

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
FLORENCIA CAQUETÁ
SALA ÚNICA**

Florencia, noviembre (10) de dos mil nueve (2009)

MAG. PONENTE: JOSELYN GÓMEZ GRANADOS
RADICACIÓN: 2007-0130-01
DELITO: TENTATIVA DE HOMICIDIO
CONTRA: FABIAN DELGADO ALAPE Y OTRO
PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO SEGÚN ACTA No. 056

OBJETO DE DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación, interpuesto por el defensor del procesado FABIAN DELGADO ALAPE, contra la sentencia de primera instancia emitida el trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, que lo condenó a la pena principal de Ciento cincuenta (150) meses de prisión, como coautor del delito de Homicidio agravado, en la modalidad de Tentativa.

A N T E C E D E N T E S

Dan cuenta los hechos que el día 16 de diciembre de 2005, varios soldados, entre ellos FABIAN DELGADO ALAPE, adscritos a la AFEUR, de la Décima XII Brigada, en desarrollo de la operación Z-3, ligada a la orden de operaciones permanente PEGASO, realizaron un patrullaje en el casco urbano de esta ciudad, cuyo recorrido se inició en las instalaciones de la Brigada y terminó en el sector de Calle oscura, lugar en donde dicen los militares, fueron hostigados con armas de fuego y objeto de un atentado terrorista. Una vez cesa el ataque cuando hacen presencia miembros de la Policía Nacional, el ofendido JESÚS ELIAS LÓPEZ

MOTA, a quien los militares creían muerto, se levanta y pide ayuda a los agentes, siendo trasladado por éstos al hospital María Inmaculada, de donde es remitido a la ciudad de Neiva debido a la gravedad de las heridas, presentando pérdida de la visión de carácter permanente.

El ofendido rindió declaración bajo juramento en la Fiscalía Sexta Especializada y Defensoría del Pueblo de Florencia, en donde afirma que fue detenido en el sector de Brisas del Hacha por dos sujetos de civil y fue obligado a abordar el furgón y posteriormente trasladado hasta Calle oscura donde fue baleado.

Tales hechos se constituyeron en el fundamento para que el Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar de Florencia, dictara resolución de apertura de instrucción el quince (15) de febrero de 2006. Se ordenó vincular mediante diligencia de indagatoria al ST. ROMERO ABRIL CAMILO, al C3 SALAZAR GUAYAZAN RAFAEL, y a los soldados profesionales HENAO ROSERO OBED, BAHAMON CAMARGO CESAR, PARRA REYES ALVARO, CASTILLO SAMBONI BAYRON, HERNANDEZ JULIO, VASQUEZ TORRES PABLO, PARRA YOVANNY y ULCUE ULCUE MARCOS, entre otras diligencias (folios 36 -38 Cdno.No.1).

El 15 de febrero de 2007, la Fiscalía de la Unidad Nacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario de Bogotá, vincula a la investigación a través de indagatoria a FABIAN DELGADO ALAPE, JOSE JORGE GUZMAN PEÑUELA y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, ordenando librar las correspondientes ordenes de captura (folios 215 a 217 Cdno No.4).

El 01 de marzo de 2007, rinde indagatoria FABIAN DELGADO ALAPE, quien manifiesta que estaba en el alojamiento cuando llegó el soldado PEÑUELA JOSÉ y le dijo que fueran donde el teniente que los necesitaba, una vez llegaron donde el oficial éste le dijo que se cambiara de civil, tomara la pistola y se fuera con el soldado GUZMAN a verificar una información de la cárcel para abajo, que era un orden verbal, y que llevaran radio para que se estuvieran reportando cada rato.

Aduce que a orillas del río y ya entrada la noche, en un monte espeso, encontraron a un hombre solo con una bolsa plástica en la mano, lo requisaron y como estaba

indocumentado GUZMAN tomo el radio y se reportó con el teniente Romero que comandaba la patrulla, le informaron lo sucedido y él les dijo que lo llevaran para verificar antecedentes.

Cuando iban por detrás de la cárcel los alcanzó la motorizada de la policía, le preguntó quienes eran porque el soldado GUZMAN llevaba el radio en la mano, le dijeron que eran de las Fuerzas Especiales y que iban con el señor a verificar antecedentes a la policía, los motorizados se fueron y ellos siguieron y en una planada mas adelante llegó el carro, abrieron la puerta y les dijeron que se subieran, avanzaron unos minutos, luego paró y abrieron la puerta del carro, estaban en la zona rosa, por lo que se bajó y le pidió permiso al teniente Romero para ir a su casa a cenar y a descansar, y así lo hizo. Desconoce lo que sucedió de ahí en adelante.

Mediante proveído del ocho (8) de marzo de 2007, la Unidad Nacional de Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Dirección Nacional de Fiscalías de Bogotá, resolvió la situación jurídica del indagado, decidiendo imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, en contra de FABIAN DELGADO ALAPE, como probable responsable del delito de Tentativa de Homicidio Agravado (folios 271 a 276. Cdno No.4).

Mediante resolución del 18 de abril del mismo año, se adiciona el delito de Secuestro simple a la vinculación para indagatoria que se hiciera a los señores JOSÉ JORGE GUZMÁN PEÑUELA y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ (folio 65 Cdno No.5).

El 6 de junio de 2007, se declara persona ausente al señor RUBERNEY MATÍZ PÉREZ (folios 256 a 258 Cdno No.5); El 27 del mismo mes y año, se resuelva su situación jurídica imponiendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como probable coautor del delito de Secuestro simple y Tentativa de Homicidio agravado (folios 28 a 35 Cdno No.6).

