las siguientes:

- Declaración de ALIRIO CETINA CETINA (FL. 115 A 117 C. 6) alcalde para esa época del municipio de Chita refiere que a las once de la noche llego el Teniente VALENCIA del ejército para que le prestaran un carro para ir a la vereda del Laurel a detener al señor José ALBERTO CARREÑO

- Oficio 243 del 29 de septiembre de 2004 de la estación de policía de Chita con el cual se aporta el registro de novedades del día 17 de julio de 2004 donde se registró la entrada y salida de JHON FREDY NIÑO CARREÑO de la estación de policía. Cuyo ingreso estuvo por cuenta del ejército nacional bajo el mando del teniente VALENCIA. (folio 120 c. 6)

- Ampliación de denuncia que rinde DAVID NIÑO MORA, abuelo del occiso refiere que el día posterior a su desaparecimiento, le pregunto por él a un soldado del que no recuerda el nombre quien le dijo que *"a ese vergajo lo tenían para camuflarlo"*; agrega que días después del entierro de su nieto, se fue para la vereda La Cortadera en donde dijeron haberlo asesinado y encontraron allí un pozo de sangre en la carretera, donde cree lo dieron de baja y que más abajo en un montecito, estaba la cachucha que el usaba. (fl. 6 a10 c.8)

-Declaración juramentada de EDGAR EMILIO MONGUI VIRACACHA, inspector del municipio de Chita, a quien le correspondió adelantar la diligencia de levantamiento de cadáver, afirma que encontró el cadáver en el sector Pueblo Viejo del municipio de Chita de quien supuestamente pertenecía a un grupo subversivo, pero los soldados del ejército le informaron que la muerte se produjo en la vereda La Cortadera. Refiere que la víctima llevaba una camiseta, un jean y unas botas de caucho y que su muerte se produjo por varios disparos con arma de fuego.

-Declaración de ENERIET QUINTERO LUNA, quien se encontraba en la plaza de mercado el día de los hechos en la fiesta de la virgen del Carmen, y refiere haber visto frente a la estación de policía, estacionado un carro de la alcaldía y había un militar por el lado de la puerta del chofer y por el otro lado habían dos uniformados más y dentro del carro en la parte de atrás había alguien pero un soldado, el que estaba en el lado de la puerta del chofer, se hizo hacia un lado para que ellas no miraran quien estaba adentro. Respecto a esa persona dice que *"era bajito,*

llevaba botas que usan los campesinos de caucho pantaneras, llevaba ruana mora y una cachucha y era joven".(fl. 135 a 138 c. 8)

-Ampliación de indagatoria del señor JOSE ALIRIO BARINAS MERCHAN, quien acepta la ocurrencia de los dos homicidios y reconoce que cuando él se subió al carro de la alcaldía, ya se encontraba ahí el joven JHON FREDY NIÑO, indicando que en el vehículo iban los soldados GARCIA, Díaz, FONSECA, el cabo BUSTAMANTE Y EL TENIENTE VALENCIA y otro soldado que no recuerda el apellido. Refiere que el cabo y el teniente, cuando pararon, les ordenaron a el y al soldado GARCIA que "tumbáramos al man", entonces nos llevamos al muchacho y GARCIA le dijo que se fuera, cuando iba un trayecto de 10 metros ahí le disparamos al muchacho. Al muchacho después se le puso el revólver, ese yo lo cargaba y se lo puse, y la granada no sé si fue el cabo o GARCIA porque yo me devolví después de eso, para atrás del carro". (fl. 199 a 202 C. 8)

-Diligencia de ampliación de indagatoria del teniente JULIO ALEJANDRO VALENCIA SALAZAR, reconoce que la noche del 17 de julio de 2004 pidió prestado un vehículo de la alcaldía de Chita. Que cuando le iban a dar salida de la estación de policía, el cabo BUSTAMANTE y los soldados GARCIA MONTIEL, Díaz JHON le dijeron que tenían conocimiento que el joven JHON FREDY NIÑO era miliciano de la guerrilla y que no lo dejaran ir y le propusieron que el soldado BARINAS tenía un revolver y hacia el sector de la cortadera podían presentarlo como muerto en combate, por lo que lo retuvieron y llevaron a la Cortadera y el vehículo de la alcaldía y allí le dieron muerte. (fl. 2 a 7 C. 9)

Sopesadas las declaraciones en cuestión, surge como hecho irrefutable que JHON FREDY NIÑO fue muerto por el contingente de soldados que estaban a cargo del Teniente Valencia y del Cabo Bustamante, luego de extraerlo de la estación de policía del municipio de Chita y trasladarlo forzosamente en un vehículo de la alcaldía, al sector de la Cortadera en donde fuera ultimado por estos uniformados, específicamente refiriéndonos a los soldados GARCIA MONTIEL, FONSECA HUGO, DIEZ JHON, el teniente VALENCIA y el Cabo BUSTAMANTE.

