

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
CIRCUITO JUDICIAL DE SANTA MARTA
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE SANTA MARTA
ADJUNTO PARA DESCONGESTIÓN

Santa Marta, Magdalena, Diciembre 6 de 2011
Radicación No. 470013107501-2011-00026-00

ASUNTO A TRATAR

Procede este Servidor Judicial a proferir la sentencia que en derecho corresponde dentro del proceso seguido en contra del señor **JORGE ENRIQUE BORDA SUÁREZ** por el delito de Homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo, siendo víctimas José Manuel Sevilla Molina y Julio Ureche Canchano, atendiendo su voluntad de acogerse a la institución jurídica de Sentencia Anticipada.

HECHOS

El día 27 de febrero de 1998 el señor Pedro Cisnéros Caamaño presentó denuncia penal en contra de miembros del Batallón Córdoba de la ciudad de Santa Marta relacionada con hechos acaecidos el día 5 de marzo de 1977] en la Hacienda La María, Corregimiento de Vareta, Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena, dónde fueron asesinados los señores José Manuel Molina Sevilla y Julio Ureche Canchano con ocasión de un operativo realizado por militares del Batallón de Infantería Mecanizado No. 5 Córdoba, de los cuales fue testigo presencial.

Narra el denunciante que por haber laborado al servicio del señor José Manuel Molina y conocer algunas de sus actividades, suministró información al Mayor Norato y al Teniente Cálvache sobre una orden de captura pendiente en su contra, la comisión de varios homicidios en la región de Río Frío y la Gran Vía, así como la tenencia y porte de armas de largo y corto alcance. Fue así como se organizó el operativo y a las doce de la noche salieron para la Finca La María siendo comandada la tropa por el Teniente Jaime Cálvache Prado, iban de civil, y al llegar a las 12:15 rodearon el sector haciendo disparos al aire y solicitando abrieran la puerta, haciéndose pasar por las FARC, procediendo a reventar las persianas de los ventanales, hasta que salió una persona de nombre Rubén Pantoja que abrió la puerta entrando los soldados Antonio Patiño, Jiménez, el Sargento Borda y el Teniente Jaime Cálvache, encontrando a un joven y descubrieron al señor escondido en el cielo raso, haciéndolo tirar, procediendo a amarrarlos y asesinarlos.

IDENTIFICACION DEL PROCESADO

En su indagatoria se identificó como **JORGE ENRIQUE BORDA SUÁREZ**, varón, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.358.858 expedida en Ibdgué-Tolima, nacido en Tunja-Boyacá el día 28 de septiembre de 1964, hijo de Alejandro y Omaira, bachiller del Colegio Leónidas Rubio, ingresó a la Escuela de Suboficiales y obtuvo el grado de Sargento Viceprimero del Ejército, casado con Ana Isabel Sandovál.

Sus características morfológicas son: sexo masculino, de 1.70 de estatura, 63 kilos de peso, tez trigueña, ojos café, cabellos lisos negros, sin señales particulares.

DILIGENCIAS REALIZADAS Y PRUEBAS PRACTICADAS

En desarrollo de la instrucción se recauda declaraciones, indagatorias, documentos e informes de las autoridades con el propósito de esclarecer los hechos. Entre los que tienen relevancia para esta decisión tenemos los siguientes:

1. - Declaración jurada del señor Pedro Cisneros Caamaño.
2. - Declaración jurada de María Eugenia Borrero González.
3. - Inspección judicial realizada en el proceso radicado con el No. 10135.
 - 3.1. Diligencia de Inspección de cadáver de los señores José Molina Sevilla y Julio Alberío Ureche Canchano.
 - 3.2. Registro civil de defunción de los señores José Molina Sevilla y Julio Alberto Ureche Canchano.
4. - Informe No. 0490 SM-CTI-CRI análisis instrumental para residuos de disparo del señor José Molina Sevilla.
5. - Informe Técnico de Necropsia Médico Legal No. 046PAT-97 de José Molina Sevilla.
6. - Informe Técnico de Necropsia Médico Legal No. 047PAT-97 de Julio Alberto Ureche Canchano.
7. - Dictamen de Laboratorio de Balística Forense realizado a las víctimas.
8. - Declaración jurada vertida en el Juzgado 14 Penal Militar por las siguientes personas: Edilberto Enrique Pérez, Rubén Pantoja Romero, Pedro Duque Fontalvo, Juan Maestre Rivera, Oswaldo Fontalvo Fontalvo, José Manuel Mejía, Danilo Graud González.
9. - Declaración jurada vertida ante el mismo juzgado por los militares: José Pardo Pacheco, Alberto Arregoces Rodríguez, Gustavo Patiño Arias, Jaime Cálvache Prado, Hogo Eladio Norato, Juan Camelo, Jorge Enrique Borda Suárez.
10. - Informe No. 0089 CTI.
11. - Informe No. 042 CTI.
12. - Diligencia de indagatoria de los militares: Jaime Calvache Prado, Juan William Camelo, Israel Gamboa Novoa, Luis López Martínez, Néstor Ávila Ronderos, Henry Quintero Gallego, Edward Montañó Aguilar, Jorge Enrique Borda Suárez, Edgar Herrera Suárez, Jesús Paredes Rodríguez, Carlos Rojas Torrejano.

DILIGENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS

El día 31 de mayo de 2011 el Fiscal 18 Especializado adscrito a la U.N.D.H. y D.I.H. formuló cargos para sentencia anticipada al señor Jorge Enrique Borda Suárez por la comisión del delito de Homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo, contenido en el artículos 135 del Código Penal, cargos que fueron aceptados integralmente por el procesado*en presencia de su defensor de confianza Dr. Héctor Julio Arias García.

La Corte Constitucional, en sentencia C-277 de 1998, expresó que son dos los requisitos sustanciales para que el juez pueda dictar sentencia anticipada: 1° que el imputado acepte íntegramente su responsabilidad en relación con los hechos que se investigan y, 2° que exista plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la culpabilidad del sindicado.

CRITERIO PARA DECIDIR

Establece el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal que a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar por una sola vez, que se le dicte sentencia anticipada.

Igual se podrá aplicar la medida de sentencia anticipada cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos formulados.

El procesado Jorge Eliécer Borda Suárez, a través de su defensor y mediante memorial adiado 11 de mayo de 2011, expresó de manera voluntaria su deseo de acogerse a la figura jurídica de sentencia anticipada a fin de obtener los beneficios de rebaja de pena que prevé el artículo 40 del código adjetivo. Para el efecto el Fiscal investigador convocó para realizar la diligencia la cual se llevó a cabo como quedó señalado precedentemente.

Establece el artículo 232 del C. de P. P. que toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y opoiiunamente allegada a la actuación. NO se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

La norma precitada es perentoria al determinar dos condiciones para que el follador pueda fulminar sentencia en contra del procesado; la primera lo constituye la certeza que el funcionario judicial tiene de la comisión de la conducta punible, ello es que no exista duda sobre la tipicidad del hecho investigado. El segundo requisito lo constituye la responsabilidad del procesado, la cual se va a determinar con base en el acervo probatorio recaudado que determinará el grado de responsabilidad del autor, según las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos.

Verifiquemos la norma contentiva de la conducta punible imputada y posteriormente confrontamos las pruebas recabadas para determinar la materialidad de la misma. Veamos:

1.- El punible de Homicidio en persona protegida está tipificado en el artículo 135 del Código Penal así:

"El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto protegida conforme a los convenios internacionales ratificados por Colombia incurrirá en prisión de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios inhabilitación para el ejercicio de derechos y (20) años".

PAR.- Para los efectos de este artículo y las d entiende por personas protegidas conforme al de

1. Los integrantes de la población civil, *
2. Las personas que no participan en hostilidades armadas, adversa,
3."

La materialidad de la conducta punible imputada se encuentra plenamente demostrada en el paginarlo.

Se incorporó al expediente como prueba trasladada del proceso radicado con el No. 10.135 del Juzgado Catorce de Instrucción Penal Militar las actas de inspección de cadáver No. 035 y 036 de las personas que en vida respondían a los nombres de José Manuel Molina Sevilla y Julio Alberto Ureche Canchano, que presentan herida de atina de fuego en la región craneana y en diferentes partes del cuerpo.

Se allegó, también, registro civil de defunción No. 1857068 y 1857069 de José Molina Sevilla y Jairo Alberto Ureche Canchano, respectivamente.

Así mismo, Informe Técnico de Necropsia Médico Legal No. 046PAT-97 de José Manuel Molina Sevilla, cuya causa de muerte es trauma craneoencefálico por herida por proyectil de arma de fuego.

En el mismo sentido, Informe Técnico de Necropsia Médico Legal No. 047PAT-97 de Julio Alberto Ureche Canchano, cuya causa de muerte es trauma craneoencefálico por herida por proyectil de arma de fuego.