La Fiscalía Quinta Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de Bogotá, el 11 de julio de 2007, decreta el cierre de la investigación respecto de FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ (folio 86 Cdno

No.6); el 27 de agosto del mismo año, el funcionario cognoscentes califica el mérito probatorio del sumario, resolviendo en consecuencia proferir resolución de acusación en contra de los soldados FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, como probables coautores del delito de Homicidio en el grado de Tentativa, contenido en el artículo 27 concordante con 103, con las agravantes contenidas en los numerales 4 y 7º del artículo 104 del C.P., siendo víctima el señor JESUS ELIAS LOPEZ MOTTA (folios 219 a. 241 Cdno. No.6).

Ubicadas las diligencias en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, asume su conocimiento el 18 de enero de 2008; el 6 de febrero del mismo año, se llevó a cabo audiencia preparatoria, con la asistencia de los sujetos procesales, sin que dentro del término previsto en el artículo 401 del C.P.P, se propusieran causales de nulidad, ni vulneraciones de garantías constitucionales o legales que conlleven a declarar la nulidad de lo actuado (folios 22 – 32 y 33 Cdno No.14).

El 27 de marzo, 17 y 18 de abril de 2008, se llevó a efecto la audiencia pública, en la que el procesado se declara inocente de los cargos formulados.

Por su parte el representante de la Fiscalía en uso de la palabra, expuso que están plenamente demostrados los requisitos establecidos por el legislador en el artículo 232 de la ley 600 de 2000, por tanto se reúnen los requisitos para dictar sentencia condenatoria en contra de FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ. en calidad de coautores de los delitos de Homicidio agravado en la modalidad de tentativa, siendo víctima el señor JESÚS ELIAS LOPEZ MOTTA. En igualdad de circunstancias el representante del Ministerio Público manifiesta que los sindicados deben responder por los delitos por los cuales fueron llamados a este juicio.

A su turno, el abogado defensor de FABIAN DELGADO ALAPE, solicita la absolución de su defendido por falta de los presupuestos consagrados en el artículo 9º del C. Penal, especialmente el de la culpabilidad que tenía que haber sido probada y por la ausencia de responsabilidad consagrada en el artículo 32 del C. Penal, pue su actuar siempre estuvo precedido de una orden legalmente dada por el teniente ROMERO.

El defensor oficioso de RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, manifiesta que no se reúnen los requisitos del artículo 232 de la ley 600; que no hay evidencia clara y precisa además contundente de que MATIZ PEREZ se encuentra incurso en la conducta punible de homicidio en la modalidad de tentativa, por tanto solicita su absolución.

SENTENCIA IMPUGNADA

El 13 de agosto de 2008, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, profirió sentencia condenatoria contra los procesados FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, en su condición de coautores del delito de Tentativa de Homicidio agravado en la modalidad de tentativa, imponiéndoles 150 meses de prisión, así como las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por término igual al de la pena principal. Así mismo se abstuvo de impartir condena por daños morales y materiales, y les negó el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Concluyó el fallador, que con la conducta de los señores FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la ley como es el de delitos contra la vida y la integridad personal; que no existe dentro del proceso ninguna constancia que permita deducir que para el momento de la comisión del ilícito, los procesados hubiesen padecido de trastorno mental que nos le permitiera comprender la ilicitud de su actuar, por ello se trata de sujetos imputables y esos términos deben responder.

Aduce que existen los elementos de juicio necesarios para concluir que deben responder a la justicia por sus actos, toda vez que la prueba regular, legal y oportunamente allegada al expediente arroja certeza de la existencia de las conductas punibles y de la responsabilidad de los acusados; que el aspecto objeto de los delitos incriminados aparece plenamente probado. El material probatorio es uniforme en indicar como sucedieron los hechos; el acontecer fáctico aparece probado; en relación con la responsabilidad también milita prueba suficiente que los sindicados participaron en la comisión de la mencionada conducta punible.

Que la conducta que se le endilga a los procesados son eminentemente dolosas, y bajo esas circunstancias fueron cometidas, por cuanto sabían y conocían sobre la ilicitud de las mismas, y pesar de ello, quiso su violación, sin que exista ninguna de las causales que eximen de responsabilidad porque se demostró que el interés de los enjuiciados, no era otra que detener una persona, llevarla a un sitio despoblado y allí ultimarla para posteriormente hacer pasar lo ocurrido como un enfrentamiento con un grupo subversivo, situación ésta que no se llevó a cabo, sin embargo los resultados previstos no se dieron, debido a pesar de las graves heridas que recibió, logró sobrevivir, además la presencia de una patrulla de la Policía Nacional evitó que el señor JESUS ELIAS LOPEZ MOTTA, fuera rematado, comportamiento que no tiene justificación alguna, más si se trata de personal del ejército nacional en servicio activo, quienes han recibido una educación especial tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sin embargo alejándose de todo lo que se les ha inculcado decidieron ir en contra de los principios fundamentales y atentar contra la libertad e integridad física del señor LOPEZ MOTTA..

Que se debe tener en cuenta para la sanción de la misma, que concurren circunstancias de menor punibilidad como es la prevista en el numeral 1º del artículo 55 del CP., como también obra circunstancia de mayor punibilidad como lo señala el numeral 10 del artículo 58 del mismo código como es el haber obrado en coparticipación criminal, para lo cual se remite a los parámetros del artículo 61 del C.P.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a-quo, el defensor del procesado FABIAN DELGADO ALAPE, oportunamente interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, aduciendo que sobre la ocurrencia del hecho no existe reparto porque el testimonio de la víctima es corroborado por las pruebas periciales y por los testimonios de OBED ARNULFO HENAO ROSERO, CESAR ANDRE3S BAHAMON CAMARGO, RADFAEL LEANDRO SALAZAR GUAYAZAN, GUIVANNUY PARRA, JAIME CASTILLO SAMBONI y JULIO CESAR HERNÁNDEZ, entre otros. Sin embargo, sobre la responsabilidad del punible de homicidio en grado de tentativa se condenó a JOSE JORGE GUZMAN PEÑUELA, quien aceptó los cargos por ser la persona que disparó sobre la víctima JESÚS

ELIAS LÓPEZ MOTTA, pero FABIAN DELGADO ALAPE no es responsable de los hechos por los cuales se condena.