Se tiene por cierto entonces la retención ilegal de JHON FREDY NIÑO, su traslado forzoso en un vehículo al sector de la Cortadera del municipio de Chita y su

asesinato en ese lugar, concordando con las declaraciones de testigos, aunado con la diligencia de levantamiento de cadáver en donde se informa que el occiso portaba prendas de civil tales como una camiseta blanca, un jean azul y botas pantaneras de lo que infiere que no se trataba de un subversivo y que difícilmente se hubiese tratado de un combate.

Se concluye entonces, como lo hiciera el a-quo, que los uniformados convinieron llegar a la estación de policía, extraerlo de allí y someterlo a la fuerza llevándolo a un sector alejado para cegarle la vida y presentarlo como abatido en combate, materializando la conducta y aunque no todos dispararon sus armas contra la víctima, si les asiste responsabilidad bajo la figura de la coautoría impropia. De esta manera, como lamentablemente era usual en aquella época en nuestro país, lograban mostrar a sus superiores y a la comunidad en general, la positiva lucha contra la criminalidad y la recuperación del territorio nacional, en busca de reconocimientos de sus superiores y la obtención de beneficios tales como permisos.

Evidenciado de tal forma el conocimiento del propósito criminal por parte de DAGOBERTO BUSTAMANTE, innecesario se torna el esfuerzo del apelante de réstale fuerza persuasiva al construido motivo para delinquir, que efectuara el a-quo. De todo ello se refleja un propósito encaminado a ocultar verdades que salieron a flote con la prueba testimonial y la indiciaria que acertadamente se reseñó en sede de primera instancia.

Así las cosas, coincide esta Sala con el a-quo, en que subsiste prueba que permite arribar al grado máximo de conocimiento, mas allá de toda duda razonable necesario para edificar el fallo en condena por los homicidios sobre los jóvenes LISANDRO OJEDA y JHON FREDY NIÑO, personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, así como de los delitos de secuestro simple agravado, porte ilegal de armas, destrucción u obstrucción de documento público y destrucción u obstrucción de documento privado.

DE LA DOSIFICACION DE LA PENA

El reproche del apelante en este sentido, radica en su inconformidad respecto al hecho de solo tenerse en cuenta los agravantes y no los atenuantes o

circunstancias de menor punibilidad al momento de la tasación de la pena, por lo que sostiene debió tasarse teniendo en cuenta solo el cuarto mínimo para obtener una pena más coherente.

Este reparo tampoco está llamado a prosperar por cuanto para dosificar la pena se tendrán en cuenta los artículos 61 y 67 del Código Penal, es decir, la modalidad y la naturaleza del hecho punible. La tasación hecha en primera instancia obedece claramente a las circunstancias de mayor y menor punibilidad previstas en los numerales 5 y 10 del art. 58 del Código Penal que fueron incluidas en la resolución de acusación elevada por la Fiscalía:

Art. 58 C.P. Numeral 5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo y lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o participe.

Numeral 10. Obrar en coparticipación criminal.

Por lo tanto, resultaba necesario que el Juez debiera moverse dentro de los dos cuartos medios que fue lo que en efecto realizó el a-quo, tomando como base la del delito de Homicidio en persona protegida cuya segundo cuarto arroja la suma de 390 meses, como en derecho correspondía.

Igual situación ocurre con la cuantía de la multa de la que se duele el apelante, la que claramente no ofrece discusión alguna para esta Sala, en el entendido que los 3100.5 S.M.M.L.V. tasados en sede de primera instancia, corresponden y se ajustan al segundo cuarto de la multa prevista por el legislador dentro de los tipos penales de homicidio en persona protegida y secuestro simple agravado, encontrando la misma proporcional y razonable.

De haberse tasado la pena teniendo solo en cuenta los agravantes, seguramente la pena hubiese sido superior en el entendido que el Juez habría de fijarla teniendo en cuenta solo el cuarto máximo del total de la pena.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo Sala Primera de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo, dentro del proceso penal adelantado en contra del señor DAGOBERTO ALFONSO BUSTAMANTE MENDOZA como coautor del delito de homicidio en persona protegida en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado del que estas dos personas fueran víctimas; en concurso heterogéneo con el delito de porte ilegal de armas de uso privativo; en concurso heterogéneo con el delito de sustracción de documento público; en concurso heterogéneo con el delito de sustracción de documento privado, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra la presente determinación procede el recurso de casación, de manera excepcional, de acuerdo al inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

TERCERO: En oportunidad devuélvase a la oficina de origen para lo pertinente.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

Magistrada