En cuanto a la responsabilidad del encartado en tales sucesos tenemos que el señor Jorge Enrique Borda Suárez actuó a título de coautor debido a que él era miembro activo del componente militar que realizó el operativo y accionó su arma de dotación oficial, conjuntamente con otros, en contra de la humanidad de los señores Molina Sevilla y Ureche Canchano que resultaron muertos. <

Inicialmente en su diligencia de indagatoria vertida ante el Fiscal investigador el día 15 de junio de 1999 admitió haber participado en un operativo militar en el Corregimiento de Río Frío, sitio conocido como La María, donde dieron de baja, a dos, enemigos del 19 frente de las FARC que en febrero habían realizado actos terroristas como retención y quema de vehículos, atentados dinamiteros y llevaban reuniones o concentraciones de subversivos para secuestrar personas de la región. Hace un extenso relato del operativo militar donde hubo intercambio de disparos que dieron como resultado la muerte de esas dos personas en el interior de la vivienda, segundo piso. Dijo que el operativo se realizó con un informante de apellido Cisneros que conocía la región.

Pero ese informante de apellido Cisneros no es otro que el señor Pedro Cisneros Caamaño, denunciante de estos hechos, quien describe lo acontecido de manera diferente. En su relato el deponente expresó que el Sargento Borda se presentó a su casa el día 5 de marzo de 1997 expresándole que era requerido por el Coronel para que los llevara a la hacienda donde se encontraba el sujeto que hay que capturar, por lo que él lo acompañó a las instalaciones del Batallón y de ahí salieron como a las seis de la tarde en una camioneta Luy de estacas, color azul con destino a Aracataca donde existe una base militar y fueron recibidos por el Mayor Norato, Jefe Operativo del Batallón Córdoba. Dice que a las diez de la noche formó el personal al mando del Teniente Jaime Cálvache y se vistieron de civil, para luego salir para la finca y antes de llegar al puente de Río Frío se encontraron con el Teniente Patiño comandando un pelotón de treinta hombres y un Suboficial, y el Teniente Calvache ordenó a la tropa bajarse en ese lugar y a eso de las doce de la noche salieron con la tropa del Teniente Jaime Calvache para la finca La María llegando por la parte de los potreros como a las doce y quince hasta la casa donde se encontraba el sujeto a capturar, y procedieron a rodear el sector, haciendo disparos al aire y gritando el Teniente Calvache y el Cabo Primero Javier Quintero que salieran que había llegado las FARC, destrozando los ventanales hasta que un señor abrió la puerta y entraron varios soldados entre los cuales estaban Antonio Patiño, Jiménez, el Sargento Borda, el Teniente Jaime Calvache, encontrando a un menor de edad y descubrieron al señor escondido en el cielo raso y lo hicieron bajar, encontrando en su poder una pistola 7.65 y un proveedor con municiones R-15, procediendo a amarrarlos en el pasillo del segundo piso y al

En consecuencia este operador jurídico, con los elementos incorporados al cartulario, obtiene la certeza de la comisión del delito investigado y la responsabilidad plena del procesado, concurriendo los presupuestos de los artículos 9º del Código Penal y 232 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se dictará sentencia condenatoria en su contra por el delito de Homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Con base en los artículos 60 y 61 del Código Penal procederemos a determinar los parámetros para la aplicación de mínimos y máximos, así como los fundamentos para individualizar la pena de los procesados.

La determinación judicial de la pena es la fijación que hace el juez en la sentencia de la sanción penal aplicable al autor del delito, conforme a la naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las posibilidades previstas legalmente.

Para la determinación de la pena debemos tener en cuenta aspectos cualitativos y cuantitativos que lo componen. El primero hace referencia a las diferentes clases de penas irrogables por el Legislador para cada hecho punible. El segundo aspecto no se ocupa de la forma de la restricción de los bienes jurídicos, de los cuales es titular el condenado, sino de la medida de dicha restricción, limitación o privación de derechos que comporta la pena.

La potestad determinadora del juez no es arbitraria, sino que él debe sujetarse a los criterios señalados por el legislador, tales como la gravedad del delito, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación entre otras.

En el caso concreto que ocupa nuestra atención tenemos que el delito investigado es de suma gravedad por cuanto se organiza un operativo militar con el único propósito de cercenar la vida a unas personas sin razón justificable. Si efectivamente tenían conocimiento de una orden captura y su contra debieron cumplir ese mandato judicial con la aprehensión y no proceder como lo hicieron, fingiendo haber dado de baja a dos guerrilleros como fue reportado por la prensa local. El procesado es persona plenamente casta, actuó con conocimiento de que su comportamiento era ilegal, causó perjuicios inseparables a las víctimas y a sus familiares, por ello se hace merecedor de las penas principales establecidas en el ordenamiento penal, tales como prisión y multa, e igualmente a las accesorias que tengan relación con los punibles investigados.