Estima que son los mismos testigos quienes refieren que DELGADO ALAPE no participó en los hechos donde resulto herido LOPEZ MOTTA, pues abandonó el vehículo en la zona rosa de Florencia, mucho antes del lugar de los hechos, es decir, no se encontraba cuando GUZMAN PEÑUELA disparó contra la víctima, ni cuando simularon ser atacados.

Refiere además que no existe una sola prueba que demuestre que hubo acuerdo previo para asesinar a JESÚS ELIAS LOPEZ MOTTA, pues desde el inicio de la investigación quedó claro que FABIAN DELGADO ALAPE, desarrolló una tarea de inteligencia, en el cumplimiento de funciones propias de las fuerzas militares, dentro de las cuales se detuvo al ciudadano LOPEZ MOTTA, para verificar información y que fuera entregado completamente sano al subteniente ROMERO ABRIL, comandante de la patrulla, quien ordenó además a los soldados DELGADO y GUZMAN subir al vehículo con el detenido.

Expone que no hay responsabilidad de su defendido en lo ocurrido con posterioridad. Si después se decidió desviarse de la ruta y ajusticiar al ciudadano LOPEZ MOTTA, no fue decisión suya ni tuvo conocimiento de ello, y asegura, que no puede ser posible que un soldado pueda ejercer control y determinar las acciones para cometer un acto ilegal pasando por encima de la autoridad, el conocimiento y profesionalismo del Subteniente y los demás suboficial y soldados profesionales. Reitera que no hay ninguna prueba que determine que fue FABIAN DELGADO quien organizó la cadena criminal para asesinar a JESÚS ELIAS LOPEZ MOTTA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal como lo exige el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, para imponer fallo de condena es necesario que la prueba legal y oportunamente allegada al proceso conduzca a demostrar, con grado de CERTEZA, la existencia del delito investigado y la responsabilidad del procesado. En esta disposición están contenidos los aspectos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que deben quedar plenamente demostrados

para concluir en fallo adverso a los intereses del acusado, pues, ante la falla de uno de esos ingredientes del delito, o ante la duda, deberá absolverse de cargos.

Al estudio de esos importantes extremos nos proponemos, como es preciso hacerlo en temas como el que nos ocupa. Para ello, como lo exige el mismo Código de Procedimiento Penal, debemos entrar a valorar los medios de persuasión en forma conjunta, examinando su origen, contenido y mérito probatorio que se otorgue a cada uno, siempre siguiendo las reglas de la sana crítica, con respaldo en la lógica, la experiencia y el buen sentido, como lo enseña el artículo 238 de la misma obra.

Observamos que el punto de discusión se ha centrado en la responsabilidad, pues, mientras el funcionario sostuvo la acusación y dice que hay mérito probatorio suficiente para condenar a **FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ**, la defensa del primero solicita fallo favorable a los intereses de éste, indicando que no existe seguridad en cuanto al juicio de reproche predicable del convocado a juicio. Ello significa que frente al aspecto material de la infracción no ofrece dificultad alguna para predicar existencia, pues ciertamente hay pruebas que así lo demuestran.

En el asunto bajo examen es claro que nos hallamos ante las pruebas, que allegadas legal, regular y oportunamente a la actuación en función de lo normado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal que aquí se aplica (Ley 600/00), nos permiten arribar a la certeza especialmente en lo atinente a la responsabilidad o existencia de la conducta punible por la que se procede, por lo cual debe deducirse que la plena comprobación de que existió el delito que ameritaban la movilización del aparato jurisdiccional para investigar y penalizar el mismo, halla su soporte probatorio primordialmente y en comprimida recapitulación con:

Declaración juramentada de fecha 10 de enero de 2006, que rinde ante la Defensoría del Pueblo, el señor JESÚS ELIAS LÓPEZ MOTTA, quien refiere que el 16 de diciembre de 2005, trabajo hasta las 3:30 de la tarde, subió a su casa y como a las 6 de la tarde se fue a bañar al río, de camino se encontró con dos amigos, a quienes saludo y siguió su camino, al momento fue interceptado por dos hombres armados con pistolas, le dijeron que se tirara al suelo, lo requisaron, lo hicieron sentar, le

preguntaron el nombre y número de cédula. Hace una descripción de las personas que lo interceptaron.

Manifiesta que les preguntó que para que lo capturaban y le respondieron que para averiguar los antecedentes y que eran de la SIJIN; comenzaron a caminar hacia la cárcel y les volvió a preguntar quienes eran y respondieron que del DAS; uno de ellos, de buzo blanco, intentaba comunicarse con otras personas por el radio, les volvió a preguntar quienes eran y esta vez le respondieron que eran del CTI, que en ese momento por el radio le contestaron "recluta quítele el seguro al radio" y ellos informaron que procedieran que ya llevaban a uno, llegaron a la carretera por detrás de la cárcel, pasó una patrulla de la policía y preguntaron quienes eran ellos, mostraron un carne diciendo que eran del GAULA, por lo que los policías siguieron su camino, al momento llegó un furgón donde lo subieron y cuando se dio cuenta el carro ya andaba en la zona rosa de Florencia, ahí se bajaron 3 soldados uniformados en camuflado, con boina roja y armados.

Informa que uno de los soldados le dijo que lo conocía y le observó una identificación que decía AFEUR, le preguntó por otros soldados que conocía, al momento se volvieron a subir los soldados y el carro arrancó de nuevo, luego se detuvo, se encendió un bombillo rojo adentro y se bajaron todos los soldados, quedando solamente en el interior los tres que se habían bajado en la zona rosa, luego lo bajaron y se dio cuenta que estaban en un paraje oscuro de Florencia, conocido como Calle Oscura, de Villa Mónica para abajo. Uno de los que lo capturó tenía una pistola 9 milímetros en la mano, lo llamó y cuando él volteó a mirar le disparó en el pecho, en la parte izquierda de frente al corazón, cayó de rodillas, levantó la mirada y el hombre le disparó dos veces en la cabeza, cayó boca a bajo, pero en ningún momento perdió el sentido, siguió escuchando todo, se hizo el muerto, uno de ellos lo pateo, y el comandante de las Afear preguntó si le habían pegado en el tórax, respondiendo el que había disparado "*si mi teniente le pegue bien*", le quitaron los documentos, le votaron las zapatillas, y escuchó al que le había pegado los tiros decir a otro que tenía guantes que limpiara la munición.

Refiere que estaba haciéndose el muerto, y le pusieron un revolver en la mano, activaron el disparador con su dedo por seis o siete veces, retrocedieron el carro, hubo una explosión fuerte, luego todos se pusieron a disparar para que pareciera un

enfrentamiento, y dijo el teniente que llamara a la policía, quien se tardó unos cinco minutos en llegar, el teniente se identificó como de las AFEUR; apenas llegó la policía él se levantó de donde estaba tirado y se tiró a la carretera a gritar que lo salvaran, que no lo dejaran matar, que no había hecho nada., los militares intentaron ponerle un fusil y rematarlo, pero los policías no lo permitieron y lo trasladaron hasta el hospital.

El Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar escuchó en declaración a los soldados profesionales WILSON MARIN MONSALVE, JOSE ALBEIRO TRUJILLO CANO, ELIECER RAMOS PINTO y EZEQUIEL JAONIAS BOCANEGRA, quienes afirman conocer a JESUS ELIAS LÓPEZ MOTTA, ya que prestó servicio militar junto con ellos desde el año 1999, en el Batallón cazadores, que estuvieron juntos por casi un año.

Declaración de ALEJANDRO BRÍÑEZ RODRIGUEZ, CT, de la Policía Nacional, quien manifiesta que la noche de los hechos estaba patrullando, y se enteró por radio que en calle oscura había ocurrido una detonación, así mismo salió al radio los agentes HERRERA y el patrullero OROZCO, quienes estaban en ese sector y llegaron primero al procedimiento.

Expone que se trasladó hasta el sitio donde ya había otra patrulla de la policía uniformada donde se encontraba el Intendente jefe HERNANDEZ, a quien le preguntó que había pasado y le dijo que un procedimiento con el ejército, siguió avanzando al sitio donde estaba el grueso de los uniformados a pie y observó a alguien sentado al lado de la vía, preguntó quien estaba al mando y le señalaron a un subteniente a quien no le miró el apellido, pero les dijo que los habían hostigado desde los cerros donde hay una iglesia adventista y le señaló a un sujeto, le dijo que él estaba colocando los explosivos; llamó al agente Herrera quien le informó que cuando habían llegado ya el ejército tenía el procedimiento. Se dirigió a donde estaba el sujeto sentado, lo ayudó a levantar, observó que tenía los ojos hinchados y le pedía que no lo dejara morir, lo ayudó a subir a la camioneta y lo traslado hasta el hospital María Inmaculada donde lo atendieron por urgencias.

Aduce que posteriormente HERRERA le comentó que uno de los soldados del AFEUR lo abordó en la Fiscalía y le manifestó que si ellos tenían problemas él también los tendría.

Declaración de GUSTAVO OROZCO SÁNCHEZ, Patrullero de la Policía Nacional, quien refiere que ese día se encontraban patrullando cerca a la casa del menor infractor, cuando les reportaron por radio que por los lados de Calle oscura se había escuchado una detonación. Acudieron al llamado y en una curva habían dos taxis atravesados, uno de los conductores les manifestó que le habían tirado una bomba al ejército, siguieron hacia donde habían sucedido los hechos y un uniformado les manifestó que les habían puesto un petardo que estallo al paso del vehículo, que eran varios sujetos, que uno de ellos era el que estaba ahí muerto, cuando en eso el señor que estaba tendido en el suelo se movió, se sentó y pidió auxilio, y ellos inmediatamente por radio reportaron a la central que la explosión si era verídica y que había un herido. Informa que los soldados dijeron “huy”, está herido y se miraban entre ellos.

Declaración de NORMAN ADALBERTO LÓPEZ, agente de la Policía Nacional, en la que expone que se encontraba como conductor de un vehículo de la Policía, cuando la central reporto que habían escuchado una fuerte explosión por los lados de Villa Mónica, por lo que se trasladaron hasta ese lugar, al llegar observaron personal del ejército quienes no le permitieron el paso, porque había ocurrido un atentado con carga explosiva.

Posteriormente en ampliación de declaración el patrullero OROZCO SÁNCHEZ GUSTAVO, manifiesta que esa noche vio a un sujeto que vestía de civil, con jean oscuro, camibuzo blanco y un canguro negro terciado.

Diligencia de Inspección Judicial con reconstrucción de los hechos llevada a cabo en el sitio denominado Calle oscura de Florencia, en la que se constato el recorrido del automotor y las narraciones de los militares, quienes con lujo de detalles demostraron como sucedieron los hechos

Informe No.0382/BLO64-06 suscrito por YEZID VILLANUEVA CÁRDENAS investigador criminalístico VII. CTI, en el que concluye que de acuerdo a las posiciones manifestadas y ocupadas por los sindicados para el momento de los hechos, y las trayectorias en el cuerpo del ofendido, no coinciden respecto de sus pendientes; Es decir no se efectuaron de las posiciones planteadas por éstos.