Así las cosas, como estamos en presencia de concurso de conductas punibles al tenor del artículo 31 del Código Penal, el condenado quedará sometido a la conducta punible que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. Siendo ello así, y teniendo presente que el punible investigado es el de Homicidio en persona protegida que tiene pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión, posteriormente aplicamos el tanto que corresponde por ser concurso homogéneo de delitos al resultar asesinadas dos personas en los mismos hechos.

Al efectuar las operaciones correspondientes con base en los fundamentos del artículo 61 del C. P. dividimos el ámbito punitivo en cuartos y tenemos como resultado lo siguiente:

Penas:

- | | | | |
|---------|---|-----|-------|
| 1.-360 | a | 390 | meses |
| 2.-390 | a | 430 | meses |
| 3.- 420 | a | 450 | meses |
| 4.- 450 | a | 480 | meses |

Multa:

1. -2.000 a 2.750 s.m.l.m.v
2. -2.750 a 3.500 s.m.l.m.v
3. -3,500 a 4.250 s.m.l.m.v
4. -4.250 a 5.000 s.m.l.m.v

Inhabilitación de derechos y funciones públicas:

- | | | | |
|-----------|---|-------|------|
| 115 | a | 16.25 | años |
| 216.25 | a | 17.5 | años |
| 3. -17,5 | a | 18.75 | años |
| 4. -18.75 | a | 20 | años |

Establecido lo anterior debemos fijar en que cuarto ha de ubicarse el procesado para determinar la pena a imponer y posteriormente la ponderamos con base en los siguientes aspectos: mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Ciertamente, como se dijo en precedencia, el procesado, con su comportamiento, cometió un hecho execrable que terminó con la vida, de varias personas, afectando gravemente la vida de sus seres queridos y familiares.

Por la manera como se cometió el delito se hace necesario imponer una sanción ejemplarizante a su autor la cual consiste en la pena de prisión fijada en la norma con el fin de evitar que éste pueda continuar en sus actividades delictivas y procurar su resocialización. Tiene como fin ello poner de presente que toda persona que comete un delito recibirá un condigno castigo y a la vez se le envía a la sociedad el mensaje de que toda infracción de la ley penal tiene una sanción, persiguiendo con ello que quienes se encuentran al margen de la ley sientan temor y logren enderezar su comportamiento.

El encartado debe recibir una sanción ejemplarizante por el execrable hecho, pero a su favor tiene que no se allegó antecedentes penales, por lo que este servidor judicial se ubicará en el cuarto mínimo de punibilidad para sancionarlo, correspondiendo un ámbito punitivo entre trescientos sesenta (360) meses a trescientos noventa (390) meses de prisión. Igual acontece con la multa, entre dos mil (2.000) y dos mil setecientos cincuenta (2.750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la interdicción de derechos y funciones públicas, entre quince (15) y dieciséis años y tres meses (16.25). Así las cosas el procesado será sancionado con trescientos sesenta (360) meses de prisión, multa de dos mil (2,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) años. Pero como estamos en presencia de concurso homogéneo de conductas punibles se aumentará la pena en cien meses por el otro homicidio, razón por lo cual la pena de prisión queda en cuatrocientos sesenta (460) meses. Respecto de la multa queda en dos mil cien (2.100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por doscientos meses.

Pero como el procesado se acogió a la institución jurídica de sentencia anticipada después de proferido el cierre parcial de investigación y antes de quedar ejecutoriada esa decisión, petición que formuló por escrito su defensor de confianza y recibida el día 11 de mayo de 2011, tendría derecho a la rebaja de pena de una tercera (1/3) parte de la pena al tenor del artículo 40 de la Ley 600 de 2000. Pero en aras de salvaguardar los derechos del encartado y, en aplicación del principio de favorabilidad se le concederá un descuento de un cuarenta por ciento (40%), tal como lo indica la Ley 906 de 2004, atendiendo la etapa procesal en que se solicita. Ello con fundamento en el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respaldado por nuestro Tribunal Superior de Distrito Judicial

De haber aceptado su responsabilidad con antelación a la fecha en que lo hizo hubiese sido beneficiario de mayor descuento punitivo debido al ahorro en tiempo, dinero y el desgaste que el Estado hizo en la búsqueda de la verdad.