Declaración jurada rendida por ADALBERTO HERRERA FLOREZ, agente de Policía, quien relata que se encontraba patrullando cuando la central le reportó que por el sector de calle oscura se había escuchado una detonación, y como ellos eran la unidad más cercana acudió en compañía del patrullero OROZCO al lugar de los hechos, al llegar a cierta parte habían dos taxis estacionados al igual que dos miembros del Gaula uniformados con las prendas del ejército y les preguntó que había ocurrido, ellos le informaron que les habían colocado un petardo y les habían disparado.

Manifiesta que siguió avanzando en la motocicleta hacia el lugar de los hechos, reportando por radio lo que le habían dicho los uniformados, cuando empezó a gritar alguien pidiendo auxilio, el cual estaba muy cerca de donde se encontraba parado y le cogió una de las piernas, inmediatamente reportó que había una persona herida para que le colaboraran con un vehículo para transportarlo a un centro asistencial.

Expone que el lugar se encontraba en completa oscuridad, escuchó varias voces del personal del Gaula que dijeron que este está vivo utilizando palabras como “ve este perro hijo de puta esta vivo” y se dejaron venir varias personas al darse cuenta que estaba vivo, entre esos un muchacho vestido de civil que montó una pistola para accionarla, a lo cual le alzó la voz y le dijo que no lo fueran a matar que ya había reportado que estaba herido, y que entre los militares divisó a dos personas vestidas de civil.

CESAR ANDRES BAHAMON, rindió indagatoria en Florencia, el 4 de mayo de 2006 y ampliación de la misma el 13 y 14 de febrero de 2007, en la que refiere que ese día estaba en el alojamiento cuando entró el cabo SALAZAR y le dijo se alistara que tenían que salir, como eran pocos, subieron gente de otros estamentos, estuvieron en la guardia mientras entregaban la orden de operaciones, anduvieron en el carro aproximadamente 10 minutos, por el radio el Teniente ROMERO ordenó al cabo SALAZAR que abriera el vehículo, y ahí se subió soldado GUZMAN, subió un muchacho de civil y se subió el soldado DELGADO; el cabo SALAZAR preguntó quien era ese muchacho y ellos dijeron que era un indocumentado que llevaban para verificar los documentos. el carro siguió y volvió a parar en la zona rosa, se bajó el soldado DELGADO, al momento se subió y siguieron la marcha, anduvo otros diez minutos, se detuvo nuevamente y se encendió la luz roja de alarma, por lo que descendieron inmediatamente.

Aclara que el soldado GUZMAN se bajó como de tercero, fue hacia la parte de adelante, luego volvió a la parte de atrás y llamó al muchacho que traían como indocumentado, quien se bajó, GUZMAN le puso la mano por el hombro y le pegó dos tiros, luego GUZMAN dijo que dispararan que era un miliciano, entonces el Teniente ordenó que dispararan.

Informa que GUZMAN llevaba un canguro de donde sacó un arma y se la colocó al muchacho que le había pegado los tiros, luego el Teniente ordenó que echaran el carro para la parte de atrás y después el soldado MATIZ gritó que echaran todos para atrás que iba a estallar algo, al momento estalló una mina, el fue a ver que era lo que había estallado pero el teniente ordenó que se abrieran a prestar seguridad unos en la parte de adelante y otros atrás, y como a los cinco minutos, cuando había llegado la policía se levantó el muchacho a quien le habían disparado, a pedir ayuda.

Refiere que los soldados GUZMAN y DELGADO estaban de civil cuando se subieron al carro, GUZMAN tenía un buzo blanco, un canguro negro y DELGADO estaba con una camisa de color amarillo. Que al día siguiente de los hechos, el Teniente ROMERO los reunió en la cancha del destacamento y les dijo que estuvieran tranquilos que no iba a pasar nada que dos o tres declaraciones y que eso salía, por eso habían venido callando, además por las amenazas de MATIZ y GUZMAN, quienes dijeron iban a conseguir unos testigos.

RAFAEL LEANDRO SALAZAR GUAYAZAN, rindió indagatoria el 10 de mayo de 2006, y ampliación el 13 de febrero de 2007, en la que refiere que por orden del Teniente abrieron la puerta del carro y se subieron los soldados GUZMAN y DELGADO, quienes iban vestidos de civil y llevaban a un muchacho también de civil, de quien dijeron era indocumentado y lo llevaban para verificar datos.

Informa que más adelante cuando el vehículo se detuvo y se encendió la luz de alarma, descendieron y se hizo en la parte de atrás del carro a orinar cuando escuchó unos disparos y vio cuando el soldado GUZMAN le disparaba al civil, se acercó hasta donde estaban ellos y el soldado GUZMAN les dijo que era un miliciano, que hicieran un disparo para decir que fue un hostigamiento y al momento les gritaron se agacharan porque iba a sonar una explosión, y el teniente ordenó la seguridad del sitio, al

momento llegó una moto de la policía a donde estaba el herido y éste se levantó pidiendo auxilio y fue llevado en la patrulla policial.

Que al día siguiente el Teniente los reunió y les dijo que no se preocuparan que el hombre era un miliciano, que había estado varias veces en la cárcel y le llevaban más de un mes haciéndole seguimiento, que montaran la versión que los hostigaron y que en la reacción quedó el individuo herido.

En igualdad de circunstancias se refiere en su ampliación de indagatoria JAIME CASTILLO SAMBONÍ, ALVARO PARRA REYES, JULIO CESAR HERNANDEZ, OBED HENBAO ROSERO, GIOVANY PARRA, PABLO VASQUEZ TORRES

Subteniente CAMILO JAVIER ROMERO ABRIL, en ampliación de indagatoria, manifiesta que efectivamente el señor LOPEZ MOTTA si fue recogido por la patrulla debido a que tenía informaciones suministradas por los soldados DELGADO y GUZMAN, que tenía orden de captura por rebelión, que se encontraba extorsionando en la zona y que ellos iban a buscarlo, en el momento que hizo la patrulla ellos le timbraron por radio diciéndole que por los lados donde los había dejado el conductor que era el soldado HENAO, habían capturado al supuesto individuo, por lo que procedió a desplazarse hasta ese lugar, les timbró por el radio y ellos le indicaron donde estaban, cuando llegaron les dijo que lo subieran y lo llevaran para pedir antecedentes.

Manifiesta que siguieron la patrulla y cuando iban por el lado del CAI de Villa Mónica un taxista les dijo que por los lados de calle oscura habían unos hombres sospechosos por lo que se dirigieron hasta ese lugar, el carro bajó la velocidad, hicieron alto y procedieron a bajarse, en ese momento el soldado GUZMAN tuvo la iniciativa de dispararle al señor MOTTA y empezó a gritar que todos dispararan, se asustó mucho, no sabía que hacer y por su inexperiencia le siguió la cuerda al soldado y todos empezaron a disparar; el soldado MATIZ le gritó al GUZMAN que tenía un paquetico y lo tiró para un lado de la carretera, el petardo estalló y ellos corrieron hacia atrás, luego tomó el radio para informar a la Brigada pero nadie le respondió, en ese momento llegó la Policía, y el señor MOTTA al percatarse de la patrulla se paró y se subió en ella, los soldados GUMAN y MATÍZ le dijeron que había que matar a ese man, y les dijo que no.

Posteriormente los soldados GUZMAN y MATIZ le dijeron que a ellos no los podía meter en eso porque lo embalaban a él y cometió el error de encubrir ese hecho, por eso decidió seguir manteniendo la primera versión que habían dado, y por eso se reunió al día siguiente con los soldados y decidieron mantenerse porque sabían que la habían embarrado y ya no tenían como dar vuelta atrás.

Indagatoria de JOSE JORGE GUZMAN PEÑUELA, en la que acepta que le disparó al señor LOPEZ MOTTA porque estaba cumpliendo una orden de operaciones del teniente ROMERO, quien le dio una orden de forma personal y verbal de cambiarse de ropa civil y le dijo que llevara consigo su arma de dotación calibre 9 mm, marca CZ adscrita a las Fuerzas Militares, resaltando que ningún integrante de las fuerzas militares puede portar un arma que pertenezca a la institución sin orden de operaciones y mucho menos salir de la unidad mientras se encuentre en servicio activo, de todas formas salió de la Brigada con el arma de dotación bajo ordenes del Teniente ROMERO, quien le dio instrucciones de encontrarse con el soldado DELGADO ALAPE FABIAN.

Informa que junto con el soldado DELGADO llevaron al señor MOTTA, hasta el carro del batallón donde por orden del Teniente lo subieron e iniciaron el recorrido, el vehículo paró en la zona rosa donde se bajó el soldado DELGADO y prosiguieron hasta calle oscura, donde desembarcaron todos del rodante y por orden del teniente debía custodiar al señor MOTTA durante el recorrido a pie, en ese momento vio una sombra y reaccionó sacando su arma y disparando tres veces seguidas hacia delante impactando al señor MOTTA, sin intención alguna de herirlo, al mismo tiempo reaccionaron sus compañeros disparando todos.

En ampliación de indagatoria JORGE ENRIQUE GUZMAN PEÑUELA, expone que el soldado DELGADO y el Teniente tenían el conocimiento de hasta donde iban a llegar y cual era el objetivo, pues nunca había hablado con ese señor, ni lo conocía y menos su procedencia, además ellos reportaron la captura por radio al Teniente ROMERO y él dio la orden de que el señor MOTTA fuera trasladado hasta la patrulla, y esta persona accedió voluntariamente a acompañarlos porque se le identificaron como miembros del ejército.

Asegura que cuando llegaron a calle oscura y descendieron del vehículo el Teniente ROMERO lo llamó y le dio orden que ese señor MOTTA por información concreta del soldado DELGADO, era una persona muy peligrosa y que había que darlo de baja, que él ya tenía todo preparado, por lo que procedió a bajarlo del carro y a dispararle.

Expone que nunca impartió ordenes pues un soldado no lo hace y menos dispone que hacer en los operativos, para eso están los oficiales y suboficiales, los soldados solo cumplen ordenes; luego se reúnen todos los integrantes de la patrulla y el Teniente explica los últimos arreglos de lo que ya estaba planeado, se organiza la seguridad, el Teniente habla con el soldado BAHAMON, sacan un arma dentro de una bolsa plástica y unos guantes de cirugía.

Sostiene que al estallar el explosivo el señor MOTTA queda en el suelo y a raíz de que todos los soldados retroceden por la onda explosiva no se percatan de que el señor MOTTA se encontraba con vida y esa fue la verdadera razón para que no haya sido rematado en el instante.

Expone que una vez llegó al sitio de los hechos la policía, el Das y otras personas, el teniente le recogió el arma de dotación y le dijo que se fuera para la brigada porque estaba de civil, y toda la patrulla quedó en ese lugar; días después el Teniente le manifestó que todo lo que había sucedido estaba arreglado como un positivo y que ellos no se iban a echar para atrás.

De lo anterior y teniendo en cuenta lo esbozado, se colige sin dubitación alguna que FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ incurrieron en el hecho punible de Tentativa de Homicidio, como coautores, siendo que la conducta desplegada por aquellos se enderezó a cegar la vida JESÚS ELIAS LOPEZ MOTTA, dándole así credibilidad al testimonio rendido por la víctima, quien narra de manera coherente, precisa y clara como sucedieron los hechos, detallando como fue abordado por los uniformados, el recorrido que hicieron en la patrulla, la forma como le dispararon y como intentaron simular para que pareciera un atentado terrorista.

La prueba pericial vertida a la investigación es clara y precisa y analizada en su conjunto permite concluir que JESUS ELIAS LOPEZ MOTTA fue baleado tal y como éste lo refiere en las diferentes declaraciones rendidas, lo anterior teniendo en

cuenta los planos obrantes en las diligencias, que dan cuenta las trayectorias con sus respectivas pendientes, las cuales confirman sin asomo de duda, que la persona que disparó al pecho de la víctima tenía la boca de fuego del arma a igual altura y a nivel del lesionado.