En consecuencia, efectuadas las operaciones de rigor, queda en definitiva la pena a imponer en Doscientos setenta y seis (276) meses de prisión, Un mil doscientos sesenta (1.260) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de multa, e interdicción de derechos y junciones públicas por el término de ciento veinte (120) meses.

Al condenado se le negará el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 del Código Penal por, no reunir el requisito objetivo allí establecido. También se le negará la sustitutiva de prisión en establecimiento carcelario por prisión domiciliaría por no reunir los presupuestos establecidos en el artículo 38 *Ibidem*.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La conducta punible es fuente de obligaciones. Así lo consagran los artículos 1494 y 2391 del C.C. y lo indican los artículos 94 del C.P. y 46 del C.P.P,

El artículo 2341 del C.C. dispone " El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa del delito cometido"

El artículo 94 del C.P. establece " La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella

El artículo 46 del C.P.P. establece quienes deben indemnizar " Estén solidariamente obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes, de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño".

Revisado el expediente no se observa que alguno de los perjudicados con la conducta punible hubiese presentado demanda de constitución de parte civil para reclamación de perjuicios, razón por la cual nos abstenemos de emitir algún pronunciamiento en ese sentido.

En cuanto a la multa impuesta, una vez ejecutoriada esta decisión, se enviará copia de la providencia a la Sección de Ejecución Coactiva del Consejo Seccional de la Judicatura, con la constancia de ser la primera copia auténtica e indicación de la fecha de ejecutoria.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO ADJUNTO PARA DESCONGESTIÓN de Santa Marta, Magdalena,

Administrando Justicia en Nombre' de la República de Colombia y por autoridad
t. de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE al señor **JORGE ENRIQUE BORDA SUÁREZ**, varón, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.358.858 expedida en Ibagué-Tolima, nacido en Tunja-Boyacá el día 28 de septiembre de 1964, hijo de Alejandro y Omaira, a la pena de Doscientos setenta y seis (276) meses de prisión, Un mil doscientos sesenta (1.260) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de ciento veinte (120) meses, como coautor del delito de Homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo, según precedentes consideraciones.

SEGUNDO: NEGAR al condenado el subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 del O. P. También se le negará la sustitutiva de prisión domiciliaria por no reuniólos presupuestos legalmente establecidos en el artículo 38 del C.P. Como consecuencia, deberá cumplir la sanción impuesta en el establecimiento carcelario donde actualmente se encuentra recluso o donde lo determine el Inpec. Oficiése en tal sentido.

TERCERO: Notifíquese personalmente al condenado en el establecimiento carcelario donde encuentra recluso. De ser necesario envíese despacho comisorío al Juez Penal Municipal del lugar para que cumpla ese cometido

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, envíese copia a la Sección de Ejecución Coactiva del Consejo Seccional de la Judicatura, con la constancia de ser la-primera copia auténtica e indicación de la fecha de ejecutoria para efectos del cobro de la multa.

QUINTO: En firme esta sentencia, por secretaría remítase el cuaderno de copias al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del lugar donde se encuentra recluso el condenado e igualmente désele cumplimiento a lo normado en el artículo 472 del código adjetivo.

SEXTO: En contra de esta sentencia procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Juez,


ENDER DE JESÚS EGURROLA MENDOZA

Secretaria,

ISIS MARIA SIMMONDS MARTINEZ.

TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTA MARTA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Juan Bautista Baena Meza
Procesado: Jorge Enrique Borda Suárez
Delito: Homicidio
Radicación: 0113-12
Procedencia: Juzgado Penal C/to E/zado
Motivo de alzada: Apelación de sentencia
Decisión: Se modifica la sentencia
Aprobada: Acta N^o 191
Fecha: Diciembre cinco (5) de dos mil trece
(2013)

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa técnica de Jorge Enrique Borda Suárez contra la sentencia anticipada de 6 de diciembre de 2011, mediante la cual el Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta condenó al procesado como coautor de homicidio en persona protegida en concurso homogéneo.

HECHOS

Relatados así en la sentencia recurrida: "El día 27 de febrero de 1998 el señor Pedro Cisneros Caamaño presentó denuncia penal en contra de miembros del Batallón Córdova de la ciudad de Santa Marta relacionada con hechos acaecidos el día 5 de marzo de 1977 **(SIC)**, en la Hacienda La María, corregimiento de Varela, Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena, donde fueron asesinados los señores José Manuel Molina Sevilla y Julio Ureche Canchano con ocasión de un operativo realizado por militares del Batallón de Infantería Mecanizado N° 5 Córdova, de los cuales fue testigo presencial

Narra el denunciante que por haber laborado al servicio del señor José Manuel Molina y conocer algunas de sus actividades, suministró información al Mayor Norato y al Teniente Calvache sobre una orden de captura pendiente en su contra, la comisión de varios homicidios en la región de Río Frío y la Gran Vía, así como la tenencia y porte de armas de largo y corto alcance. Fue así como se organizó el operativo y a las doce de la noche salieron para la Finca La María siendo comandada la tropa por el Teniente Jaime Calvache Prado, iban de civil, y al llegar a las 12:15 rodearon el sector haciendo disparos al aire y solicitando abrieran la puerta, haciéndose pasar por las FÁRC, procediendo a reventar las persianas de los ventanales, hasta que salió una persona de nombre Rubén Pantoja que abrió la puerta entrando los soldados Antonio Patiño, Jiménez, el Sargento Borda y el Teniente Jaime Calvache, encontrando a ^ un joven y

descubrieron al señor escondido en el cielo raso, haciéndolo tirar, procediendo a amarrarlos y asesinarlo”

LA SENTENCIA EN EL PUNTO APELADO

El Juez a quo sostuvo que la responsabilidad de Jorge Enrique Borda Suárez en las muertes violentas de José Manuel Molina Sevilla y Julio Alberto Ureche Canchano fue a título de coautor debido a que accionó su arma de dotación oficial conjuntamente con otros como miembro activo del componente militar que realizó el fatídico operativo, así que actuó con dolo pues su voluntad estuvo encaminada y dirigida a la obtención del fin criminal que afectó la vida de dos seres humanos.

Expuso el juzgador que se está en presencia de homicidio en persona protegida con penas de 30 a 40 años de prisión, multa de 2.000 a 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y Junciones públicas de 15 a 20 años. Le impuso 360 meses y 100 meses más por el concurso de homicidios para un total de 460 meses de pena privativa de la libertad, 2.100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 200 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El Juez Penal del Circuito Especializado de esta ciudad tuvo en cuenta que la formulación de cargos la solicitó el procesado antes de la ejecutoria de la resolución de cierre de investigación

para hacer un descuento punitivo del 40%, aplicando favorablemente la Ley 906 de 2004, para sanciones definitivas de 276 meses de prisión, 1.260 s. m. 1. m. v. y 120 meses de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

LA SUTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor de Jorge Enrique Borda Suárez aduce que éste fue partícipe en un operativo luego debe ser beneficiado con una rebaja de la pena de 1/6 parte a la Y?, conforme lo establece el artículo 30 del Código Penal y, además, con la disminución punitiva acordada en el allanamiento a cargos para sentencia anticipada, como lo establece el artículo 351 de la Ley 600 de 2004, aplicable por favorabilidad. Transcribió sentencia 24.531 de 4 de mayo de 2006 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre favorabilidad, acuerdos y preacuerdos en la Ley 906 de 2004.

Invoca el artículo 4 de la Ley 599 de 2000 sobre las funciones de la pena; anota que no es cierto que se haya organizado un operativo militar con el único propósito de cercenar injustificadamente la vida a unas personas, y si ese fuera el caso su defendido no participó en la empresa criminal porque no era un Oficial al mando, lo fue el Teniente Jaime Calvache Prado, sino un subordinado, no se disfrazó en el operativo y si iba vestido de civil se debió a que era parte del grupo de inteligencia con la misión de proteger al civil Pedro Cisneros;

agrega que el hecho de que los militares hayan manifestado pertenecer a un grupo ilegal sólo fue como mecanismo de distracción en el evento de que estuvieran en el sitio enemigos de la democracia, así que tal manifestación no puede utilizarse para descartar que se trató de un procedimiento militar, pues existía un cuadro de mando regular atento al operativo con comunicación radial permanente, y de otra parte Pedro Cisneros estaba alejado del sitio donde éste se desarrolló y lo que manifestó queda descartado dentro del material probatorio hasta el punto que puede ser considerado un mitómano.