Ahora bien las versiones dadas por los soldados profesionales en sus ampliaciones de indagatoria y en especial la vertida por JOSE JORGE GUZMAN PEÑUELA, ilustra de manera clara como ocurrieron en realidad los hechos, versión ésta que coincide totalmente con lo manifestado por la víctima JESUS ELIAS LOPEZ MOTTA.

Para la Sala es claro que los soldados FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, en compañía de otros miembros del ejército nacional, estuvieron al tanto y concertaron con el subteniente CAMILO JAVIER ROMERO ABRIL, quien comandaba el operativo, como se llevaría a cabo éste, y la forma como sería dado de baja JESUS ELIAS MOTTA, es decir, estaban al tanto de la situación desde que se inició. al punto que el mismo Subteniente ROMERO, ordenó al soldado GUZMAN que pertenecía a otra compañía, se vistiera de civil y saliera con su arma de dotación, disponiendo inclusive su traslado hasta cerca de la cárcel donde lo debían dejar con DELGADO, para que ubicaran a la persona que debían recoger luego.

El mismo subteniente ordenó al conductor de la camioneta NPR, primero transportar a GUZMAN y a DELGADO y que se regresara, para más tarde él con su compañía dirigirse hasta el sitio donde el conductor los había dejado, así mismo sabía que los soldados portaban un radio de comunicaciones, estaban armados y vestidos de civil, en el rodante se transporta la carga explosiva, lo mismo que el revolver y la munición que le fue puesta en la mano de la víctima; ordenó que a LOPEZ MOTTA lo subieran a la patrulla y dispuso su traslado hasta el sitio tantas veces mencionado.

Si hubiese sido para averiguar antecedentes de la persona retenida, FABIAN DELGADO ALAPE y GUZMAN PEÑUELA, lo habrían hecho cuando se encontraron a los policías motorizados detrás de la cárcel, pero a ellos se les identificaron como de las Fuerzas Especiales, y continuaron con el retenido hasta la camioneta; o una vez estuvieron en la zona rosa lo hubieran llevado al comando de policía que queda a escasas cuadras, pero el plan trazado era alejarlo de la población

hacia un paraje oscuro y solitario donde se llevaría a cabo lo planeado, para que pareciera un atentado terrorista.

Los elementos de juicio probatorios obrantes en el expediente, nos brindan claridad sobre los partícipes y las circunstancias en que se presentaron los hechos aquí estudiados, es claro que efectivamente se produjo la retención ilegal, y tentativa de homicidio del ciudadano afectado con el accionar de miembros del ejército nacional, eso es una situación fáctica que no admite discusión alguna, ello esta debidamente acreditado con la denuncia efectuada por el señor JESUS ELIAS LOPEZ MOTTA, allí se indicó las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se produjeron los hechos.

Ahora bien, en cuanto a la tentativa de homicidio de que fue victima LOPEZ MOTTA, está acreditado con pruebas debidamente aportadas y señalamientos directos por parte de aquel, y de los uniformados que participaron en el operativo, quienes reconocen que fueron ellos los que lo retuvieron, lo hicieron descender del vehículo y participaron en el operativo para darlo de baja, todo con el consentimiento y bajo las ordenes del Teniente ROMERO, quien comandaba la patrulla. así lo sostiene GUZMAN PEÑUELA en su indagatoria *"... Salí de la Brigada con el arma de dotación bajo ordenes del teniente Romero, el cual es el encargado de las operaciones de la ciudad, éste me da la instrucción de encontrarme con el soldado DELGADO ALAPE FABIAN, el cual es el encargado del área de inteligencia de la unidad..."* luego en ampliación de indagatoria asegura *"... el soldado DELGADO y el Teniente tenían el conocimiento de hasta donde íbamos a llegar y cuál era el objetivo ... seguimos hasta llegar a calle oscura y el Teniente ROMERO me llama y me desplazo hasta la parte delantera del vehículo, donde sorpresivamente me da una orden de que a este señor MOTA por información concreta de DELGADO era una persona muy peligrosa y que había que darlo de baja y que el ya tenía todo preparado..."*

Contrario a lo manifestado por la defensa, para la Sala es claro que las pruebas obrantes en el proceso, permiten arribar a la certeza del hecho punible y la responsabilidad de FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATIZ PÉREZ, en los hechos, pues ellos habían concertado con el comandante de la patrulla desde tiempo atrás como se llevaría a cabo el operativo, además que ellos como militares

sabían los límites de sus funciones y como tal podían discernir sobre lo correcto e incorrecto pero optaron por lo último ubicando y trasladando al personaje, a un sitio cercano, aislado y oscuro, sencillamente para esperar el momento preciso y ultimarle, conforme se había planeado.

FABIAN DELGADO ALAPE junto con GUZMAN PEÑUELA, propusieron la ejecución de un plan criminal, el primero, señaló y ubicó a la persona que debería ser retenida y posteriormente violentada en su integridad, siguió paso a paso el devenir del incidente con la intención que se culminara el trabajo con la eliminación del ciudadano, así lo demuestran las pruebas, incluso desde la salida del Comando vestido de civil, en compañía de GUZMAN en busca de su objetivo en constante comunicación por radio con la patrulla que se movilizaba en el vehículo.

Demostrado quedó que los procesados se encontraban en la fecha en el área donde se produjo la retención y posterior tentativa de homicidio, eran miembros activos de las Fuerzas Militares, tenían el dominio de la situación en razón a las órdenes superiores impartidas para salvaguardar a los ciudadanos, conocían de las condiciones de orden público de la zona y lo mas importante fueron señalados directamente, no solo por la víctima, sino por los mismos soldados que participaron en la patrullaje, en consecuencia no es mera coincidencia que ellos se encuentren íntimamente relacionados con el resultado conocido.