En su criterio no hay prueba que permita sostener que el procesado actuó con dolo sino que desafortunadamente recibió la orden de hacer parte del operativo, por lo tanto es injusto que se le haya condenado como coautor de doble homicidio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Fiscal ¹⁸ UNDH/DIH le formuló cargos a Jorge Enrique Borda Suárez -folios ⁶⁹ a ⁷⁷ del cuaderno original N° 8- por hechos sucedidos entre la noche del ⁵ y la madrugada del día ⁶ * de marzo de ¹⁹⁹⁷ en los que actuó directamente para dar muerte de manera violenta, en compañía de otros efectivos del Batallón de Infantería Mecanizada N° ⁵ Córdoba, a José Manuel Molina Sevilla y Julio Alberto Ureche Canchano, razón por la cual le endilgó la comisión de homicidio en persona protegida -Ley ⁵⁹⁹ de 2000-.

Le informó que en caso de aceptar los cargos se haría acreedor a rebaja de hasta la mitad de la pena, conforme con el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, aplicable por favorabilidad.

Sobre los aspectos que los sujetos procesales pueden recurrir de la sentencia anticipada dice el artículo 40 de la Ley 600 de 2000:

“Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público; el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello” (Subrayas añadidas).

Entonces, el defensor no puede apelar puntos distintos a los subrayados, razón por la cual erró al presentar oposición a la calidad de autor por la cual fue condenado Borda Suárez: el Fiscal fue claro en señalarlo como coautor de homicidio en persona protegida, cosa distinta es que no haya utilizado la palabra, sí el concepto: el procesado actuó directamente en compañía de otros militares para darle muerte a los señores José Manuel Molina Sevilla y Julio Alberto Ureche Canchano. Jorge Borda Suárez aceptó ser coautor. Tampoco puede válidamente el recurrente discutir la modalidad de la conducta aceptada por su defendido, como fue la dolosa.

El otro punto que cuestiona él consiste en que el Juez a quo no hizo la rebaja contemplada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004; por hacer parte de la dosificación de la pena, le asiste

interés al defensor para oponerse a la decisión que no haga la deducción punitiva, pero el Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta con absoluta claridad rebajó el 40% de las penas impuestas al procesado precisamente aplicando favorablemente el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, norma que prevé rebaja de hasta el 50% de la pena; el Juez de instancia rebajo el porcentaje anotado y expuso la razón de la deducción de todas las penas principales.

Aunque el defensor no hizo alusión al tema que se analizará, de todas maneras la Sala considera que debe pronunciarse para aclarar porqué a pesar de que los hechos ocurrieron en 1998, esto es, en vigencia del Decreto 100 de 1980, normativa que no contemplaba el tipo penal de homicidio en persona protegida, lo que ocurrió en la Ley 599 de 2000, artículo 135, de todas maneras los cargos se formularon por ese delito y el Juez a quo condenó por el mismo.

El literal a del numeral 1º del artículo 3º de los Convenios de Ginebra, artículo común a todos estos y que trata de los conflictos armados que no son de carácter internacional, impone a los contendientes el deber de no atentar contra la vida y la integridad personal, entre otros bienes jurídicos, de quienes no participen directamente en las hostilidades -población civil-. Esos convenios fueron incorporados al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 5 de 1960.

En el caso concreto miembros del Ejército Nacional dieron muerte a las dos personas valías veces mencionadas, víctimas pertenecientes a la población civil, simulando un enfrentamiento, lo que indica el vínculo existente entre las muertes y el conflicto armado interno.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 16 de diciembre de 2010, aprobada mediante Acta N° 428, proceso 33.039, con ponencia del doctor José Leónidas Bustos Martínez, enseñó:

“El principio de legalidad fue concebido como manifestación de la igualdad, la libertad y la fraternidad...”

Así, la legalidad limitó la arbitrariedad del soberano, y modificando la relación del hombre y del poder con la ley, propició la desaparición de los súbditos y el nacimiento de los ciudadanos.

(-)

Al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas.

(...)

Como se puede observar, el principio de legalidad es patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos, y a la vez, generador de una tradición jurídica en todo el sistema romano germánico, que por lo mismo debe ser preservado.

Sin embargo, el principio de legalidad, tal como fue concebido por el revolucionario francés, suponía la existencia del Estado Nacional con presencia de los tres poderes públicos en colaboración armónica y sinceramente comprometidos con el desarrollo del pueblo al que representaban y protegían, siendo las garantías judiciales ante todo talanquera contra el poder arbitrario del soberano, situación que a mediados del siglo XX tendió a modificarse.

Esto porque desde la segunda posguerra del siglo pasado, la comunidad horrorizada por la confrontación bélica, la barbarie y la intolerancia que sobrepasaba las fronteras y las capacidades nacionales, comenzó a construir un nuevo derecho penal con dimensión internacional, limitado a cuatro categorías de delitos que ofendían a la humanidad entera; el crimen de agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario.

(...)

La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor,

Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional y se redefinió el principio de legalidad.

(...)

Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación auspiciada -o sistemáticamente cometida- por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.

(...)

En ese contexto de ampliación del concepto de ley, hay que recordar que nuestro país ha suscrito convenciones internacionales que sancionan delitos internacionales, entre ellos las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Tales instrumentos fueron incorporados a la legislación interna de nuestro país, ya que mediante la Ley 5ª de 1960 se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; por la Ley 11 de 1992 su Protocolo Adicional I y en virtud de la Ley 171 de 1994 el Protocolo Adicional II

A partir de la vigencia de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (de 23 de mayo de 1969) se considera que es un principio del derecho de gentes que en las relaciones entre Estados, contratantes las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado y que así mismo una parte contratante no puede invocar su propia Constitución ni su legislación interna para sustraerse de las obligaciones que le imponen en derecho internacional el cumplimiento de los tratados vigentes.

(...)

Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

(...)

Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos internacionales tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.

Desde dicho precedente, aunque referido al delito de genocidio, no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D. I. H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los tratados

internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción”

Atendiendo el criterio jurisprudencial, Fiscal y Juez de primer grado acertaron en cuanto que el primero formuló cargos y el segundo condenó por la comisión de homicidio en persona protegida.

Ahora ¿Cuál es la pena que se debe imponer, la del delito acabado de mencionar, como lo hizo el juzgador, o la de homicidio agravado?

Esta Sala de Decisión en un caso similar, en el sentido que los hechos ocurrieron el 13 de octubre de 1992, es decir, antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000, en sentencia de 18 de diciembre de 2012, aprobada mediante acta N° 226, con ponencia del doctor Carlos Milton Fonseca Lidueña, sostuvo:

“La Sala reitera que se trata de la aplicación del precepto del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 y de la aplicación directa del susodicho artículo 3º común a los cuatro convenios. mas no de la sanción de aquel citado artículo de nuestro Código Penal actual, la cual no se encontraba vigente para la época de los hechos, esto para salvaguardar la garantía de la lesalidad de la pena preexistente al hecho que se imputa al procesado” (Las subrayas no están en el original).

Se debe imponer la pena de prisión del homicidio agravado, pero no la vigente para la época de los hechos, esto es, de 40 a 60 años, sanción privativa de la libertad aumentada por el artículo 30 de la Ley 40 de 1993, sino la de la Ley 599 de 2000 por ser más favorable ya que fluctúa entre 25 y 40 años; no se

hace el aumento de la Ley 890 de 2004 pues el incremento está relacionado con la vigencia gradual de la Ley 906 de 2004, vigencia que se inició en el Distrito Judicial de Santa Marta a partir del 1º de enero de 2008.

Respetando el criterio del Juez Penal del Circuito Especializado de esta ciudad que partió de la pena mínima, entonces se le imponen 300 meses de prisión al procesado.

Teniendo en cuenta que hizo un incremento de 100 meses por el concurso material homogéneo de homicidios, hay que hacer ahora el aumento de manera proporcional: si a 360 meses le hizo un incremento de 100 meses, a 300 meses le corresponde uno de 83.3 meses, para un total de 383.3 meses.

Debido a que el Juez de instancia le hizo rebaja del 40% por aceptación de cargos para sentencia anticipada, la misma reducción hace la Colegiatura, y la operación arroja un resultado definitivo de 229.98 meses o, lo que es lo mismo, 229 meses 29 días.

Las penas principales de multa e inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas a Jorge Borda Suárez se revocarán pues no están fijadas para el homicidio agravado; se le impondrá la segunda de éstas como sanción accesoria, la que de conformidad con el inciso tercero del artículo 52 del Código Penal acompañará siempre a la de prisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.» Modificar el punto primero de la parte resolutive de la sentencia de 1º de diciembre de 2011 en el sentido de condenar a Jorge Enrique Borda Suárez a doscientos veintinueve (229) meses y veintinueve (29) días de prisión como coautor de homicidio en persona protegida en concurso material homogéneo. Se revocan las penas principales de multa e inhabilitación de derechos y funciones públicas, pero se impone esta última como accesoria por el mismo término de la pena de prisión individualizada.

SEGUNDO.- Confirmar los puntos restantes de la parte resolutive de la sentencia apelada, con excepción del sexto puesto que se desató el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVASE AL JUZGADO DE ORIGEN


JUAN BAUTISTA BAENA MEZA


JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA


CARLOS MILTON FONSECA LIRIO