Con respecto a la coautoría ésta se ha definido que cuando varias personas conciertan libre y voluntariamente la realización de una misma conducta punible, con distribución de funciones en una idéntica y compleja operación delictiva, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común, todos tienen la calidad de coautores. Por ello actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o por lo menos aceptado como probable.

Está claro que el plan trazado tenía como finalidad acabar con la vida de este ciudadano por ser presuntamente miliciano, elaboraron concientemente un escenario propicio para llevar a cabo el operativo y hacer parecer como un enfrentamiento armado, con el fin de contrarrestar este presunto hecho irregular en cabeza del inerte ciudadano que resultó afectado con su proceder.

Tanto el oficial como los soldados profesionales que se movilizaban en la patrulla, indicaron desde los albores de la investigación que fue un atentado terrorista y que la persona lesionada era quien estaba activando la carga explosiva, al tiempo que concertaron mantenerse todos con esa versión, lo que evidencia que lo único que pretendían al consignar estas mentiras en sus declaraciones era obstaculizar la acción de la justicia, de tal manera que su proceder no fue el correcto.

Los señores FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ, eran servidores públicos al momento de la comisión de la conducta punible, estaba en pleno uso de sus facultades y atribuciones mentales, tenían la formación profesional para cumplir a cabalidad las funciones encomendadas, obraron con plena conciencia de que sus actos transgredían las normas legales, conocían los resultados que éste proceder les traería, empero, aceptaron y quisieron encaminar su voluntad a producir los resultados ya conocidos.

Es claro que el origen de los hechos punibles que se endilgan al procesado DELGADO ALAPE fueron urdidos por él, pues fue quien aseveró a su comandante de brigada que tenía información certera respecto de la existencia y presencia de un personaje dedicado a la extorsión y acciones delictivas razón por la cual solicitaba retirarse de las instalaciones militares para proceder a su captura, bajo el supuesto que lo tenía localizado, luego sin mediar orden de autoridad competente alguna o de un superior, procede a la detención del supuesto subversivo para reportarlo ante el comando solicitando apoyo para su traslado en un vehículo militar.

Sabían que la retención, el homicidio en modalidad de tentativa y la obstaculización de las investigaciones, materializadas o concretadas en ese momento eran totalmente ilegales, antepusieron situaciones quien sabe de que índole, al ejercicio propio de sus funciones y decidieron actuar en contravía a todo precepto normativo produciendo el resultado conocido.

Así pues, está demostrado que el procesado FABIAN DELGADO ALAPE participó en la retención de la víctima; empero que aquel no hubiere disparado en contra de la humanidad de LOPEZ MOTTA, no quiere significar que no haya participado en los hechos, pues de aceptar la teoría de la defensa, será tanto como desconocer su

condición de coautor de los hechos punibles que se le atribuyen. Hubo acuerdo de voluntades con unanimidad en el propósito homicida, esta unidad de fines, aunque otros hubiesen ejecutado materialmente la acción de disparar, es lo que impide sustraer a FABIAN DELGADO ALAPE de su condición de coautor.

Para la Sala es claro que si el procesado DELGADO ALAPE así no hubiera disparado contra la víctima, ni haber estado presente cuando esto sucedió, dentro de la división de funciones cumplía de hecho el rol, derivado del acuerdo común y previo, de factor humano orientado a neutralizar, por un efecto grupal intimidante sobre el afectado.

Bajo estas condiciones las versiones referidas y las pruebas aportadas, ofrecen serios motivos de credibilidad para sustentar un juicio de certeza, habida razón que contienen referentes racionales para deducir que la sindicación corresponde a la conducta prohibida por la ley, y que FABIAN DELGADO ALAPE y RUBERNEY MATÍZ PÉREZ., son responsables de la misma, pues su voluntad estuvo dirigida al mencionado reproche punitivo.

Evóquese que en el proceso penal colombiano, en materia de apreciación de pruebas rige el denominado sistema racional o de la sana crítica, es decir, que el funcionario judicial no cuenta con un poder limitado en el examen de los medios de prueba, a su arbitrio, puesto que su evaluación se debe apoyar en las reglas de la ciencia, los principios de la lógica y los dictados de la experiencia, lo que hace que se acojan los planteamientos hechos en la sentencia combatida, pues como se dejó sentado en antelación, si se demostró certeramente con los elementos persuasivos que el procesado es responsable del injusto de Tentativa de homicidio agravado, como coautor.

Por consiguiente, se prohija la sentencia materia de alzada.

En mérito de expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

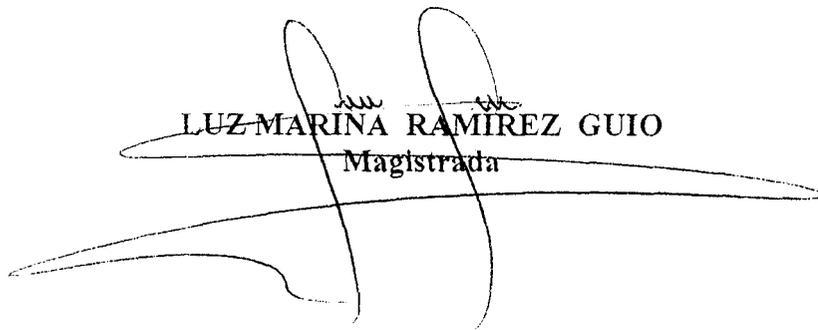
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia objeto del recurso de apelación, de fecha y procedencia anotadas.

SEGUNDO: Contra esta decisión, procede el recurso Extraordinario de Casación.

CÓPIESE NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


JOSELYN GOMEZ GRANADOS
Magistado

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO
Magistrada
(En Incapacidad Médica)


LUZ-MARINA RAMIREZ GUIO
Magistrada